

# **BGer 5C.120/2004 vom 30. September 2004**

Bundesgericht, 2004-09-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5C.120\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5C.120_2004)

FR: TF 5C.120/2004 du 30 septembre 2004

IT: TF 5C.120/2004 del 30 settembre 2004

## **Regeste**

Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, die Berufung vor der staatsrechtlichen Beschwerde zu behandeln, da sie, wie nachfolgend aufgezeigt wird, gutzuheissen ist ( BGE 117 II 630 E. 1a).

### **E. 2.1**

Der letztinstanzliche Entscheid des Obergerichts über die Anordnung des persönlichen Verkehrs kann mit eidgenössischer Berufung an das Bundesgericht gezogen werden ( Art. 44 lit. d OG ).

### **E. 2.2**

Die Berufungsklägerin stellt einen materiellen Antrag zur Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs. Aus der Begründung der Berufung ergibt sich indes der subsidiäre Antrag auf Rückweisung der Sache zu neuem Entscheid.

### **E. 3**

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob dem Berufungsbeklagten ein uneingeschränktes oder lediglich ein begleitetes Besuchsrecht gewährt werden kann. Die Berufungsklägerin wirft dem Obergericht insbesondere vor, sie habe auf verschiedene Tatsachen, namentlich auf eine Entfremdung von Vater und Sohn hingewiesen und auch Beweismittel hiefür angeboten. Das Obergericht habe den für den Entscheid über die Art des Besuchsrechts massgebenden Sachverhalt nicht abgeklärt und damit den in Kinderbelangen geltenden Untersuchungsgrundsatz verletzt. Nach Ansicht des Berufungsbeklagten ist der Sachverhalt vorliegend genügend abgeklärt worden, weshalb sich weitere Massnahmen erübrigen.

### **E. 3.1**

Beim Entscheid über die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern berücksichtigt die zuständige Behörde bzw. das Gericht die gesamten Umstände, würdigt sie in ihrem Zusammenspiel und wägt sie gegeneinander ab ( BGE 119 II 201 E. 3 S. 204 f.). Dabei gilt für die Kinderzuteilung und die damit unmittelbar zusammenhängenden Fragen, namentlich auch für die Regelung des Besuchsrechts, die Offizial- bzw. Untersuchungsmaxime ( BGE 120 II 229 E. 1c S. 231). Letztere entbindet indes die Parteien nicht bei der Ermittlung des massgebenden Sachverhalts mitzuwirken, indem sie die rechtserheblichen Tatsachen vortragen und die Beweismittel nennen ( BGE 128 III 411 E. 3.2.1 S. 413). Wird behauptet, dass Besuche überhaupt bzw. unbegleitete Besuche beim

besuchsberechtigten Elternteil dem Kind schaden, erweist sich ein Sachverständigengutachten zur Frage des Besuchsrechts des nicht obhutsberechtigten Elternteils in der Regel als unumgänglich. Die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes führt in der Regel dazu, dass die Sache zur Ergänzung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückgewiesen werden muss ( Art. 64 Abs. 1 OG ; BGE 122 III 404 E. 3d S. 408; 128 III 411 E. 3.2.1S. 414).

### **E. 3.2**

In der Beschwerde an das Bezirksamt Muri hat die Berufungsklägerin verschiedene Vorfälle erwähnt, welche ihrer Ansicht nach eine Entfremdung zwischen Vater und Kind belegen. Insbesondere hat sie darauf hingewiesen, dass am 16. Dezember 2001 eine erste Begegnung von Vater und Sohn im BBT-Center D.\_\_\_\_\_ stattgefunden habe. Dabei habe der Kindsvater seinem Sohn ein Fahrrad als Weihnachtsgeschenk übergeben wollen, an dem das Kind offensichtlich Gefallen gefunden habe. Gross sei dann allerdings die Enttäuschung für das Kind gewesen, als er das Geschenk nach ein paar Minuten wieder eingepackt habe mit der Begründung, er werde im Internet nach einem Besseren suchen. Am 19. Januar 2002 habe alsdann ein weiteres Treffen im BBT-Center stattgefunden, nach welchem das Kind sehr verstört gewesen sei. Dem auf den 16. Februar 2002 anberaumten Treffen sei der Vater unentschuldig ferngeblieben. Inzwischen sei die Entfremdung zwischen Vater und Sohn fortgeschritten. Die Beschwerdeführerin ersuchte in diesem Zusammenhang um Einvernahme der Beiständin des Sohnes und des Kinderarztes als sachverständigen Zeugen. In der Beschwerde an das Obergericht hat die Berufungsklägerin zur Behauptung, das unbegleitete Besuchsrecht gefährde das Kindeswohl, ausgeführt, der Berufungsbeklagte habe schon während dem gemeinsamen Konkubinat keine richtige Beziehung zu seinem Sohn aufgebaut. Nach der Trennung der Kindseltern habe er anfänglich zwar den Kontakt zur Berufungsklägerin gesucht, wobei es ihm jedoch nur darum gegangen sei, die Kindsmutter zurückzugewinnen. Vater und Kind hätten sich während der Trennungszeit zusehends entfremdet. Abgesehen davon habe der Berufungsbeklagte Mitte 2001 das Kind dermassen durch Gebrüll erschreckt, dass er heute für das Kind ein Fremder sei, dem es mit Angstgefühlen begegne, da es ihn nur noch mit Negativerlebnissen assoziiere. Die Vorinstanz habe ihrem Entscheid falsche Interpretationen des Begriffs "Gefährdung des Kindeswohls" und der Stellungnahme der Beiständin des Kindes vom 10. September 2002 zu Grunde gelegt. Der von der Beschwerdeführerin im Hinblick auf das laufende Verfahren eingeholte Kurzbericht des Kinderarztes vom 24. Oktober 2002 zeige klar, dass das dem Kindsvater eingeräumte Besuchsrecht das Kindeswohl schwer beeinträchtige. Auch vor Obergericht verlangte die Beschwerdeführerin die Einvernahme der Beiständin als Zeugin.

### **E. 3.3**

In Würdigung dieser Vorbringen hat das Obergericht dafürgehalten, es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Behauptungen der Berufungsklägerin eine Gefährdung des Kindeswohls zu belegen vermöchten. Der Kurzbericht des Arztes gelte als Meinungsäusserung der Parteien, welche überdies für den vorliegenden Fall nicht von Bedeutung sei, da sie sich auf ein Besuchsrecht für ein zwei- bis dreijähriges Kind beziehe. Der Vorfall von Mitte September 2001 sei bestritten und damit nicht erwiesen. Der Berufungsklägerin gehe es mit ihrer Beschwerde offenbar darum, aufgrund der aktenkundigen Zerstrittenheit mit dem Berufungsbeklagten dessen Recht auf persönlichen Verkehr zu hintertreiben. Die angeordnete Beistandsschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB ermächtige den Beistand, die

Modalitäten der Übergabe des Kindes festzulegen und erlaube daher, das Kind aus einem ihm abträglichen Elternkonflikt herauszuhalten.

#### **E. 3.4**

Obwohl die Berufungsklägerin den entsprechenden Sachverhalt vorgetragen, einen Arztbericht vorgelegt bzw. ein Sachverständigengutachten verlangt und überdies die Einvernahme der Beiständin beantragt hat, stellt das Obergericht die Vorbringen im Zusammenhang mit der Entfremdung als einfache Behauptungen hin, wobei nicht ersichtlich sei, inwiefern damit eine Gefährdung des Kindeswohls durch schwerwiegend pflichtwidrige Ausübung des persönlichen Verkehrs durch den Kindsvater dargetan sei. Damit hat das Obergericht dem ihm auferlegten Untersuchungsgrundsatz nicht nachgelebt, indem es ohne die sich aufgrund der Vorbringen der Berufungsklägerin aufdrängenden Abklärungen den Entscheid in der Sache traf. Insbesondere fehlen Abklärungen darüber, wie es sich mit der behaupteten Entfremdung von Kindsvater und Sohn verhält. Das Obergericht konnte sich angesichts des Antrages der Berufungsklägerin nicht damit begnügen, einzelne Beweismittel als nicht schlüssig hinzustellen und die anderen nicht abzunehmen, weshalb zur Zeit auch nicht abschliessend beurteilt werden kann, ob aus der unbeschränkten Ausübung des Besuchsrechts eine Gefährdung des Kindeswohls entstehen könnte, der es - allenfalls für kurze Zeit bzw. für wenige Besuche - mit einem begleiteten Besuchsrecht zu begegnen gilt. Diese Abklärungen drängten sich umso mehr auf, als das Besuchsrecht offenbar schon längere Zeit nicht ausgeübt worden ist. Nach Darstellung der Berufungsklägerin sah das heute 5-jährige Kind den Vater seit Januar 2002 nicht mehr. Schuld daran sei die trölerische Behandlung der Sache durch das Gericht; der Vater habe sich seit damals nicht mehr gemeldet. Der Berufungsbeklagte macht nicht geltend, dass in der Zeit nach Januar 2002 Kontakte stattgefunden hätten oder er sich in einer anderen Form bei Mutter und Kind gemeldet habe. Im angefochtenen Entscheid finden sich zu dieser Problematik keine Feststellungen. Die kantonale Beschwerde wurde am 29. Oktober 2002 erhoben. Das Obergericht hat keine Beweise abgenommen und schliesslich am 2. April 2004 entschieden; dieser Entscheid ist den Parteien am 6. Mai 2004 zugegangen. Weitere Abklärungen seitens des Obergerichts erübrigen sich auch nicht aufgrund der Tatsache, dass bereits eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB besteht. Denn diese Massnahme ist auf die Festlegung der Übergabemodalitäten, die Überwachung der Einhaltung des Besuchsrechts und auf die Erteilung von allenfalls erforderlichen Weisungen an die Eltern beschränkt und lässt damit kein begleitetes Besuchsrecht zu (vgl. dazu: Urteil 5C.1/1993 vom 28. April 1993, E. 1; Christa Bally, Die Anordnung des begleiteten Besuchsrechts aus der Sicht der Vormundschaftsbehörde, in: ZVW 1998 S. 2 Ziff. 1.2). Zur Beantwortung der eingangs gestellten Frage wird das Obergericht zunächst den Sachverhalt im Zusammenhang mit der behaupteten Entfremdung in einem Beweisverfahren genauer abzuklären und insbesondere ein Gutachten einzuholen haben. Aufgrund des ergänzten Beweisverfahrens wird alsdann neu über das Besuchsrecht zu entscheiden sein.

#### **E. 4**

Damit ist die Berufung gutzuheissen und der angefochtene Entscheid bezüglich der Regelung des Besuchsrechts und im Kostenpunkt (Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Entscheids) aufzuheben. Zufolge des offenen Verfahrensausgangs sind die Gerichtskosten jeder Parteien zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen ( Art. 156 Abs. 3 und Art. 159 Abs. 3 OG ).

## **E. 5**

Da die Berufungsbeklagte als bedürftig gilt und ihr Rechtsbegehren nicht von vornherein aussichtslos erschienen ist, kann ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege entsprochen werden, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist ( Art. 152 Abs. 1 OG ). Die Bestellung eines amtlichen Beistand erübrigt sich, da die Berufungsklägerin keinen Anwalt mit der Abfassung ihrer Berufungsschrift beauftragt hat.

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