Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.133/2003 /bnm

Urteil vom 10. Juli 2003
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident, Bundesrichterinnen Nordmann, Escher,
Gerichtsschreiberin Krauskopf.

Parteien
A._____,
Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwältin Antigone Schobinger, Gartenhofstrasse 15, Postfach 9819, 8036 Zürich,

gegen

B._____,
Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Felix Rom, Bleicherweg 27, 8002 Zürich.

Gegenstand
Regelung des persönlichen Verkehrs,

Berufung gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 11. April 2003.

Sachverhalt:
A.
A._____ ist der Vater von C._____ (geb. 22. November 1998), den er am 29. Oktober 2001 anerkannt hat. Am 27. März 2002 verweigerte die Vormundschaftsbehörde der Stadt X._____ A._____ vorläufig jedes Besuchsrecht, da C._____ seit ungefähr drei Jahren keinen Kontakt zu seinem Vater habe. Dieser müsse jederzeit damit rechnen, das Land verlassen zu müssen, weshalb eine Beziehung zum Vater zum jetzigen Zeitpunkt nicht mit dem Kindeswohl zu vereinbaren sei. Die Vormundschaftsbehörde wies A._____ an, sich an die Weisung der Bezirksanwaltschaft vom 10. August 2000 zu halten, wonach ihm jeder Kontakt mit C._____ und dessen Mutter untersagt sei sowie, sich deren Aufenthaltsort nicht weniger als auf 100 m zu nähern. Die Mutter von C._____, B._____, wurde aufgefordert, A._____ über besondere Ereignisse im Leben von C._____ zu informieren und vor wichtigen Entscheiden anzuhören.
B.
Auf Beschwerde von A._____ hin räumte ihm der Bezirksrat Horgen mit Beschluss vom 5. September 2002 ein vierteljährlich auszuübendes, begleitetes Besuchsrecht von vier Stunden für die Dauer eines Jahres ein. Er wies die Vormundschaftsbehörde an, eine Beistandschaft zu errichten, die Modalitäten des Besuchsrechts festzusetzen und vor Ablauf eines Jahres Bericht und Antrag zur Ausgestaltung des Besuchsrechts zu stellen.
C.
Am 11. April 2003 hiess das Obergericht des Kantons Zürich den Rekurs von B._____ gut, hob den Entscheid des Bezirksrats auf und bestätigte jenen der Vormundschaftsbehörde vom 27. März 2002.
D.
Mit Berufung an das Bundesgericht beantragt A._____, der Beschluss des Obergerichts sei aufzuheben. Ihm sei das Recht einzuräumen, seinen Sohn C._____ monatlich für jeweils vier Stunden im Besuchstreff in Z._____ zu besuchen; eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB sei anzuordnen. Gleichzeitig ersucht er um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren.
Die Vorinstanz hat auf Gegenbemerkungen verzichtet. Die Berufungsbeklagte ist nicht zur Berufungsantwort

eingeladen worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Mit dem angefochtenen letztinstanzlichen kantonalen Urteil ist das Besuchsrecht des Klägers gegenüber seinem Sohn verweigert worden. Gegen diese Anordnung ist die Berufung an das Bundesgericht zulässig (Art. 44 lit. d und Art. 48 Abs. 1 OG).

Im Berufungsverfahren ist das Bundesgericht an die tatsächlichen Feststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden, wenn sie nicht offensichtlich auf Versehen beruhen, unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen (Art. 63 Abs. 2 OG) oder zu ergänzen sind (Art. 64 OG). Ausgeschlossen ist insbesondere eine Überprüfung der vorinstanzlichen Beweiswürdigung (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 127 III 248 E. 2c S. 252; 126 III 59 E. 2a S. 65).
2.
Die Vorinstanz hat mehrere wichtige Gründe angeführt, aufgrund welcher gemäss Art. 274 Abs. 2 ZGB das Besuchsrecht zu verweigern sei. Es habe eine akute und erhebliche Entführungsgefahr bestanden, die selbst ein begleitetes Besuchsrecht nicht beheben könne. Der Berufungskläger habe ferner der Berufungsbeklagten aufs Übelste nachgestellt und ihr, zum Teil vor dem Kind, mit dem Tode gedroht. Er habe sein Treiben fortgesetzt auch nach für diese Taten ausgestandener Untersuchungshaft und trotz der Weisung des Bezirksanwalts, jede Form von Kontakt mit der Berufungsbeklagten und dem Kind zu unterlassen. Auch dieser Umstand habe die vorläufige Unterbindung jeden Besuchsrechts gerechtfertigt. Schliesslich sei es sehr wahrscheinlich, dass der Berufungskläger wegen seiner zahlreichen und wiederholten Straftaten des Landes verwiesen werde. Es habe daher nicht im Interesse des Kindeswohls gelegen, dass C._____ im jetzigen Zeitpunkt eine Beziehung zu seinem Vater aufnehme, die in Bälde wieder abgebrochen werden würde.
2.1 Dem hält der Berufungskläger entgegen, die Vorinstanz gehe zu Unrecht von einer Gefährdung des Kindeswohls aus. Er habe sich anlässlich der Ausübung des persönlichen Verkehrs nie pflichtwidrig verhalten. Seine Identität sei keineswegs ungeklärt. Die Anerkennung als Kindsvater sei auf Grund der entsprechenden Urkunden erfolgt, deren Unechtheit die Vorinstanz weder darlege noch vorbringe. Einer allfälligen Entführungsgefahr könne mit dem begleiteten Besuchsrecht begegnet werden. Seit Dezember 2000 habe er sich gegenüber der Berufungsbeklagten wohl verhalten. Die übrigen Delikte, derer er sich schuldig gemacht habe, würden den Schluss einer Gefährdung im Sinne von Art. 274 Abs. 2 ZGB nicht zulassen. Das Risiko eines neuen Bruchs der Beziehung zwischen Vater und Kind wegen der drohenden Landesverweisung rechtfertige die Unterbindung jeden Kontakts zwischen ihnen nicht. Bei derart strittigen Verhältnissen hätte im Übrigen die Vorinstanz durch einen Sachverständigenbericht abklären lassen müssen, ob das Kindeswohl bei Gewährung eines Besuchsrecht gefährdet gewesen wäre.
2.2 Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Der persönliche Verkehr dient in erster Linie dem Interesse des Kindes. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist immer das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist. In diesem Sinn hat auch der persönliche Verkehr den Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (BGE 122 III 404 E. 3a S. 407; BGE 123 III 445 E. 3b S. 451).
Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, kann den Eltern das Recht darauf verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Gefährdet ist das Kindeswohl, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Das Besuchsrecht steht diesem wie dem Kind um seiner Persönlichkeit willen zu und darf ihm daher nicht ohne wichtige Gründe ganz abgesprochen werden. Ein Missbrauch des Besuchsrechts und mithin eine Gefährdung des Kindeswohls liegt z.B. vor, wenn der besuchsberechtigte Elternteil die Anwesenheit des Kindes dazu benutzt, es zu entführen. Eine bloss abstrakte Entführungsgefahr genügt indessen nicht. Können die negativen Auswirkungen durch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts begrenzt werden, so verbieten das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbin-

dung. Zur Aufhebung des persönlichen Verkehrs, die nur als ultima ratio angeordnet werden kann, genügt es deshalb nicht, dass dieser das Kindeswohl gefährdet. Zusätzlich ist erforderlich,
dass der Gefährdung nicht durch eine besondere Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs begegnet werden kann (BGE 122 III 404 E. 3 und 4, S. 407 ff.; 120 II 229 E. 3b/aa S. 233; 111 II 405 E. 3 S. 407).
2.3 Die Vorinstanz hat verbindlich festgehalten (vgl. Art. 63 Abs. 2 OG; E. 1), dass der Berufungskläger wiederholt gedroht hat, das Kind zu entführen. Er habe der Berufungsbeklagten mitgeteilt, sie möge ihr Kind noch geniessen, solange dies möglich sei. Im Strafverfahren habe er geltend gemacht, er könne sein Kind nicht in der Schweiz lassen. Er habe der Berufungsbeklagten mit dem Tod gedroht, um sie dazu zu bringen, den Besuch des Kindes zu gestatten. Er habe ihr beharrlich nachspioniert, um ihren Aufenthaltsort zu kennen, und habe ihr aufgelauert. Seit Dezember 2000 habe er sie zwar nicht mehr belästigt. Dies sei jedoch darauf zurückzuführen, dass er zum Teil in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug (51 Tage im Jahre 2001 und vom 8. Juli 2002 bis zum 30. April 2003) gewesen und die Berufungsbeklagte umgezogen sei und ihre Adresse habe sperren lassen. Die Vorinstanz hat weiter festgehalten, der Berufungskläger habe sich in der Vergangenheit als D._____ aus Tunesien oder als E._____ aus Libyen ausgegeben. Im hängigen Strafprozess sei er unter dem Namen F._____ aus Marokko und im Zivilverfahren als A._____ aus Algerien aufgetreten. Seine Identität sei immer noch ungeklärt. Er sei untergetaucht, als er am 29. Mai 2002
polizeilich vorgeladen worden sei. Der Berufungskläger sei gross und kräftig und neige zur Gewalt. Er sei sowohl der Berufungsbeklagten als auch den Behörden gegenüber tätlich geworden. Er habe angedeutet, über die Hilfe von Freunden zu verfügen, um seine Drohungen in die Tat umzusetzen. In Anbetracht dieser Umstände hat die Vorinstanz geschlossen, es bestehe eine akute und erhebliche Entführungsgefahr. Dieser Schluss ist als Tatfrage für das Bundesgericht verbindlich (vgl. Urteil 5C.55/2002 vom 27. Mai 2002, E. 2.1 f.).

Als Rechtsfrage kann hingegen im Rahmen der Berufung frei überprüft werden, ob die Vorinstanz das Kindeswohl auf Grund der Entführungsgefahr als gefährdet erachten durfte. Dies hat sie vorliegend zu Recht angenommen. Das Risiko einer Entführung liegt nach den verbindlichen Feststellungen des Obergerichts derart nahe, dass die Folgen einer etwaigen Entführung bei der Beurteilung des Kindeswohls einzubeziehen sind. Entgegen der Auffassung des Berufungsklägers durfte die Vorinstanz zur Klärung der Frage, ob das Kindeswohl in casu bei einer Entführung gefährdet wäre, auf den Beizug eines Sachverständigen verzichten. Es ist offensichtlich, dass die seelische Gesundheit des kleinen C._____ stark gefährdet würde, wenn er von seinem Vater, den er wegen der spärlichen Kontakte kaum kennt, entführt würde. Das Kind würde dadurch seiner Mutter entrissen, bei der es stets gelebt hat. Dass eine Entführung seinem Wohl abträglich wäre, liegt auf der Hand. Es bedarf insoweit nicht der Anhörung eines Sachverständigen. Die besonderen Umstände, die in BGE 122 III 404 gegeben waren und die im Hinblick auf die Beurteilung des Kindeswohls die Einholung eines Gutachtens erforderten, liegen in casu nicht vor.

Die Vorinstanz ist weiter zu Recht davon ausgegangen, dass der Entführungsgefahr nicht hinreichend mit einem begleiteten Besuchsrecht begegnet werden kann. Sie hat auf Grund der Aussage einer für ein Besuchstreff verantwortlichen Person, die sie diesbezüglich angehört hat, verbindlich festgestellt, dass es mit dem Einsatz von Kraft möglich ist, ein Kind aus einem solchen Besuchstreff zu entführen. In der Regel hält sich denn auch an einem Besuchstreff keine Polizei auf, die eine Entführung verhindern könnte. Angesichts der Entschlossenheit des Berufungsklägers, das Kind zu sich zu nehmen, und seiner Neigung zur Gewalt reicht die Anwesenheit Dritter nicht aus, um in der derzeitigen Situation die Entführungsgefahr in zumutbaren Grenzen zu halten. Schon aus diesem Grund durfte die Vorinstanz ohne Bundesrechtsverletzung die Ausübung des Besuchsrechts vorläufig verweigern.

Beruht ein Entscheid auf mehreren selbständigen Begründungen, deren eine der Berufung standhält, ist auf die weiteren Rügen gegen die anderen Entscheidgründe der Vorinstanz (schwere Drohungen gegenüber der Berufungsbeklagten, durch die Landesverweisung bedingter neuer Bruch der Beziehung) nicht einzugehen.
3.
Die vorliegende Berufung ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Da der Berufungskläger unterliegt, wird er kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Er ist bedürftig und sein Rechtsbegehren darf nicht als aussichtslos bezeichnet werden, hatte doch der Bezirksrat Horgen seinem Begehren in der Hauptsache stattgegeben. Seinem Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege kann demnach entsprochen werden

(Art. 152 Abs. 1 und 2 OG). Der Berufungsbeklagten, die zur Vernehmlassung nicht eingeladen wurde, ist mangels Umtrieben keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen; dem Berufungskläger wird Rechtsanwältin Antigone Schobinger, Gartenhofstrasse 15, Postfach 9819, 8036 Zürich, als Rechtsbeistand beigegeben.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Berufungskläger auferlegt, einstweilen jedoch auf die Gerichtskasse genommen.
4.
Rechtsanwältin Antigone Schobinger wird aus der Bundesgerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'500.– entrichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 10. Juli 2003
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: