

BGer 5A_140/2010 vom 11. Juni 2010

Bundesgericht, 2010-06-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_140_2010

FR: TF 5A_140/2010 du 11 juin 2010

IT: TF 5A_140/2010 del 11 giugno 2010

Erwägungen

E. 1.1

Angefochten ist ein Scheidungsurteil, bei dem einzig noch die Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen einem Kind und seinem nicht sorgeberechtigten Elternteil streitig ist (Art. 133 Abs. 1, 273 Abs. 1 ZGB). Wie schon unter der Herrschaft des Bundesrechtspflegegesetzes gelten derartige Verfahren als nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten (Urteile 5A_108/2007 vom 11. Mai 2007; 5D_41/2007 vom 27. November 2007), weshalb die Beschwerde in Zivilsachen unabhängig eines Streitwertes zulässig ist (Art. 72 Abs. 1 und 74 Abs. 1 lit. b BGG).

E. 1.2

Gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde zulässig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen und des Bundesverwaltungsgerichts. Letztinstanzlichkeit gemäss Art. 75 Abs. 1 BGG bedeutet, dass der kantonale Instanzenzug für die Rügen, die dem Bundesgericht vorgetragen werden, ausgeschöpft sein muss (BGE 134 III 524 E. 1.3 S. 527).

Nach § 281 ZPO /ZH kann gegen Vor-, Teil- und Endentscheide sowie gegen Rekursentscheide und Rückweisungen des Obergerichts im Berufungsverfahren Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden, wenn geltend gemacht wird, der angefochtene Entscheid beruhe zum Nachteil des Nichtigkeitsklägers auf einer Verletzung eines wesentlichen Verfahrensgrundsatzes (Ziff. 1), auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (Ziff. 2) oder auf einer Verletzung klaren materiellen Rechts (Ziff. 3).

Unter die Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze (§ 281 Ziff. 1 ZPO /ZH) fallen namentlich die auf Art. 29 BV (Verfahrensgarantien [einschliesslich Gehörsverletzung, Begründungspflicht etc.]; BGE 131 III 585) und auf Art. 30 BV (Gerichtsverfahren; s. Urteil 4A_418/2008 E. 2.3) gestützten Rügen.

Mit Bezug auf die Kritik an der Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung ist das obergerichtliche Urteil nicht letztinstanzlich, weil mit Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden kann, der Entscheid beruhe auf einer aktenwidrigen oder willkürlichen tatsächlichen Annahme (§ 281 Ziff. 2 ZPO /ZH). Dies deckt sich mit der vor Bundesgericht zulässigen Rüge, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden (Art. 97 Abs. 1 BGG), geht es doch hierbei um willkürliche Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweiswürdigung (Botschaft, BBl 2001 IV 4338; BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252; 133 III 393 E. 7.1 S. 398). Insoweit der Beschwerdeführer vor Bundesgericht willkürliche Sachverhaltsfeststellung oder Beweiswürdigung rügt, ohne dies zuvor mit Kassationsbeschwerde vorgetragen zu haben, ist der kantonale Instanzenzug nicht ausgeschöpft worden, mit der Folge, dass es auf die diesbezüglichen Rügen nicht eintritt

(Urteil 5A_292/2009 E. 1.2).

In § 281 Ziff. 3 ZPO /ZH wird die Verletzung klaren materiellen Rechts angesprochen. Diesen Begriff setzt das Bundesgericht gleich mit der willkürlichen Anwendung von Bundes- oder kantonalem Recht.

E. 1.3

Nach Art. 105 Abs. 1 BGG legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Abs. 1). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Unter denselben Voraussetzungen kann das Bundesgericht eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen (Art. 105 Abs. 2 BGG). Mit dem Ausdruck der offensichtlichen Unrichtigkeit ist Willkür gemeint (BGE 133 II 249 E. 1.2.2). Soweit es um die Frage geht, ob der Sachverhalt willkürlich oder durch eine andere Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG ermittelt worden ist, sind strenge Anforderungen an die Begründungspflicht der Beschwerde gerechtfertigt. Entsprechende Beanstandungen sind vergleichbar mit den in Art. 106 Abs. 2 BGG genannten Rügen.

E. 1.4

Strengere Anforderungen gelten, wenn - wie hier - die Verletzung von Grundrechten (einschliesslich der willkürlichen Anwendung von kantonalem Recht und Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung - BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255) geltend gemacht wird. Dies prüft das Bundesgericht nicht von Amtes wegen, sondern nur insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Für derartige Rügen gelten die gleichen Begründungsanforderungen, wie sie gestützt auf Art. 90 Abs. 1 lit. b OG für die staatsrechtliche Beschwerde gegolten haben (BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen). Die Beschwerdeschrift muss die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen; auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 134 II 244 E. 2 S. 246; 133 III 585 E. 4.1 S. 589; je mit Hinweisen). Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen dargelegt werden, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 mit Hinweisen). Willkür liegt zudem nur vor, wenn nicht bloss die Begründung eines Entscheids, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist (BGE 134 I 140 E. 5.4 S. 148 ; 133 I 149 E. 3.1; 132 III 209 E. 2.1; je mit Hinweisen). Zu beachten ist, dass dem Sachgericht im Bereich der Beweiswürdigung ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht (BGE 120 Ia 31 E. 4b S. 40).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin trägt vor, das Obergericht habe den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 9 BV verletzt. Es habe auf S. 25 des angefochtenen Entscheides erwogen, die Feststellungen der Gutachterin, Frau Dr. U. _____ deckten sich auch mit den Beobachtungen der Beiständin V. _____ über die Durchführung des Besuchsrechts im Jahre 2005 und dessen Scheitern gemäss ihren Berichten. Weshalb diese Berichte

unwahr sein sollten, habe die Beschwerdeführerin nicht substantiiert und die angeblichen Beweise dafür im Sinne von § 267 Abs. 2 ZPO /ZH auch nicht rechtzeitig vorgelegt. Weil die Vorinstanz die Berichte der Besuchsbeiständin V._____ und des Jugendsekretariates C._____ in ihre Urteilsbegründung mit einbezogen habe, sei gegen Art. 9 BV verstossen worden.

Das Kassationsgericht hat dazu unter anderem ausgeführt (S. 10/11), die Berufung der Beschwerdeführerin auf § 267 Abs. 2 ZPO /ZH sei unbehelflich. Soweit dieser Bestimmung nebst Art. 138 Abs. 1 ZGB überhaupt eigenständige Bedeutung zukomme, schreibe § 267 Abs. 2 ZPO /ZH nicht vor, dass auch nach Begründung resp. Beantwortung der Berufung/Anschlussberufung im Scheidungsverfahren noch Noven zugelassen werden müssten. Abgesehen davon, dass Art. 138 ZGB nicht für Kinderbelange gilt, sondern hiefür die Offizialmaxime nach Art. 145 ZGB zur Anwendung gelangt (Christoph Leuenberger, Basler Kommentar, ZGB I, 3. Aufl. 2006, N. 2 zu Art. 138 ZGB), sind die weiteren Erwägungen des Kassationsgerichts nicht zu überprüfen; denn die Beschwerdeführerin wirft dem Obergericht einen Verstoß gegen das Willkürverbot vor, dessen Urteil mit Bezug auf diesen Vorwurf nicht letztinstanzlich ist (E. 1.2 hiervor). Auf ihre Vorbringen kann deshalb nicht eingetreten werden.

E. 2.2.1

Sodann rügt die Beschwerdeführerin weiter, indem das Obergericht keinen Bericht seitens des Besuchsbeistandes betreffend den Verlauf der bisherigen Besuchsrechtsversuche und der Reaktionen von Z._____ darauf eingeholt habe, sei (auch) Art. 145 ZGB verletzt worden.

Das Kassationsgericht hat der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der diesbezüglich erhobenen Verletzung des Gehörsanspruchs (welche verneint wurde) entgegen gehalten, insoweit damit auch eine Missachtung von § 267 Abs. 2 ZPO /ZH geltend gemacht werde, gehe eine solche Rüge fehl, da sie ihre Vorbehalte hinsichtlich der Glaubwürdigkeit der Beiständin V._____ nicht fristgerecht vorgetragen habe (Beschluss Kassationsgericht S. 12 E. 5.2; Urteil Obergericht S. 12 E. 3). Es kann offen gelassen werden, bis zu welchem Zeitpunkt Noven unter dem Gesichtswinkel von Art. 145 ZGB zuzulassen wären (nach der am 1. Januar 2011 in Kraft tretenden Schweizerischen Zivilprozessordnung können gemäss Art. 225 Abs. 3 ZPO /CH neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden, sofern der Untersuchungsgrundsatz gilt), denn mit Bezug auf Art. 145 ZGB ist auf das Nachfolgende in E. 2.2.2 hinzuweisen.

E. 2.2.2

Das Obergericht hat sich auf das Gutachten von Frau Dr. U._____ von den Kinder- und Jugendpsychiatrischen Diensten des Kantons St. Gallen vom 5. Mai 2008 abgestützt (S. 20 ff.). Dieses basiert auf einlässlichen Untersuchungen des Kindes, mehreren Gesprächen mit den Parteien, Abklärungen bei Bezugspersonen aus dem sozialen Umfeld und Therapiebereich der Parteien und des Kindes sowie auf einer sachdienlichen Auswahl der Prozessakten und weiteren, von der Beschwerdeführerin vorgelegten Berichten. Auf eine Interaktionsbeobachtung zwischen Vater und Kind als weitere sachdienliche Erkenntnisquelle musste verzichtet werden, um das Kind keiner Belastungssituation auszusetzen.

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, sowohl der Prozessbeistand wie Dr. W. _____ kennen den Ablauf der Besuchstage und die Reaktion von Z. _____ darauf nur aufgrund der Schilderungen des Besuchsrechtsbeistandes. Ihre Sachdarstellungen gründeten mithin nicht auf direkter Wahrnehmung, wohingegen der Besuchsbeistand aus persönlicher Erfahrung hierüber hätte berichten können, weshalb sich die Einholung eines solchen Berichtes aufgedrängt habe. Der Einwand geht fehl: Zum einen wird ausgeblendet, dass die erwähnte Gutachterin einlässliche Abklärungen vorgenommen hat; und zum andern geht mit der Untersuchungsmaxime nicht die Pflicht des Richters einher, auf alle angebotenen Beweismittel zu reagieren. Demnach ist er nicht gehalten, weitere Nachforschungen anzustellen, sofern er sich bereits aufgrund der erbrachten Beweise ein Bild hat machen können (BGE 128 III 411 E. 3.2.1 S. 413; PETER BREITSCHMID, Basler Kommentar, ZGB I, 3. Aufl., N. 1 zu Art. 145 ZGB , S. 912).

E. 3.1

Ferner macht die Beschwerdeführerin geltend, gemäss Art. 273 Abs. 2 ZGB könne die Vormundschaftsbehörde Eltern ermahnen und ihnen Weisungen erteilen, wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des persönlichen Verkehrs für das Kind nachteilig auswirke oder wenn eine Ermahnung oder eine Weisung aus andern Gründen geboten sei. Im Rahmen von Art. 133 ZGB könne sodann das Gericht im Sinne von Art. 273 Abs. 2 ZGB einschreiten. Das Obergericht habe in seinem Entscheid keine Prüfung der Verhältnismässigkeit vorgenommen und es gänzlich unterlassen, eine rechtliche Abwägung in Bezug auf eine allenfalls zur Verfügung stehende mildere Massnahme vorzunehmen. Sein Entscheid sei wegen Verletzung von Art. 273 und 307 ZGB aufzuheben.

E. 3.2

Im Gutachten des KJPD St. Gallen vom 5. Mai 2008 wird im Kernpunkt das Folgende festgestellt (Urteil Obergericht S. 23/24): Die Beschwerdeführerin habe, unterstützt von einem Helfersystem und dessen Einschätzung einer Gefährdung von Mutter und Kind, nach eigenen Vorstellungen von "Kindesschutz" gehandelt bis hin zu ihrem Umzug ins Frauenhaus und später an eine geheim gehaltene Wohnadresse in der Ostschweiz, wo sie sich sicher gefühlt und aus ihrer Sicht dem Kind eine ungestörte Entwicklung ermöglicht habe. Für das Kind sei damit ein positiv besetztes Vaterbild verloren gegangen; es habe die Ängste und Bedrohungsgefühle und andere starke Affekte der Mutter erlebt, verbunden mit einer Ortsveränderung im Sinne einer Flucht und Entwurzelungserlebnissen und der Übernahme der ausschliesslichen Sichtweise der Mutter. In seiner Identifikation mit der Sichtweise der Mutter erlebe Z. _____ das Thema "Vater" als schwere Bedrohung und habe ein feindliches Bild des Vaters internalisiert. Das Kind zeige einerseits gute kognitive und auch sprachliche Fähigkeiten und eine reiche Phantasie. Es zeigten sich aber auch aggressive Phantasien, aggressive Affekte, Traumatisierungssymptome sowie starke Vermeidungsreaktionen und Fluchtphantasien. Beim Kind liege diagnostisch gesehen eine Belastungsreaktion vor. Wohl unterstütze und fördere die Beschwerdeführerin das Kind in vielerlei Hinsicht gut; es zeige sich zwischen ihnen aber eine enge, verstrickte Bindung und Z. _____ zeige eine Verweigerungshaltung gegenüber dem Vater, welche durch die Entwicklung seit 2003 und die Haltung der Beklagten geprägt worden sei. Es liege eine Symptomatik im Sinne eines mittelstarken bis schweren Elternentfremdungssyndroms (PAS) vor.

In seiner abschliessenden Erwägung hat das Obergericht befunden (S. 30/31), aufgrund des Ausgeführten sei die Mutter daher im Rahmen einer Weisung zu verpflichten, sich bei einer auf Elternentfremdungssyndrome spezialisierten Fachkraft in therapeutische Behandlung zu begeben. Zwar befinde sich die Beschwerdeführerin gegenwärtig in einer (traumatologisch ausgerichteten) Therapie, die zur Behandlung der PAS-Indikation offenkundig nicht geeignet sei. Angesichts der zur Zeit nur sehr vagen Motivation zu einer solchen Therapie bzw. der fehlenden Einsicht der Mutter in die Zusammenhänge sei mit der Anordnung der Therapie die Androhung der Überweisung an den Strafrichter im Unterlassungsfall gemäss Art. 292 StGB zu verbinden.

Gemäss dem obergerichtlichen Urteil hatte bereits im Jahre 2005 eine Gutachterin vom Institut T._____ eine Analyse der Eltern-Kind-Beziehungen betreffend die Schwierigkeiten bei der Ausübung des Besuchsrechts durch den Vater vorgenommen und im September 2006 ein Ergänzungsgutachten erstellt. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, eine Mahnung gegenüber ihr im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB hätte ausgereicht, lässt sich gestützt auf das von der Vorinstanz veranlasste Gutachten nicht rechtfertigen, denn die Schlussfolgerungen des Gerichts hat die Beschwerdeführerin nicht als Verletzung von Art. 9 BV darzutun vermocht (E. 2.1 hiervor; Beschwerde S. 16 Abs. 4 mit Hinweis auf die Darlegungen unter II.). Damit ist der konnexen Rüge, die angeordnete Weisung sei unverhältnismässig und verletze Art. 273 und 307 ZGB, der Boden entzogen (s. Urteil 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009 E. 4.3 betreffend die Anordnung einer Mediation zwischen den Eltern).

E. 4

Schliesslich wirft die Beschwerdeführerin dem Obergericht eine unrichtige Feststellung des Sachverhaltes gemäss Art. 97 BGG und eine Verletzung des Willkürverbotes gemäss Art. 9 BV vor, weil die fachärztliche Meinung von Dr. W._____ vom Obergericht nicht berücksichtigt worden sei. Dieser habe sich als anerkannter Spezialist in kinderpsychiatrischen Fachfragen mit Z._____ weit intensiver befasst (29 Sitzungen), weshalb es willkürlich sei, seine Diagnose im Lichte des KJPD-Gutachtens bzw. des Berichtes des Institutes T._____ hinsichtlich des Wiederauflebens der Bedrohungssituationen zu relativieren oder gar zu negieren.

E. 4.1

Das Obergericht hat dazu unter anderem ausgeführt (E. 2.7 S. 29 f.), der Prozessvertreter des Kindes habe einen Bericht von Dr. W._____, dem gegenwärtigen Therapeuten des Kindes, zu den Akten eingereicht. Nach einer Besserung der schweren Verhaltensauffälligkeiten im Sommer 2007 habe Z._____ während der Sommerferien 2008 einen Rückfall erlitten. Der Beistand habe am 17. Juni und am 7. August 2008 einen Besuch arrangiert, wobei sich Vater und Kind am Bahnhof gesehen hätten und das Kind sogleich davon gerannt sei und sich versteckt habe. In der Folge sei eine Retraumatisierung erfolgt, und das Kind habe zum Eigenschutz eine grosse Trotzhaltung aufgebaut. Aus diesem Bericht könne nicht gefolgert werden, dass ein Besuchsrecht grundsätzlich und unwiderruflich dem Kindeswohl widersprechen würde. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass ein besser vorbereitetes Besuchsrecht zu einem anderen Verlauf geführt hätte.

E. 4.2

Das Kassationsgericht hat dazu erwogen (S. 19), das Obergericht habe darauf verwiesen, dass sich die Feststellungen der Gutachterin des KJPD mit den Beobachtungen der

Beiständin V. _____ über die Anstrengungen zur Durchführung und das Scheitern des Besuchsrechts im Jahre 2005 und weiter auch mit den Feststellungen der Gutachterin vom Institut T. _____ im Jahre 2005 deckten. Aus den vorstehend (S. 18) hervorgehobenen Folgerungen der Gutachterin des KJPD ergebe sich die von der Beschwerdeführerin als im Widerspruch zum Bericht von Dr. W. _____ stehende Würdigung der Vorinstanz in deren Erwägung E. 2.7, womit sich die Beschwerdeführerin aber nicht ansatzweise auseinandersetze. In diesem Lichte könne von einer willkürlichen Würdigung dieses Berichts durch die Vorinstanz keine Rede sein. Dass diese bei der Würdigung der vorhandenen Unterlagen im Ergebnis dem gerichtlichen Gutachten von Frau Dr. U. _____ vom KJPD des Kantons St. Gallen vom 5. Mai 2008 (auch vor dem Hintergrund, dass andere Fachpersonen und Beteiligte bereits früher ähnliche Feststellungen wie Dr. U. _____ gemacht hatten) als Beweismittel ein grösseres Gewicht beigemessen habe als dem Bericht des (nicht objektiven [vgl. dazu auch den vorstehend in E. III.6.2.2b wiedergegebenen Auszug der obergerichtlichen E. 2.5] und entgegen der Gutachterin auch nicht der Strafandrohung von Art. 307 StGB unterstehenden) Kinderpsychotherapeuten, sei nicht zu beanstanden, zumal die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nichts vorbringe, was dagegen spreche.

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin zitiert in ihrer Entgegnung dazu 1½ Seiten aus dem Bericht von Dr. W. _____ (E. 3a) und daran anschliessend eine Seite aus der obergerichtlichen Würdigung dieses Berichts, um daraus den Schluss zu ziehen, dass sowohl die ober- wie die kassationsgerichtliche Feststellung, aus dem Bericht von Dr. W. _____ gehe nicht hervor, dass ein Besuchsrecht grundsätzlich und unwiderruflich dem Kindeswohl widerspreche, offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 97 BGG sei. Dass die Stagnation hinsichtlich des Therapiefortschrittes und die Retraumatisierung (durch die beabsichtigte Gewährung des Besuchsrechts) dem Kindeswohl klar widersprächen, könne ebenfalls nicht uminterpretiert werden, schon gar nicht durch eine Erklärung dahin, die erfolgten Versuche zur Durchführung des Besuchsrechts seien schlecht vorbereitet gewesen. Mit diesen und den weiteren bloss appellatorischen Einwendungen kann dem Kassationsgericht keine Verfassungsverletzung dargetan werden (E. 1.3 und 1.4 hiervor). Die Beschwerdeführerin hätte anhand der in vielen Punkten übereinstimmenden Gutachten des Instituts T. _____ und des KJPD des Kantons St. Gallen (s. E. 3.2 hiervor) und im Vergleich mit dem Bericht Dr. W. _____ die bestehenden Divergenzen erörtern und darlegen müssen, warum die kantonalen Richter den Ausführungen des Letzteren mehr Überzeugungskraft als den beiden Gutachterinnen hätten beimessen müssen; und zudem lässt die Beschwerdeführerin den Elternkonflikt völlig ausser Acht, wie auch die Tatsache, dass die misslungene Besuchsrechtsausübung nun bald zwei Jahre zurückliegt und die angeordnete Therapie zukunftsgerichtet ist.

E. 5

Ausgangsgemäss wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen, zumal die Beschwerde von vornherein aussichtslos war (Art. 64 Abs. 1 BGG). Dem Beschwerdegegner ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden (Art. 68 Abs. 1 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.