Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.105/2003 /bie

Urteil vom 25. Juni 2003
II. Zivilabteilung

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

Parteien
A._____, Berufungsklägerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Patrick Stutz, Bahnhofstrasse 42, 5401 Baden,

gegen

B._____, Berufungsbeklagten.

Gegenstand
Besuchsrecht,

Berufung gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Aargau, Kammer für Vormundschaftswesen als zweitinstanzliche vormundschaftliche Aufsichtsbehörde, vom 4. März 2003.

Sachverhalt:
A.
A._____ und B._____ haben einige Zeit im Konkubinat gelebt. Im Jahr 2001 wurde ihre Tochter C._____ geboren, für welche die Vormundschaftsbehörde D._____ ihnen am 25. Oktober 2001 die gemeinsame elterliche Sorge zusprach. Mitte 2002 lösten A._____ und B._____ ihren gemeinsamen Haushalt auf, und es entstand Streit über das Besuchs- und Sorgerecht für C._____.
B.
Mit Entscheid vom 6. Dezember 2002 sprach das Bezirksamt Baden A._____ das alleinige Sorgerecht für C._____ zu. B._____ wurde ein wöchentliches Besuchsrecht zugestanden, wobei die Ausübung unter Aufsicht der Mutter in deren Wohnung zu erfolgen habe und die Festlegung des zeitlichen Beginns und der zeitlichen Ausdehnung in das Ermessen der Inhaberin des Sorgerechts gelegt wurde. Dagegen erhob B._____ Beschwerde beim Obergericht des Kantons Aargau, Kammer für Vormundschaftswesen als zweitinstanzliche vormundschaftliche Aufsichtsbehörde. Das Obergericht trat am 4. März 2003 wegen Fristversäumnis auf die Beschwerde nicht ein, regelte jedoch gleichzeitig das Besuchsrecht von Amtes wegen neu: Es legte fest, B._____ stehe das Recht zu, C._____ jeweils am Samstag zwischen 9.00 Uhr und 17.00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen.
C.
A._____ gelangt mit eidgenössischer Berufung an das Bundesgericht. Sie beantragt im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Entscheids in Bezug auf das gewährte Besuchsrecht. Zudem stellt sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das bundesgerichtliche Verfahren.

Es ist keine Berufungsantwort eingeholt worden. Das Obergericht hat keine Gegenbemerkungen angebracht.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.

Gegen Anordnungen über den persönlichen Verkehr ist die Berufung an das Bundesgericht gegeben (Art. 44 lit. d OG). Die Berufung ist rechtzeitig erhoben worden und richtet sich gegen einen Endentscheid eines oberen kantonalen Gerichts, der nicht mehr durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden kann (Art. 54 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 OG).
Mit eidgenössischer Berufung kann nur die Verletzung von Bundesrecht mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge beanstandet werden. Ausdrücklich der staatsrechtlichen Beschwerde vorbehalten ist aber die Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger (Art. 43 Abs. 1 OG). Soweit die Berufungsklägerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend macht, insbesondere weil sie durch das Obergericht nicht angehört worden sei, kann demnach nicht auf die Berufung eingetreten werden. Ebenfalls der Überprüfung des Bundesgerichts entzogen, ist im Berufungsverfahren die Anwendung kantonalen Rechts.
2.
Zunächst ist darüber zu befinden, ob das Obergericht in seiner Funktion als zweitinstanzliche vormundschaftliche Aufsichtsbehörde überhaupt befugt gewesen ist, von Amtes wegen den rechtskräftigen Entscheid des Bezirksamtes abzuändern.
2.1 Aufgabe der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde ist die Überwachung der Tätigkeit der unteren Vormundschaftsbehörden (Langenegger, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 361 ZGB; Geiser, Die Aufsicht im Vormundschaftswesen, ZVW 1993 S. 209; Schnyder/Murer, Berner Kommentar, N. 67 zu Art. 361 ZGB). Insbesondere nimmt sie diese Aufsichtsfunktion im Einzelfall auf Beschwerde hin wahr (Art. 420 Abs. 2 und Art. 450 ZGB). Dies schliesst jedoch nicht aus, dass die Aufsichtsbehörde von Amtes wegen tätig wird: Stösst sie selber oder durch eine Anzeige auf einen Entscheid, welcher mit schweren Mängeln behaftet ist, kann sie gestützt auf ihre Aufsichtspflicht auch ausserhalb eines Beschwerdeverfahrens korrigierend eingreifen (Andreas Schwarz, Die Vormundschaftsbeschwerde, Diss. Zürich 1968, S. 31; Geiser, Aufsicht, a.a.O., S. 217; Ders., Basler Kommentar, N. 9 der Vorbemerkungen zu Art. 420-425 ZGB; Egger, Zürcher Kommentar, N. 3 zu Art. 420 ZGB).
2.2 Im vorliegenden Fall hat das Bezirksamt den zeitlichen Beginn und die zeitliche Ausdehnung des Besuchsrechts ins Gutdünken der Berufungsklägerin gestellt. Wie das Obergericht zutreffend ausführt, ist diese Anordnung nicht vollstreckungsfähig. Bei der Vollstreckung eines Besuchsrechts hat der Berechtigte die Übergabe des Kindes nach den im Urteil festgelegten Modalitäten wie Zeitpunkt und Dauer zu verlangen (BGE 118 II 392 E. 4a S. 393). Dies setzt voraus, dass die Besuchsordnung in einer Weise konkretisiert worden ist, dass sie bestimmt ist oder ohne weiteres bestimmt werden kann (Hegnauer, Berner Kommentar, N. 151 zu Art. 275 ZGB). Diesen Anforderungen genügt der Entscheid des Bezirksamtes in keiner Weise. Angesichts der vom Obergericht festgestellten Kommunikationsprobleme zwischen den Parteien hat das Bezirksamt auch nicht davon ausgehen können, dass die Eltern fähig sein würden, die offenen Einzelheiten einvernehmlich zu regeln (BGE 81 II 313 E. 3 S. 317 f.; Hegnauer, a.a.O., N. 37 zu Art. 275 ZGB). Auf Grund der krassen Fehlerhaftigkeit des bezirksamtlichen Entscheids hat es somit grundsätzlich in der Kompetenz des Obergerichts als vormundschaftliche Aufsichtsbehörde gelegen, von Amtes wegen berichtigend einzugreifen.
3.
Die Berufungsklägerin rügt die konkrete Ausgestaltung des Besuchsrechts durch das Obergericht in verschiedener Hinsicht als bundesrechtswidrig.
3.1 Das Obergericht hat ausgeführt, dass keine Anhaltspunkte vorliegen würden, dass das Kindeswohl mit der unbeaufsichtigten Ausübung des Besuchsrechts durch den Berufungsbeklagten gefährdet wäre. An diese tatsächliche Feststellung ist das Bundesgericht im Berufungsverfahren gebunden (Art. 63 Abs. 2 OG). Die von der Berufungsklägerin angebrachte Kritik an dieser Beweiswürdigung der Vorinstanz ist nicht zulässig (BGE 119 II 84 E. 3 S. 85; 128 III 390 E. 4.3.3 S. 398). Angebliche Aktenwidrigkeiten und willkürliche Beweiswürdigung sind mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen.
3.2 Die Berufungsklägerin beanstandet, dass weder psychologische und psychiatrische Untersuchungen des Berufungsbeklagten noch ein kinderpsychiatrisches Gutachten angeordnet worden seien.

Das Einholen eines Gutachtens ist eine Beweismassnahme, welche die Behörde auf Grund des im Kindesrecht geltenden Untersuchungsgrundsatzes anordnen kann, aber nicht muss; der Entscheid darüber liegt in ihrem pflichtgemässen Ermessen (Urteil des Bundesgerichts 5C.210/2000 vom 27. Oktober 2000, E. 2c, publ. in: FamPra 2001 S. 606; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, N. 18 zu Art. 145 ZGB; Hegnauer, a.a.O., N. 49 zu Art. 275 ZGB). Insbesondere da das Obergericht keinerlei Anhaltspunkte einer

Gefährdung des Kindeswohls festgestellt hat, liegt im Verzicht auf eine Begutachtung keine Bundesrechtsverletzung. Ebenso wenig besteht dadurch der Bedarf nach Vervollständigung des Sachverhaltes im Sinne von Art. 64 Abs. 1 OG.
3.3 In Kinderbelangen, namentlich für die Regelung des Besuchsrechts, gilt uneingeschränkt die Offizialmaxime (BGE 120 II 229 E. 1c S. 231; 122 III 404 E. 3d S. 408). Das Obergericht ist daher nicht an Parteianträge gebunden und kann auch Anordnungen treffen, welche die Vorinstanz nicht in Erwägung gezogen hat. Der Vorwurf der Berufungsklägerin, ein unbegleitetes Besuchsrecht sei vor Bezirksamt nie Prozessthema gewesen, erweist sich daher als unbegründet. Aus den gleichen Gründen ist auch der angebliche Verzicht des Berufungsbeklagten auf sein Besuchsrecht unbeachtlich, zumal es das Obergericht für fraglich gehalten hat, ob die Verzichtserklärung absolut gemeint sei und sich nicht bloss auf die unhaltbare Besuchsrechtsanordnung des Bezirksamtes bezogen habe.
3.4 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 das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist (BGE 123 III 445 E. 3b S. 451). Das Besuchsrecht wird im Einzelnen nach richterlichem Ermessen festgesetzt (Art. 4 ZGB), weshalb das Bundesgericht entsprechende Entscheide nur mit einer gewissen Zurückhaltung überprüft (BGE 120 II 229 E. 4a S. 235; 127 III 351 E. 4a S. 354).

Zumindest ein Teil der Lehre geht davon aus, dass ein externes Besuchsrecht erst ab dem 3. Altersjahr des Kindes angebracht sei (Hegnauer, a.a.O., N. 80 zu Art. 273 ZGB, mit Hinweis). Das Bundesgericht hat sich bisher zu dieser Frage noch nicht geäussert. Im vorliegenden Fall jedenfalls hat das Obergericht durch die Gewährung eines solchen sein Ermessen nicht überschritten, auch wenn die Tochter der Parteien erst zwei Jahre alt ist. Das Obergericht hat einerseits keine Gefährdung ihres Kindeswohls durch die unbeaufsichtigte Ausübung des Besuchsrechts durch den Berufungsbeklagten festgestellt, andererseits auch berücksichtigt, dass angesichts der Spannungen zwischen den Parteien ein von der Berufungsklägerin beaufsichtigtes Besuchsrecht wenig praktikabel sei. In Anbetracht dieser sachgerechten Erwägungen liegt keine Verletzung von Art. 273 Abs. 1 ZGB vor.
4.
Damit ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Berufungsklägerin kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie schuldet dem Berufungsbeklagten allerdings keine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren, zumal keine Berufungsantwort eingeholt wurde.
5.
Die Berufungsklägerin hat für das bundesgerichtliche Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gestellt. Die unentgeltliche Rechtspflege ist einer Partei zu bewilligen, die bedürftig und deren Sache nicht aussichtslos ist (Art. 152 Abs. 1 OG). Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde (BGE 125 II 265 E. 4b S. 275; 127 I 202 E. 3a und b S. 204, je mit Hinweisen).

Die vorliegende Eingabe hat in weiten Teilen aus unzulässiger Kritik an der Beweiswürdigung des Obergerichts bestanden. Auch soweit auf die Berufung eingetreten werden konnte, haben sich die Gewinnaussichten als deutlich geringer als die Verlustgefahren dargestellt. Dem Gesuch kann demnach wegen Aussichtslosigkeit nicht stattgegeben werden, womit die Frage der Bedürftigkeit nicht zu prüfen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Berufungsklägerin auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Aargau, Kammer für Vormundschaftswesen als zweitinstanzliche vormundschaftliche Aufsichtsbehörde, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 25. Juni 2003
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: