Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.55/2002 /mks

Urteil vom 27. Mai 2002
II. Zivilabteilung

Bundesrichter Bianchi, Präsident,
Bundesrichter Raselli, Bundesrichterin Nordmann,
Gerichtsschreiber Möckli.

A.X._____,
Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Kai Burkart, Burkart und Pfammatter, Bahnhofstrasse 40, Postfach 568, 8703 Erlenbach ZH,

gegen

B.X._____,
Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Bruno Burch, Weggisgasse 1, 6004 Luzern.

Obhutsentzug

(Berufung gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 20. Dezember 2001)

Sachverhalt:
A.
C.X._____, geb. ..... 1996, ist das eheliche Kind von B.X._____ und A.X._____. Gestützt auf den Bericht des Jugendsekretariates teilte der Eheschutzrichter des Bezirksgerichts Dielsdorf die Obhut über C. mit Entscheid vom 28. September 1998 der Mutter zu. Diesen liess der Vater unangefochten.
B.
Am 29. September 1999 gelangte A.X._____ an die Amtsvormundschaft der Stadt Zürich mit dem sinngemässen Ersuchen um Kindesschutzmassnahmen. Die Mutter habe einige Wochen vor seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung begonnen, als Prostituierte zu arbeiten und lasse seither das Kind alleine zurück, wenn sie ihrem Gewerbe nachgehe. Am 6. Oktober 2000 erliess ein Mitglied der Vormundschaftsbehörde eine superprovisorische Verfügung des Inhalts, der Vater solle C. nach der Ausübung des Besuchsrechts nicht der Mutter zurückgeben, sondern bei sich behalten, bis endgültig über eine Fremdplatzierung entschieden sei. Am 18. Oktober 2000 brachte die Kleinkindberatung C. mit Zustimmung des Vaters einstweilen in einem Heim unter. Mit Entscheid vom 27. November 2000 errichtete die Vormundschaftsbehörde für C. eine Beistandschaft und entzog der Mutter die Obhut über das Kind. Mit Entscheid vom 30. August 2001 wies der Bezirksrat deren Beschwerde ab. In der Folge erhob B.X._____ betreffend den Entzug der Obhut Rekurs an das Obergericht des Kantons Zürich, während sie die Errichtung der Beistandschaft akzeptierte. Nachdem das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, beide Parteien und die Beiständin von C. einvernommen hatte, hiess es den Rekurs mit Beschluss vom 20. Dezember 2001 gut und hob den angefochtenen Entscheid des Bezirksrats auf.
C.
Gegen diesen Beschluss hat A.X._____ am 19. Februar 2002 (Postaufgabe: 20. Februar) Berufung erhoben mit den Anträgen, das Begehren der Berufungsbeklagten um Aufhebung der von der Vormundschaftsbehörde Zürich verfügten Massnahme sei abzuweisen, eventualiter sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und das Obergericht des Kantons Zürich anzuweisen, über die strittigen Tatsachen ein Beweisverfahren durchzuführen und ein kinderpsychiatrisches Gutachten einzuholen.

Es sind keine Berufungsantworten eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Gemäss Art. 44 lit. d OG steht die Berufung in folgenden Fällen offen: "... Entziehung oder Wiederherstellung der elterlichen Obhut ...". Es stellt sich die Frage, ob die Berufung auch gegen die Nicht-Entziehung der elterlichen Obhut zulässig ist:

Bis Ende 1999 war die Entziehung der elterlichen Obhut nicht berufungsfähig. Mit der auf 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Gesetzesnovelle wurde dies geändert. Nach dem Gesetzeswortlaut unterliegt die "Entziehung der elterlichen Obhut" der Berufung, was darauf schliessen lassen könnte, der vorliegend interessierende umgekehrte Fall - Nicht-Entzug der elterlichen Obhut - sei nicht berufungsfähig. Dies liesse sich damit begründen, dass derjenige Elternteil, dem die Obhut entzogen wird, viel stärker betroffen ist als derjenige, der selbst gar keine Obhut (mehr) hat und einzig gestützt auf sein Sorgerecht die Frage der Obhut des anderen Elternteils über das gemeinsame Kind zum Gegenstand einer Berufung machen will. Das Gesetz unterstellt jedoch auch die "Wiederherstellung der elterlichen Obhut" der Berufung. Es versteht sich von selbst, dass der betroffene Elternteil insbesondere beim umgekehrten Fall - der Nicht-Wiederherstellung der elterlichen Obhut - eine Berufungsmöglichkeit haben muss. Dies legt nahe, dass die Ausdrucksweise des OG in einem weiteren Sinn zu verstehen ist und die Begriffe "Entziehung" sowie "Wiederherstellung" je auch ihr Gegenteil in sich begreifen.
Im Übrigen hat der Kindsvater als Inhaber der elterlichen Sorge ein rechtlich geschütztes Interesse an der Anfechtung eines Entscheides, mit welchem der Kindsmutter die Obhut nicht entzogen und damit das Kind nicht fremdplatziert bzw. nach der einstweiligen Platzierung in einem Heim der Mutter zurückgegeben wird.
1.2 Das Obergericht hat nicht übersehen, dass die Vormundschaftsbehörden während eines gerichtlichen Verfahrens grundsätzlich nicht mehr für Kindesschutzmassnahmen zuständig sind, wenn sich der Scheidungs- oder Eheschutzrichter damit befasst (Art. 315a Abs. 1 ZGB), und dass es für Massnahmen nach dem Urteil veränderter Verhältnisse bedarf (Art. 315a Abs. 3 ZGB). Es hat erwogen, dass der Vorwurf an die Berufungsbeklagte, sie prostituiere sich und lasse das Kind während dieser Zeit alleine, den Eheschutzrichter nicht zum Entzug der Obhut veranlasst und der Berufungskläger dagegen kein Rechtsmittel ergriffen habe. Allerdings sei seit dem richterlichen Entscheid ein Jahr vergangen und es sei deshalb trotz unveränderter Verhältnisse vertretbar, dass die Vormundschaftsbehörde auf das Gesuch des Vaters eingetreten sei.

Bei einer Gutheissung der Berufung wäre eine genaue Prüfung der Frage, ob die Vormundschaft zum Obhutsentzug zuständig war, unerlässlich, denn dieser dürfte keinesfalls auf einer fehlenden Zuständigkeit basieren. Weil die Berufung gemäss den weiteren Erwägungen jedoch abzuweisen sein wird, soweit darauf einzutreten ist, kann die Frage offen gelassen werden.
2.
Der Berufungskläger rügt, das Obergericht habe Art. 310 ZGB verletzt, indem es der Mutter die Obhut nicht entzogen habe.
2.1 Ganz allgemein müssen Kindesschutzmassnahmen erforderlich sein (Subsidiarität) und es ist immer die mildeste Erfolg versprechende Massnahme anzuordnen (Proportionalität). Diese soll elterliche Bemühungen nicht ersetzen, sondern ergänzen (Komplementarität). Gemäss Art. 310 Abs. 1 ZGB sind Kinder den Eltern wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen, wenn ihrer Gefährdung nicht anders begegnet werden kann. Der Obhutsentzug stellt einen schweren Eingriff in das Elternrecht dar und muss mit Blick auf die Gefährdung des Kindes verhältnismässig sein (BGE 120 II 384 E. 5c S. 388).
2.2 Der Berufungskläger macht im Einzelnen geltend, es sei abzuklären, ob sich die Kindsmutter weiterhin prostituiere, weil auf Grund ihres "Privatlebens" der Verdacht einer Vernachlässigung des Kindes bestehe. Die Vorinstanz müsse insbesondere abklären, ob die Mutter das Kind nachts alleine lasse. Die Erwägung, das Kind zeige keine äusserlichen Zeichen von Verwahrlosung oder Verängstigung, sei angesichts seiner Weinkrämpfe bei Telefonaten mit der Mutter aktenwidrig. Das bei der Mutter beschlagnahmte pornographische Material zeige klar die Gefährdung des Kindeswohls. Die Erwägung, es bestünden keine Anhaltspunkte für eine Entführungsgefahr durch die Mutter, sei aktenwidrig. Angesichts der aktenkundigen emotionalen Ausbrüche der

Mutter genüge eine Beistandschaft nicht, um das Kindeswohl zu schützen; er (der Berufungskläger) sei in der Lage zu beweisen, dass sich deren Verhalten gegen das Wohl des Kindes richte. Schliesslich sei unhaltbar, dass die Vorinstanz das Jammern des Kindes am Telefon entgegen den Äusserungen der Heimleitung als möglicherweise echt betrachte.
2.3 Im Rahmen des Berufungsverfahrens ist das Bundesgericht bei seinem Entscheid an die Sachverhaltsfeststellungen der letzten kantonalen Instanz gebunden (Art. 63 Abs. 1 OG). Ausführungen, die sich gegen die tatsächlichen Feststellungen richten sowie das Vorbringen neuer Tatsachen oder Beweismittel sind im Grundsatz unzulässig (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG). Aktenwidrigkeiten und falsche Beweiswürdigung wären mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen.

Der Berufungskläger hält sich mit seinen Ausführungen nicht an die genannten Grundsätze. Namentlich wird keine Versehensrüge erhoben, wie sie bei der Berufung zulässig wäre (Art. 55 Abs. 1 lit. d OG), vielmehr werden ganz allgemein die kantonalen Sachverhaltsfeststellungen und die Beweiswürdigung kritisiert. Demgegenüber setzt sich der Berufungskläger mit der detaillierten Begründung der Vorinstanz, dass kaum konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls bestünden und ein Obhutsentzug deshalb unverhältnismässig wäre, nicht einmal ansatzweise auseinander. Auf seine Vorbringen ist folglich nicht einzutreten.
3.
Der Berufungskläger rügt weiter, die Vorinstanz habe Art. 12 UNO-Kinderrechtskonvention und Art. 314 Ziff. 1 ZGB verletzt, indem sie das Kind nicht angehört habe.
3.1 Art. 12 Abs. 1 UNO-Kinderrechtskonvention gewährt dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht, diese in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äussern. Die Verletzung von Staatsverträgen ist gemäss Art. 84 Abs. 1 lit. c OG grundsätzlich mit staatsrechtlicher Beschwerde zu rügen (Staatsvertragsbeschwerde). Allerdings kann im Berufungsverfahren die konventionskonforme Auslegung von Bundesrecht geltend gemacht werden (Georg Messmer/Hermann Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, 1992, S. 104).

Gemäss Art. 314 Ziff. 1 ZGB ist das Kind vor dem Erlass von Kindesschutzmassnahmen in geeigneter Weise durch die vormundschaftliche Behörde oder durch eine beauftragte Drittperson persönlich anzuhören, soweit nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Die betreffende Norm statuiert nicht nur ein Recht des Kindes auf, sondern auch eine Pflicht der Behörden zur Anhörung, und die Anhörung des Kindes ist nicht allein Ausfluss seiner Persönlichkeit, sondern sie dient auch zur Klärung des Sachverhalts (Urteile des Bundesgerichts 5P.112/2001 vom 27. August 2001, E. 4; 5P.290/2001 vom 16. November 2001, E. 2b/bb; vgl. auch Christine Baltzer-Bader, Die Anhörung des Kindes - rechtliche Aspekte, in: ZVW 1999, S. 199 und 201; Verena Bräm, Die Anhörung des Kindes aus rechtlicher Sicht, in: SJZ 1999, S. 309 f.).

In den vorinstanzlichen Erwägungen finden sich keine Ausführungen zur Kindesanhörung. Diese wurde gar nicht erst thematisiert, denn offensichtlich gingen sowohl das Obergericht als auch die Eltern davon aus, C. sei hierfür zu jung. Immerhin stellt sich angesichts des Alters von C. die grundsätzliche Frage, ob das Obergericht das Mädchen nicht hätte anhören müssen. Der Berufungskläger macht diesbezüglich geltend, das Kind sei jetzt sechs Jahre alt und damit ohne weiteres in der Lage, im Rahmen einer kinderpsychologischen Befragung Hinweise zu geben, wie und wo sein Wohl am besten gewährleistet sei. Ein kinderpsychologisches Gutachten sei umso mehr angebracht, als die Vorinstanz entgegen den klaren Berichten der Vormundschaftsbehörde, der Kleinkindberatung und der Beiständin entschieden habe.
3.2 Die Ansichten, ab welchem Alter ein Kind anzuhören sei, gehen weit auseinander. Ein namhafter Teil der Lehre geht davon aus, dass eine Anhörung frühestens ab einem Alter von sechs oder sieben Jahren in Frage komme (z.B. Heinz Hausheer, Die wesentlichen Neuerungen des neuen Scheidungsrechts, in: ZBJV 135, S. 29; Ruth Reusser, Die Stellung des Kindes im neuen Scheidungsrecht, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, 1999, N. 4.79; Dieter Freiburghaus, Auswirkungen der Scheidungsrechtsrevision auf die Kinderbelange und die vormundschaftlichen Organe, in: ZVW 1999, S. 142; derselbe, Der Einfluss des Übereinkommens auf die schweizerische Rechtsordnung, in: Die Rechte des Kindes, 2001, S. 195). Verschiedene Experten vertreten die Meinung, die sprachliche Differenzierungs- und Abstraktionsfähigkeit als grundlegende Voraussetzung für die Anhörung sei bei Kindern erst ab ungefähr elf Jahren entwickelt (z.B. Heinrich Nufer, Die Kommunikationssituation bei der Anhörung von Kindern, in: SJZ 1999, S. 317, sowie in: ZVW 1999, S. 209; Wilhelm Fel-

der/ Heinrich Nufer, Richtlinien für die Anhörung des Kindes aus kinderpsychologischer/kinderpsychiatrischer Sicht gemäss Art. 12 der UNO-Konvention über die Rechte des Kindes, in: SJZ 1999, S. 318).
Das Bundesgericht hat entschieden, dass sich ein sechsjähriges Kind keine eigene Meinung darüber bilden kann, ob die Kontaktaufnahme mit seinem Vater, den es bis anhin nie gesehen hat, in seinem Interesse liege (BGE 124 III 90 E. 3c S. 93 f.).
3.3 Zwar ist das Mädchen inzwischen sechsjährig und steht damit an dem in der herrschenden Lehre vertretenen Schwellenalter für eine Anhörung. Vorliegend geht es jedoch nicht um eine Wiederherstellung, sondern um den Entzug der Obhut, weshalb einzig relevant ist, wie die Mutter das Kind seinerzeit betreut hat. Demgegenüber müssen Fragen, wie sich das Kind im Heim eingelebt hat, wie es dort erzogen wird und wie sich eine Rückführung zur Mutter gestalten würde, ausser Betracht bleiben. C. hätte folglich Aussagen über einen Zeitabschnitt zu machen, als sie 4½-jährig und jünger war. Dabei ist zu beachten, dass ein Kind im Alter von C. in der Gegenwart lebt, noch kein entwickeltes Zeitgefühl hat und relativ weit zurückliegende Geschehnisse nur schwer einordnen kann. Des Weiteren gilt es zu bedenken, dass es vorliegend nicht um eine Kindeszuteilung an einen der Elternteile geht, für die bereits bei relativ kleinen Kindern mit zielgerichteten Spielen (z.B. Anordnung von Figuren und Gegenständen) sowie Zeichnungen unter Anleitung einer Fachperson (z.B. zeichnerische Darstellung der Familienmitglieder) Erkenntnisse gewonnen werden können. Vielmehr müsste C. mit Worten ihre damaligen Lebensumstände schildern und namentlich darüber Aussagen
machen, ob sie abends allein gelassen worden sei. Unter Fachleuten ist jedoch anerkannt, dass Aussagen zu solchen Themen bei kleinen Kindern kaum einen Beweiswert haben (Wilhelm Felder/Heinrich Nufer, a.a.O., S. 318). Im Übrigen wäre eine solche Anhörung dem Kindeswohl geradezu abträglich, da sie C. massiv überfordern würde (vgl. Ursula Birchler, Die Anhörung des Kindes, in: ZVW 2000, S. 239).

Das Obergericht hat aus den erwähnten Gründen kein Bundesrecht verletzt, wenn es die Frage der Kindesanhörung nicht thematisierte.

Der - kantonal nie gestellte - Eventualantrag auf Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens betrifft die Beweiserhebung und damit den Sachverhalt, weshalb er mit staatsrechtlicher Beschwerde geltend zu machen wäre. Im Berufungsverfahren ist darauf nicht einzutreten.
4.
Im Ergebnis ist die Berufung abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Gerichtsgebühr ist folglich dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Da keine Vernehmlassung eingeholt worden ist, sind der Berufungsbeklagten keine Kosten entstanden und eine Parteientschädigung erübrigt sich.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 20. Dezember 2001 wird bestätigt.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Berufungskläger auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 27. Mai 2002
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: