Urteilskopf

120 II 229

43. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 7. Oktober 1994 i.S. K. gegen B. (Berufung)
Regeste (de):
Besuchsrecht; Offizialmaxime; neue Tatsachen und Beweismittel (Art. 156 Abs. 2, Art. 273 ZGB; Art. 55 Abs. 1 lit. c OG).

Für die Kinderzuteilung und die damit unmittelbar zusammenhängenden Fragen gilt die Offizialmaxime. Das hat jedoch nicht zur Folge, dass im Berufungsverfahren vor Bundesgericht neue Tatsachen und Beweismittel zulässig sind. In dieser Hinsicht gilt Art. 55 Abs. 1 lit. c OG (E. 1c).

Bedeutung von BGE 119 II 201 ff. Diese Rechtsprechung besagt nicht, dass einem Elternteil, der im Verdacht steht, sein Kind sexuell missbraucht zu haben, überhaupt kein Besuchsrecht eingeräumt werden darf. Es kann sich als mit dem Kindeswohl vereinbar erweisen, den persönlichen Verkehr des nicht obhutsberechtigten Elternteils mit dem im Zeitpunkt der Scheidung noch kleinen Kind nicht von Anfang an ganz zu unterbinden, sondern für eine bestimmte Dauer in Form eines begleiteten Besuchsrechts zuzulassen (E. 3b/aa).

Das bedeutet jedoch nicht, dass im Scheidungsurteil das Besuchsrecht ebenso provisorisch geregelt werden darf wie im Massnahmeverfahren nach Art. 145 ZGB (E. 3b/bb).

Ausgestaltung des Besuchsrechts im konkreten Fall (E. 4).

Regeste (fr):
Droit de visite; maxime d'office; faits et preuves nouveaux (art. 156 al. 2, art. 273 CC; art. 55 al. 1 let. c OJ).

La maxime d'office est applicable à l'attribution des enfants et aux questions qui y sont directement liées. Cela n'a cependant pas pour conséquence l'admissibilité de faits et preuves nouveaux dans la procédure de recours en réforme au Tribunal fédéral. A cet égard, l'art. 55 al. 1 let. c OJ est applicable (consid. 1c).

Sens de l'ATF 119 II 201 ss. Cette jurisprudence ne signifie pas qu'aucun droit de visite ne peut être accordé à un parent soupçonné d'avoir sexuellement abusé de son enfant. Il peut se révéler compatible avec le bien de l'enfant de ne pas empêcher d'emblée toutes relations personnelles du parent non détenteur de l'autorité parentale avec l'enfant encore en bas âge au moment du divorce, mais de les autoriser pour une durée déterminée sous forme d'un droit de visite surveillé (consid. 3b/aa).

Cela ne signifie cependant pas que, dans le jugement de divorce, le droit de visite puisse être réglé provisoirement comme en procédure de mesures provisoires selon l'art. 145 CC (consid. 3b/bb).

Fixation du droit de visite dans le cas concret (consid. 4).

Regesto (it):
Diritto di visita; massima ufficiale; fatti e mezzi di prova nuovi (art. 156 cpv. 2, art. 273 CC; art. 55 cpv. 1 lett. c OG).

La massima ufficiale è applicabile all'assegnazione dei figli e alle questioni con essa direttamente connesse. Ciò non ha però come conseguenza che nella procedura del ricorso per riforma possono essere proposti fatti e mezzi di prova nuovi. In questo ambito si applica l'art. 55 cpv. 1 lett. c OG (consid. 1c).

Significato di DTF 119 II 201 segg. Questa giurisprudenza non indica che al genitore, sospettato di aver abusato

sessualmente del figlio, non possa essere concesso alcun diritto di visita. Può essere compatibile con il bene del figlio non interrompere completamente fin dall'inizio le relazioni del figlio ancora piccolo al momento del divorzio con il genitore che non ne ha la custodia, ma di permetterle per una certa durata sotto forma di un diritto di visita accompagnato (consid. 3b/aa).

Ciò non significa tuttavia che nella sentenza di divorzio il diritto di visita può essere regolato in modo provvisorio come nell'ambito delle misure cautelari secondo l'art. 145 CC (consid. 3b/bb).

Modalità del diritto di visita nel caso concreto (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 230

BGE 120 II 229 S. 230

A.- K. und B. heirateten am 24. Oktober 1988. Am 2. Oktober 1989 gebar B. die gemeinsame Tochter C. Am 27. Februar 1992 reichte K. beim Bezirksgericht St. Gallen Scheidungsklage ein, worauf B. am 2. März 1992 widerklageweise ebenfalls um Scheidung der Ehe ersuchte. Im Frühjahr 1992 zog sie ausserdem mit dem Kind nach T., Italien, dem Wohnort ihrer Eltern. Gegen K. wurde ein Strafverfahren wegen Verdachts auf sexuelle Handlungen gegenüber seiner Tochter eingeleitet, das heute noch nicht abgeschlossen ist.

B.- Beide Parteien zogen das erstinstanzliche Urteil an das Kantonsgericht St. Gallen, welches seinerseits mit Entscheid vom 25. Januar 1994 die Scheidung der Ehe aussprach (Ziff. 1 des Dispositivs) und das Kind C. unter die elterliche Gewalt der Mutter stellte (Ziff. 2 des Dispositivs). Der Kläger erhielt ein begleitetes Besuchsrecht von dreimal fünf aufeinanderfolgenden Tagen pro Jahr zugesprochen, welches am Wohnsitz des Vaters, jeweils täglich von 09'00 Uhr bis 20'00 Uhr auszuüben war (Ziff. 3a). Zur Überwachung dieses Rechts ordnete das Kantonsgericht eine Beistandschaft

BGE 120 II 229 S. 231

gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB an (Ziff. 3b); ferner erliess es zuhanden der Mutter die Weisung, dafür zu sorgen, dass das Kind am vom Beistand bestimmten Ort vom Vater abgeholt bzw. dorthin zurückgebracht werden könne (Ziff. 3c).

C.- K. hat dieses Urteil mit Berufung beim Bundesgericht angefochten. Damit beantragt er, Ziffer 2 des kantonsgerichtlichen Urteils aufzuheben und die Frage der Kinderzuteilung zu weiteren Abklärungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Für den Fall, dass dem nicht entsprochen werden sollte, schliesst er dahin, es sei Ziff. 3 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben und ihm ein begleitetes Besuchsrecht von viermal fünf aufeinanderfolgenden Tagen pro Jahr einzuräumen; zum Schutze des Kindes seien die nötigen Massnahmen im Sinne von Art. 307 ff. ZGB anzuordnen. B. beantragt Abweisung der Berufung. Mit gleichzeitig eingelegter Anschlussberufung verlangt sie, Ziff. 3 des kantonsgerichtlichen Urteils aufzuheben und von der Zusprechung eines Besuchsrechts zugunsten des Vaters abzusehen. K. schliesst auf Abweisung der Anschlussberufung. In teilweiser Gutheissung von Berufung und Anschlussberufung hebt das Bundesgericht Ziff. 3 des angefochtenen Urteils auf und ordnet das Besuchsrecht neu.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1. c) Der Kläger macht unter Hinweis auf BÜHLER/SPÜHLER (N. 68 zu Art. 146 ZGB) und BGE 82 II 470 ff. geltend, bezüglich der Elternrechte und -pflichten seien neue Begehren und dementsprechend auch neue tatsächliche Behauptungen und Beweismittel zulässig.
Im Scheidungsverfahren gilt für die Kinderzuteilung und die damit unmittelbar zusammenhängenden Fragen, namentlich auch für die Regelung des Besuchsrechts, uneingeschränkt die Offizialmaxime; es sind daher weder neue Begehren ausgeschlossen, noch ist das Bundesgericht an die Anträge der Parteien gebunden (BGE 119 II 201 E. 1 S. 203 mit Hinweisen). Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich indes ebensowenig wie aus BGE 82 II 470 ff., 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, der neue Tatsachen und Beweismittel ausschliesst; dies ist denn auch von BÜHLER/SPÜHLER



an der für die Frage einschlägigen Stelle (N. 44 zu Art. 156 ZGB) unter Hinweis auf den nicht veröffentlichten Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Februar 1960 i.S. D./D. ausdrücklich festgehalten worden.

3. Die Vorinstanz hat dem Kläger ein begleitetes, an dessen Wohnsitz auszuübendes und detailliert geregeltes Besuchsrecht eingeräumt. In seinem Eventualantrag verlangt der Kläger unter Hinweis auf seine ausgezeichneten Fähigkeiten und die ausgesprochen gute Beziehung zum Kind eine Ausweitung des Besuchsrechts über die kantonsgerichtliche Regelung hinaus, während die Beklagte sich mit ihrer Anschlussberufung grundsätzlich gegen die Gewährung eines Besuchsrechts wendet. Zur Begründung führt sie im einzelnen aus, es bestehe der Verdacht, dass der Kläger seine Tochter sexuell misshandelt haben könnte. Dieser Verdacht stütze sich auf das gerichtsmedizinische Gutachten, das eine Verletzung und Rötung der Scheidenschleimhaut des Kindes im Zeitraum der Ausübung des Besuchsrechts des Klägers feststelle; selbst der Gutachter schliesse die Möglichkeit einer Kindesmisshandlung nicht aus, und der Kläger werde auch dadurch belastet, dass die Tochter dem vertrauten Kinderarzt gegenüber bestätigt habe, sie sei von ihrem Vater "berührt" worden. Der Verdacht der Misshandlung durch den Kläger sei damit konkret begründet. Gemäss BGE 119 II 206 bestehe daher Anlass, von der Gewährung eines Besuchsrechts abzusehen, zumal der Scheidungsrichter laut Ziff. 2 des Regests dieser Rechtsprechung die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern grundsätzlich endgültig und dauerhaft zu ordnen habe, und eine den gegebenen Verhältnissen bloss für eine begrenzte Zeitspanne angepasste, hingegen auf Dauer getroffene Lösung diesen Grundsatz verletze. Das vorinstanzliche Urteil, das dem Kläger trotz des erheblichen Verdachts ein wenn auch durch strenge Massnahmen geschütztes Besuchsrecht einräume, widerspreche daher den Art. 156 Abs. 2 und 273 ZGB. a) Die Beklagte scheint davon auszugehen, aufgrund der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 119 II 201 ff.) könne dem Vater wegen des Verdachts der sexuellen Misshandlung des Kindes schlechthin kein Besuchsrecht eingeräumt werden. Das ist indes nicht der Sinn der zitierten Rechtsprechung.
b) aa) Art. 156 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 273 ZGB räumt dem Elternteil, welcher durch die Scheidung die elterliche Gewalt verliert, ein Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr mit seinen Kindern ein. Beim Anspruch auf persönlichen Verkehr handelt

es sich um ein Pflichtrecht (HEGNAUER, N. 57 f. zu Art. 273 ZGB), das nicht nur dem Interesse des besuchsberechtigten Elternteils, sondern ebenfalls demjenigen des Kindes dienen soll (HEGNAUER, N. 18 zu Art. 273 ZGB; vgl. auch DESCHENAUX/TERCIER, Le mariage et le divorce, 3. Aufl. Bern 1985, S. 141 N. 749). Zwar hat das Besuchsrecht für das Kind je nach Alter und Lebensumständen unterschiedliche Bedeutung (FELDER/HAUSHEER, Drittüberwachtes Besuchsrecht: Die Sicht der Kinderpsychiatrie, in ZBJV 129 (1993), S. 706); es ist aber auch für die Entwicklung des Kleinkindes wesentlich (FELDER/HAUSHEER, a.a.O., S. 705). Der vollständige Entzug dieses Rechts bildet daher die "ultima ratio" (vgl. Art. 274 Abs. 2 ZGB; HEGNAUER, N. 40 ff. zu Art. 274 ZGB; vgl. auch BÜHLER/SPÜHLER, Ergänzungsband, N. 302 zu Art. 156 ZGB) und darf somit im Interesse des Kindes nur angeordnet werden, falls die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs sich nicht in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen. Die Interessen der Eltern sind insoweit von untergeordneter Bedeutung; der besuchsberechtigte Elternteil hat die sich aus dem Besuchsrecht ergebenden Unannehmlichkeiten ebenso in Kauf zu nehmen wie der Inhaber der elterlichen Gewalt, zumal es bei der Festsetzung des Besuchsrechts nicht darum geht, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu organisieren. Weil die Bedürfnisse des Kleinkindes nicht denjenigen eines Jugendlichen entsprechen, lässt sich das Besuchsrecht bei einem Kind, das bei der Scheidung noch klein ist, nicht bis zu dessen Mündigkeit einheitlich regeln. Das Besuchsrecht unterliegt vielmehr der gleichen Dynamik wie die Beziehung, deren Ausdruck es ist, und bedarf daher auch differenzierter Regelungen. Im Lichte dieser Ausführungen kann es sich somit - auch in einem Fall wie dem vorliegenden - durchaus als mit dem Kindeswohl vereinbar erweisen, den persönlichen Verkehr des nicht obhutsberechtigten Elternteils mit dem im Zeitpunkt der Scheidung noch kleinen Kind nicht von Anfang an ganz zu unterbinden, sondern für eine bestimmte Dauer in Form eines begleiteten Besuchsrechts zuzulassen. bb) Aus dem unter aa) Dargelegten darf indes nicht geschlossen werden, das Besuchsrecht könne im Rahmen der Scheidung ebenso provisorisch geregelt werden wie im Massnahmeverfahren nach Art. 145 ZGB. Im Gegensatz zum Massnahmeentscheid ergeht das Scheidungsurteil nicht im summarischen Verfahren. Im Scheidungsprozess ist der Sachverhalt bezüglich der Elternrechte und -pflichten vollständig abzuklären. Das Scheidungsurteil erwächst zudem



in materielle Rechtskraft, was für den Massnahmeentscheid gar nicht oder nur beschränkt zutrifft (vgl. BÜHLER/SPÜHLER, N. 437 zu Art. 145 ZGB). Während bei Art. 145 ZGB bereits eine andere Beurteilung der Gegebenheiten eine Abänderung der Massnahme rechtfertigen kann (vgl. BÜHLER/SPÜHLER, N. 440 zu Art. 145 ZGB), vermögen nach ergangenem, formell und materiell rechtskräftigem Scheidungsurteil nur seit dem Urteil eingetretene Veränderungen der Verhältnisse dazu Anlass zu geben (BÜHLER/SPÜHLER, N. 14 zu Art. 157 ZGB). Soll der im Scheidungsurteil geregelte persönliche Verkehr zwischen Eltern und Kindern neu gefasst werden, so bedarf es daher eines neuen ordentlichen Verfahrens (vgl. BÜHLER/SPÜHLER, N. 29 zu Art. 157 ZGB; HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 4. Aufl. Bern 1994, S. 124/25 N. 19.13; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 379, 3. letzter Absatz in fine und Fn. 67), das eine andere zeitliche Dimension aufweist, weil die darin vorzunehmenden Anpassungen wesentlich weniger schnell zu erreichen sind, als dies in einem summarischen Verfahren möglich wäre. In diesem Sinne ist die Regelung des Besuchsrechts im Scheidungsurteil mithin eine endgültige und dauerhafte. cc) Von diesen Grundsätzen ist das Bundesgericht auch in BGE 119 II 201 ff. nicht abgewichen; es hat sich vielmehr lediglich aufgrund der gegebenen Verhältnisse und des besonderen Gefahrenmomentes des konkreten Falles veranlasst gesehen, nebst dem beaufsichtigten Besuch noch zusätzliche Massnahmen zum Ausschluss der Gefährdung der Kinder vorzusehen. Dies hat sich namentlich auch deshalb aufgedrängt, weil die letzte kantonale Instanz selber von der gewählten Lösung nicht überzeugt war und ausdrücklich betont hat, dass der eingeschlagene Weg sich zur Zeit

als der beste erweise (vgl. BGE 119 II 205 unten). c) An sich zu Recht wird in der Anschlussberufung auf zwei Umstände - die Aussage des Kindes gegenüber dem Arzt sowie die starke physische Bindung des Vaters an das Kind - hingewiesen, die beide an sich mehr als bloss die Möglichkeit indizieren würden, dass der Kläger das Kind verletzt haben könnte. Dies stellt indes keinen genügenden Grund dar, dem Kläger gestützt auf Art. 274 Abs. 2 ZGB jegliches Besuchsrecht zu verweigern oder auch nur den Ausgang des gegen ihn angehobenen Strafverfahrens abzuwarten, bevor über das Besuchsrecht entschieden wird.

4. Das Kantonsgericht hat das Besuchsrecht des Vaters auf dreimal fünf aufeinanderfolgende Tage pro Jahr festgesetzt und des weiteren verfügt, dass dieses Recht jeweils täglich von 09'00 Uhr bis



20'00 Uhr am Wohnsitz des Klägers auszuüben sei. Sodann hat es für die Überwachung des Besuchsrechts eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet und der Mutter Weisungen erteilt. a) Das Besuchsrecht wird nach richterlichem Ermessen festgesetzt (Art. 4 ZGB; vgl. HEGNAUER, N. 61 zu Art. 273 ZGB; BÜHLER/SPÜHLER, N. 62 zu Art. 156 ZGB). Das Bundesgericht auferlegt sich daher bei der Überprüfung entsprechender Entscheide eine gewisse Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz bei ihrer Entscheidung Umstände berücksichtigt hat, die nach dem Sinn des Gesetzes keine Rolle hätten spielen dürfen oder wenn wesentliche Gesichtspunkte ausser acht gelassen worden sind (vgl. BGE 117 II 6 E. 2 S. 8/9 mit Hinweisen). Bei der Bemessung des Umfanges eines Besuchsrechts gilt es zu überlegen, was der persönliche Kontakt zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind bezweckt und was diesem zumutbar ist. In der Lehre wird mit Recht vertreten, beim Kind, das bis ungefähr zu seinem 9. Lebensjahr mit seinen Eltern lebt, sei, sofern es diesem zumutbar bleibe, ein umfangreicheres Besuchsrecht vorzusehen als beim Vorschulkind. Denn bei diesem erfüllt das Recht lediglich den Zweck, eine hinreichende Realitätskontrolle zu ermöglichen, um so eine Idealisierung oder Dämonisierung des nicht obhutsberechtigten Elternteils zu verhindern. Diesem Zweck entsprechen indes bereits einige wenige Besuche pro Jahr (vgl. FELDER/HAUSHEER, a.a.O., S. 701). b) Im konkreten Fall hat das Kantonsgericht weder diesen Grundsätzen Beachtung geschenkt noch dem Umstand Rechnung getragen, dass die Mutter mit ihrem Kind in Italien wohnt. Sie hat damit das ihr zustehende Ermessen überschritten. Im Lichte der vorgenannten Ausführungen (E. 3b/aa) ist dem Kläger zwar unverzüglich ein begleitetes Besuchsrecht einzuräumen, wobei es jedoch angesichts der beschriebenen Dynamik des Rechts angebracht ist, die Begleitung lediglich bis zum vollendeten 12. Altersjahr - d.h. bis zum Übergang der Tochter vom Kindes- zum Jugendalter - vorzusehen, danach aber ein unbegleitetes Besuchsrecht zuzulassen.
Im Interesse des Kindes ist das Besuchsrecht an dessen Wohnsitz auszuüben, da die vom Kantonsgericht gewählte Lösung angesichts der damit verbundenen Reisen in die Schweiz eine zu grosse Belastung für das Kind darstellen würde. Der Umstand, dass sich aus der Wahl des Ortes für den Kläger allenfalls gewisse Nachteile - wie etwa die Reise ins Ausland - ergeben können, darf für das Bundesgericht nicht massgebend sein (vgl. E. 3b/aa).



Eine andere Regelung drängt sich hier auch aus prozessualen Gründen nicht auf, zumal das vorliegende Urteil auch hinsichtlich der Besuchsrechtsregelung am derzeitigen Wohnsitz in Italien grundsätzlich anerkannt wird (vgl. Art. 1, 2 und 9 des Abkommens zwischen der Schweiz und Italien über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen, SR 0.276.194.541; vgl. DUTOIT/KNOEPFLER/LALIVE/MERCIER,

Répertoire de droit international privé suisse, Band 2, Bern 1983, S. 214 f. N. 5, 8 und 9). Angesichts der konkreten Verhältnisse sind - entgegen dem Antrag des Klägers - keine Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB anzuordnen. Insbesondere erweist sich eine Überwachung des Besuchsrechts durch einen Beistand (Art. 308 Abs. 2 ZGB) als überflüssig; im konkreten Fall genügt vielmehr eine von einer Privatperson oder dem Vertreter einer dafür geeigneten Organisation durchgeführte private Begleitung der Besuche des Vaters durchaus, um einer Gefährdung der Tochter wirksam zu begegnen. Die Beklagte hat ihrerseits bei der Ausübung des Besuchsrechts Hand zu bieten, wobei es insbesondere zu ihrer Aufgabe gehören wird, sich mit dem Kläger über den Zeitpunkt der Besuche zu verständigen und die private Begleitung zu organisieren. Wird im weiteren berücksichtigt, dass die Tochter knapp fünf Jahre alt ist und wegen der nunmehr vorgesehenen Lösung nicht mehr gezwungen ist, an den Wohnsitz des Vaters zu reisen, so erscheint ein Besuchsrecht des Vaters von dreimal zwei aufeinanderfolgenden Tagen pro Jahr als angemessen, wobei im Einklang mit der Rechtsprechung des Kantonsgerichts vorzusehen ist, dass dieses begleitete Recht jeweils täglich von 09’00 Uhr bis 20’00 Uhr ausgeübt werden kann.