Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.46/2003 /bnm

Urteil vom 16. April 2003
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Nordmann, Ersatzrichterin
Geigy-Werthemann,
Gerichtsschreiber Schett.

Parteien
A._____ (Ehefrau),
Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Andrea Stadelmann, Scheffelstrasse 2, 9000 St. Gallen,

gegen

B._____ (Ehemann),
Beklagten und Berufungsbeklagten, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Christoph Anwander, Bahnhofstrasse 21, Postfach 49, 9101 Herisau.

Gegenstand
Ehescheidung (Besuchsrecht),

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Appenzell A.Rh. 1. Abteilung vom 22. Oktober 2002.

Sachverhalt:
A.
Mit Urteil vom 24. Oktober 2001 schied das Kantonsgericht von Appenzell Ausserrhoden die Ehe der jugoslawischen Staatsangehörigen A._____ und B._____. Das gemeinsame Kind C._____, geboren 18. Mai 1996, stellte es unter die elterliche Sorge der Mutter. Dem Kind und dem Vater räumte es während eines halben Jahres ab Rechtskraft des Urteils das Recht ein, jedes zweite Wochenende einen Tag (Samstag oder Sonntag) miteinander zu verbringen. Es verpflichtete den Vater, während dieses halben Jahres jeweils vor der Ausübung des Besuchsrechts seinen Pass beim Polizeiposten X._____ zu hinterlegen. Nach Ablauf des halben Jahres räumte das Kantonsgericht dem Vater und dem Kind gegenseitig das Recht ein, zwei Wochenende pro Monat miteinander zu verbringen. Ab Schuleintritt von C._____ gewährte es beiden zusätzlich das gegenseitige Recht, jährlich 14 Tage Ferien (während der Schulferien) miteinander zu verbringen, wobei der Vater der Mutter die Ausübung des Ferienrechts jeweils drei Monate im Voraus ankündigen sollte. Das Kantonsgericht setzte ferner den von B._____ für seine Tochter C._____ zu zahlenden Unterhaltsbeitrag fest und traf weitere Regelungen hinsichtlich der Nebenfolgen der Scheidung.
B.
Auf Appellation von A._____ legte das Obergericht von Appenzell Ausserrhoden mit Urteil vom 22. Oktober 2002 das Besuchsrecht während eines halben Jahres ab Rechtskraft des Urteils auf einen Tag (Samstag oder Sonntag) jedes zweite Wochenende und hernach auf jedes zweite Wochenende fest. Ferner räumte es dem Kind C._____ und dem Vater ein Ferienrecht von 14 Tagen im Jahr ein. Zur Überwachung des Besuchs- und Ferienrechts ordnete das Obergericht eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB an.
C.
Gegen dieses Urteil des Obergerichts hat A._____ am 7. Februar 2003 Berufung an das Bundesgericht ein-

gereicht mit den Anträgen, Ziffer 2 Abs. 1 und 2 des angefochtenen Urteils (betreffend Besuchs- und Ferienrecht) seien aufzuheben und es sei dem Vater (weiterhin) ein begleitetes Besuchsrecht zu gewähren, entweder im Rahmen der begleiteten Besuchstage der Pro Juventute in St. Gallen oder mit Begleitung durch eine geeignete Person. Eventualiter sei die Streitsache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner beantragt die Klägerin die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren. Sie hält eine Entführungsgefahr entgegen der Ansicht der Vorinstanz für erheblich und vertritt die Auffassung, einer solchen könne nur mit einem begleiteten Besuchsrecht begegnet werden.
D.
Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen zur Berufung verzichtet. Eine Berufungsantwort ist nicht eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Gegen das kantonal letztinstanzliche Urteil des Obergerichts von Appenzell Ausserrhoden ist die Berufung an das Bundesgericht zulässig (Art. 44 lit. d OG). Auf die form- und fristgerechte Berufung ist einzutreten.
1.2 Im Scheidungsverfahren gilt für die Kinderzuteilung und die damit unmittelbar zusammenhängenden Fragen, namentlich auch für die Regelung des Besuchsrechts, uneingeschränkt die Offizialmaxime. Hieraus ergibt sich jedoch nicht, dass neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel zulässig wären. Auch für die Kinderzuteilung und die damit zusammenhängenden Fragen gilt vielmehr Art. 55 Abs. 1 lit. c OG, wonach im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unzulässig sind (BGE 120 II 229 E. 1c S. 231).
2.
2.1 Gemäss Art. 133 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 273 Abs. 1 ZGB hat der Elternteil, dem bei der Scheidung die elterliche Sorge nicht zugeteilt wird, ein Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr mit seinen unmündigen Kindern. Dieses Recht steht den Eltern aufgrund ihrer Persönlichkeit zu. Das Besuchsrecht ist zu einem eigentlichen Grundrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils beziehungsweise des Kindes geworden, das nur im Rahmen der für die Einschränkung von Grundrechten allgemein geltenden Voraussetzungen beschnitten werden darf (Heinz Hausheer, Die drittüberwachte Besuchsrechtsausübung [das sog. "begleitete" Besuchsrecht]- Rechtliche Grundlagen, ZVW 53/1998, S. 19). Das Besuchsrecht dient allerdings in erster Linie den Interessen des Kindes. Bei der Festsetzung des persönlichen Kontakts geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln (BGE 122 III 404 E. 3a S. 406 f. mit Hinweisen). Als oberste Richtschnur gilt somit immer das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 127 III 295 E. 4a S. 298; 123 III 445
E. 3b S. 451).
2.2 Wo das Gesetz verlangt, dass das Gericht eine angemessene Lösung treffe, verweist es auf das richterliche Ermessen (zum Besuchsrecht: BGE 120 II 229 E. 4a S. 235; statt vieler: Theo Mayer-Maly, Basler Kommentar, N. 2 zu Art. 4 ZGB). In diesem Fall hat der Richter seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen (Art. 4 ZGB). Dies verlangt, dass alle wesentlichen Besonderheiten des konkreten Falles berücksichtigt werden. Das Bundesgericht überprüft die Ausübung des richterlichen Ermessens durch die letzte kantonale Instanz mit Zurückhaltung; es schreitet nur dann ein, wenn grundlos von den in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen abgegangen wird, wenn Tatsachen berücksichtigt werden, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn umgekehrt Umstände ausser Betracht geblieben sind, die zwingend hätten beachtet werden müssen (BGE 126 III 223 E. 4a S. 227/228; 116 II 145 E. 6a S. 149 mit Hinweisen).
3.
Die Klägerin rügt, das Obergericht habe in Übereinstimmung mit dem Kantonsgericht die von ihr geltend gemachte Entführungsgefahr als gering eingeschätzt. Sie bringt dagegen verschiedene Argumente vor.

Ob eine Entführungsgefahr besteht, ist eine auf Beweiswürdigung beruhende Tatfrage und kann im Rahmen der Berufung nicht kritisiert werden (BGE 127 III 248 E. 2c S. 252). Auf die diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin kann deshalb nicht eingetreten werden. Das Gleiche gilt auch für die konnexen Einwände mit Bezug auf die medizinische Versorgung in Jugoslawien, denn neue Tatsachen sind unzulässig (E. 1.2 hiervor). In BGE 122 III 404 E. 4c/bb S. 413 wurde auf die Entführungsgefahr nur insoweit eingegangen, als die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts nach Art. 64 Abs. 1 OG zurückgewiesen wurde. Die Klägerin hat

wohl eventualiter einen Rückweisungsantrag gestellt, doch wird dieser in keiner Weise begründet (zu den Begründungsanforderungen: BGE 119 II 353 E. 5c/aa S. 357).
4.
Zur Überwachung des Besuchs- und Ferienrechts hat das Obergericht gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB eine Beistandschaft angeordnet. Die Vorinstanz wollte damit den Befürchtungen der Klägerin Rechnung tragen. Diese hält eine Beistandschaft jedoch für wirkungslos, wenn dem Beklagten das Recht eingeräumt wird, das Kind über Nacht bei sich zu behalten und Ferien mit ihm zu verbringen. Nach Ansicht der Klägerin könnte einer Entführungsgefahr nur mit einem begleiteten Besuchsrecht begegnet werden.

Hat das Bundesgericht nach dem soeben Dargelegten jedoch davon auszugehen, dass eine ernsthafte Gefahr einer Entführung nicht besteht, entfällt die Anordnung einer Besuchsbegleitung, zumal die Klägerin andere Gründe für eine solche vorsorgliche Auflage nicht vorbringt.
5.
Die Klägerin wirft den kantonalen Instanzen ferner vor, den Untersuchungsgrundsatz verletzt zu haben, indem sie keine zusätzlichen Abklärungen getroffen hätten, die es erlauben würden, von der begleiteten Besuchsregelung abzuweichen. Welche Abklärungen hätten vorgenommen werden sollen, legt die Klägerin jedoch nicht dar und ist auch nicht ersichtlich.

Der Vorwurf kann sich von vornherein nur gegen das Urteil des Obergerichts richten (Art. 48 Abs. 1 OG), da dieses betreffend die Einholung des von der Klägerin beantragten kinderpsychologischen Gutachtens nicht auf die Erwägungen des Kantonsgerichts verweist. Das Obergericht hat diesen Antrag mit der Begründung abgelehnt, die von der Klägerin hierfür vorgebrachten Gründe (Aushorchung des Kindes) seien zu vage und zu wenig substantiiert. Die kinderpsychologische bzw. kinderpsychiatrische Begutachtung ist eine der Beweismassnahmen, die das Gericht aufgrund des in Art. 145 ZGB verankerten Untersuchungsgrundsatzes anordnen kann, aber nicht muss. Der Entscheid darüber liegt in seinem pflichtgemässen Ermessen (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, N. 18 zu Art. 145 ZGB). Mit dem Verzicht auf eine Begutachtung hat die Vorinstanz ihr Ermessen nicht verletzt.
6.
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

Die unterliegende Klägerin wird damit kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann nicht entsprochen werden, da ihre Berufung von vornherein als aussichtslos erschien (Art. 152 Abs. 1 OG). Da keine Berufungsantwort eingeholt worden ist, schuldet die Klägerin dem Beklagten keine Parteientschädigung.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Klägerin auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Appenzell A.Rh., 1. Abteilung, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 16. April 2003
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: