

# **BGer 5C.170/2001 vom 31. August 2001**

Bundesgericht, 2001-08-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5C.170\\_2001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5C.170_2001)

FR: TF 5C.170/2001 du 31 août 2001

IT: TF 5C.170/2001 del 31 agosto 2001

## **Regeste**

Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Mit dem angefochtenen letztinstanzlichen kantonalen Urteil ist der persönliche Verkehr zwischen dem Kläger und seinen drei Kindern neu geregelt worden. Gegen diese Anordnung ist die Berufung an das Bundesgericht zulässig ( Art. 44 lit. d und Art. 48 Abs. 1 OG ). b) Die Beklagte beantragt die Aufhebung des obergerichtlichen Urteils und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, eventualiter die Gutheissung der Widerklage. Gemäss Art. 55 Abs. 1 lit. b OG ist in der Berufungsschrift u.a. genau anzugeben, welche Punkte des Entscheides angefochten und welche Abänderungen beantragt werden. Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung sind grundsätzlich ungenügend und haben das Nichteintreten auf die Berufung zur Folge. Ein blosser Rückweisungsantrag ist nach der Praxis einzig dann ausreichend, wenn das Bundesgericht, falls es die Rechtsauffassung des Berufungsklägers für begründet erachtet, gar kein Endurteil fällen kann, sondern die Sache zu weiteren Abklärungen an die Vorinstanz zurückweisen muss ( BGE 125 III 412 E. 1b, S. 414). Die Beklagte legt nicht dar, weshalb das Bundesgericht im Falle einer Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils kein Endurteil fällen kann. Sie macht namentlich nicht geltend, der festgestellte Sachverhalt bedürfe der Vervollständigung ( Art. 64 Abs. 1 OG ). Auf ihren Hauptantrag kann demnach nicht eingetreten werden. Dem Eintreten auf den Eventualantrag steht nichts entgegen.

### **E. 2**

Der persönliche Verkehr des Klägers mit seinen drei Kindern wurde im Scheidungsurteil der Parteien geregelt. Es ist unbestritten, dass die Voraussetzungen für eine Änderung dieser Regelung (Art. 134 Abs. 2 i.V.m. 273 ZGB) gegeben sind: die Auswanderung des Klägers war im Scheidungszeitpunkt für die Ausgestaltung des Besuchs- und Ferienrechts von entscheidender Bedeutung. Mit seiner Rückkehr in die Schweiz haben sich die Verhältnisse wesentlich geändert. 3.-a) 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). b) Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, kann den Eltern das Recht darauf verweigert oder entzogen werden ( Art. 274 Abs. 2 ZGB ). Gefährdet ist das Kindeswohl, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist ( BGE 122 III 404 E.

3b). Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Besuchsrecht diesem - wie dem Kind - um seiner Persönlichkeit willen zusteht und ihm daher nicht ohne wichtige Gründe ganz abgesprochen werden darf. Eine Gefährdung des Kindeswohls im Hinblick auf die vollständige Aufhebung des persönlichen Verkehrs ist deshalb nicht leichthin anzunehmen ( BGE 111 II 405 E. 3 S. 407). Insbesondere vermag die allfällige Tatsache, dass die Ausübung des Besuchsrechts mit Konflikten verbunden ist, eine vollständige Unterbindung des persönlichen Verkehrs nicht zu rechtfertigen ( BGE 118 II 241 E. 2c). c) Die vollständige Aufhebung des persönlichen Verkehrs stellt - auch im Interesse des Kindes - die ultima ratio dar und darf nur angeordnet werden, wenn sich die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs für das Kind nicht in vertretbaren Grenzen halten ( BGE 120 II 229 E. 3b/aa S. 233). Können die negativen Auswirkungen durch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts in Grenzen gehalten werden, so verbieten das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbindung ( BGE 122 III 404 E. 3b und c, S. 407 f.). Zur Aufhebung des persönlichen Verkehrs genügt es deshalb nicht, dass dieser das Kindeswohl gefährdet. Zusätzlich ist erforderlich, dass der Gefährdung nicht durch eine besondere Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs begegnet werden kann. 4.-Das Obergericht ist davon ausgegangen, dass der Kontakt zwischen dem Kläger und den Kindern während Jahren unterbrochen und die Besuchsanbahnungen nach dessen Rückkehr missglückt waren. Gestützt auf ein Gutachten des kinder- und jugendpsychiatrischen Dienstes hat es angenommen, dass die drei Kinder gegenüber dem Kläger eine stark emotionale Abwehrhaltung hegten. Die ablehnende Haltung habe sich im Gespräch zwischen den Kindern und dem Vater dadurch manifestiert, dass der älteste Sohn die Haltung der Geschwister vertreten und begründet habe und dass die zweitälteste das Zimmer nach kurzer Zeit verlassen habe. Gestützt auf diese Tatsachen hat das Obergericht - dem Gutachten folgend - eine Gefährdung des Kindeswohls festgestellt: der Zwang, den Vater besuchen zu müssen, könne den Widerstand und die Ablehnung bei den Kindern verstärken und den Konflikt zwischen den Eltern verschärfen, was sich wiederum negativ auf die Kinder auswirken könnte. Aufgrund dieser Gefährdung hat das Obergericht ein Besuchsrecht im ordentlichen Rahmen verworfen. Unter Berücksichtigung der Fähigkeit des Klägers, sich in die Erlebniswelt der Kinder hineinzusetzen, hat es jedoch angenommen, dass er die ablehnende Haltung der Kinder überwinden könnte. Es hat deshalb geprüft, ob der Gefährdung des Wohls der drei Kinder durch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts begegnet werden kann. Dabei ist es zum Schluss gekommen, dass sich die negativen Auswirkungen für die Kinder auf ein zumutbares Mass beschränken, wenn der Kontakt zwischen Vater und Kindern jeweils an einem Besuchssonntag alle zwei Monate auf neutralem Boden stattfindet, und zwar ohne die Mutter, dafür aber in Anwesenheit einer Drittperson, deren Aufgabe es ist, die Beziehung wieder in Gang zu bringen.

## **E. 5**

Die Beklagte beantragt, das Besuchs- und Ferienrecht des Klägers sei in Gutheissung der Widerklage vollständig aufzuheben. a) Sie macht in erster Linie geltend, Art. 274 ZGB sei dadurch verletzt, dass die Vorinstanz dem Willen der Kinder nicht genügend Beachtung geschenkt habe. Die Kinder sträubten sich aus objektiv nachvollziehbaren und verständlichen Gründen gegen den Kontakt mit ihrem leiblichen Vater. Gegen deren Willen zu entscheiden, komme bei einem älteren Kind einer Verneinung seiner Persönlichkeit gleich. aa) Der Wille des Kindes wird heute in Belangen, welche es direkt betreffen,

deutlich stärker gewichtet als früher. Schon unter der Geltung des alten Scheidungsrechts hat die Rechtsprechung bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt je nach Alter der Kinder einem eindeutig geäusserten Wunsch Rechnung getragen ( BGE 122 III 401 E. 3b S. 402 mit Hinweisen). Gemäss Art. 133 Abs. 2 ZGB in der Fassung gemäss Ziff. I 3 des Bundesgesetzes vom 26. Juni 1998, in Kraft seit 1. Januar 2000 (AS 1999 1118 S. 1131), ist für die Zuteilung der elterlichen Sorge und die Regelung des persönlichen Verkehrs nunmehr soweit tunlich auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen. Es ist jedoch auch allgemein bekannt, dass die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig ist und bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen kann ( BGE 122 III 404 E. 3a S. 407). Dies gilt, wenn auch in reduziertem Mass, selbst dann, wenn an die Stelle des leiblichen ein sozialer Vater, beispielsweise der neue Lebenspartner der Mutter, getreten ist, bleibt doch gegenüber ersterem neben den Unterhaltsansprüchen auch die verwandtschaftliche Beziehung bestehen. Das Wohl des Kindes ist deshalb nicht nur aus seiner subjektiven Sicht mit Blick auf sein momentanes Befinden zu beurteilen, sondern auch objektiv und mit Blick auf seine künftige Entwicklung. Zudem ist nach wie vor in jedem einzelnen Fall abzuklären, weshalb das Kind gegenüber dem nicht obhutsberechtigten Elternteil eine Abwehrhaltung einnimmt und ob die Ausübung des Besuchsrechts das Wohl des Kindes tatsächlich gefährdet ( BGE 127 III 295 E. 4a mit Hinweisen). bb) Das Obergericht ist von einer stark ausgeprägten Abwehrhaltung der drei Kinder ausgegangen und hat bezüglich ihrer Willensbildung zwei wesentliche Faktoren festgehalten: Einerseits hat es bei den beiden älteren Kindern eine von anderen Personen übernommene Gegeneinstellung angenommen und u.a. darauf hingewiesen, dass das Gutachten beim Ältesten von einer unbewussten Beeinflussung der Mutter ausgegangen sei. Andererseits hat es festgestellt, dass die ablehnende Haltung des Ältesten teilweise auch von den negativen Besuchsanbahnungen beeinflusst sei, in welchen der Kläger den Kindern keine Konstanz vorgelebt habe und welche zuletzt in eine für die Kinder belastende Tätlichkeit des Klägers gegenüber dem Lebenspartner der Beklagten ausgeartet seien. cc) Indem die Beklagte die Abneigung der Kinder einzig auf das Verhalten des Klägers zurückführt, negiert sie die durch die Vorinstanz festgestellte Beeinflussung der Kinder. Weder beruht die Tatsachenfeststellung durch die Vorinstanz offensichtlich auf einem Versehen, noch macht die Beklagte geltend, dass sie unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen sei ( Art. 63 Abs. 2 OG ); sie ist deshalb für das Bundesgericht verbindlich. Auf die Tatsachendarstellung der Beklagten ist demnach nicht einzutreten. dd) Die Vorinstanz hat die Gefährdung des Kindeswohls gestützt auf die Abneigung der Kinder gegenüber dem Vater und den sich daraus möglicherweise ergebenden Folgen bejaht und aufgrund dieser Gefährdung eine sehr restriktive Besuchsregelung getroffen. Sie hat somit den Willen der Kinder sehr wohl massgeblich berücksichtigt. Der Kläger spielt - wenn auch vorwiegend aus in seiner Person liegenden Gründen - schon jetzt im Leben der Kinder eine marginale Rolle. Wird ihm, wie die Beklagte beantragt, das Recht auf persönlichen Verkehr entzogen, hätte das zur Folge, dass er definitiv daraus verschwinden würde. Dies wäre nur dann unvermeidlich und insoweit gerechtfertigt, wenn sich die negativen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs trotz aller erdenklichen Massnahmen nicht in vertretbaren Grenzen halten würden. Die von der Vorinstanz angenommene Gefährdung ist nicht von dieser Art. Zwar ist eine mit dem Kindeswohl zu vereinbarende Durchführung der Kontakte erschwert, solange sich die Kinder ernsthaft weigern, mit dem Vater zusammenzukommen. Die Ablehnung der Kinder ist aber nach den Feststellungen der Vorinstanz wesentlich durch die von der Beklagten

übernommene Gegeneinstellung geprägt. Würde unter solchen Umständen die Gewährung des Besuchsrechts vom Einverständnis der Kinder abhängig gemacht, so würde das Recht gleichsam in die Hand des sorge- und obhutsberechtigten Elternteils gelegt. Wenn die Vorinstanz also den persönlichen Verkehr zwischen dem Kläger und seinen Kindern nicht gänzlich aufgehoben, sondern eine Regelung getroffen hat, durch welche die Möglichkeiten der Beeinflussung reduziert werden, liegt darin keine Verletzung des Bundesrechts, zumal so auch einer minimalen Beziehung der Kinder zum leiblichen Vater die erforderliche Bedeutung beigemessen wurde. Die Berufung ist demnach in diesem Punkt abzuweisen. b) Die Beklagte macht weiter geltend, die Begründung des vorinstanzlichen Urteils sei widersprüchlich: Obwohl die Vorinstanz selbst anerkannt habe, dass eine Abneigung der Kinder gegen den Vater genügen könne, um von Besuchskontakten abzusehen, habe sie solche angeordnet. aa) Das Obergericht hat in der Tat mit Hinweis auf den Familienpsychologen Arntzen (Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 2. Auflage, 1994) ausgeführt, eine anhaltende innere Abneigung des Kindes dem nicht sorgeberechtigten Elternteil gegenüber spreche gegen Besuchskontakte. Dies gelte auch dann, wenn ein Kind die von anderen Personen induzierte Gegeneinstellung weitgehend übernommen, internalisiert und sie zu seiner eigenen bewussten Einstellung gemacht habe, während höchstens noch eine unbewusste Bindung an den abwesenden Elternteil bestehe. Ausdruck einer derart tiefgreifenden Ablehnung sei, wenn beim Besuch kein Gespräch und kein Blickkontakt zustande komme. In der Folge hat das Obergericht, wie die Beklagte ebenfalls richtig darlegt, bei den Kindern eine derartige tiefgreifende Ablehnung, die von anderen induziert und von den Kindern internalisiert worden ist, festgestellt. Die Beklagte übersieht aber, dass das Obergericht die Aussage, solche Voraussetzungen sprächen gegen ein Besuchsrecht, vorgängig relativiert hat, indem es angefügt hat, auch wenn es bei der Abwicklung eines Besuchs zu Konflikten komme, heisse das nicht in jedem Fall, dass die Besuchsrechtsausübung für das Kind schädlich sei. Im Gegenteil könnten sich die Spannungen durch Wiederholung der Besuche legen. bb) Auch der Familienpsychologe Arntzen weist - nach Darlegung der Fälle, in welchen regelmässige Besuche der Kinder beim abwesenden Elternteil unangebracht sind - darauf hin, dass man es sich zu einfach machen würde, wenn man sagen wollte: wo es wegen der Besuche zu Konflikten und Spannungen komme, sollte man darauf verzichten. Vielmehr ist laut Arntzen zu differenzieren (a.a.O., S. 41). Auch in Konfliktfällen, in denen regelmässige Besuche im Allgemeinen nicht angebracht seien, müsse im Hinblick auf die Konstellation des Einzelfalles entschieden werden (a.a.O., S. 48). Dies hat die Vorinstanz getan, indem sie der Beziehung zwischen dem Kläger und seinen Kindern aufgrund seines Interesses an ihnen und seines guten emotionalen Zugangs zu ihrer Erlebniswelt eine gute Prognose gestellt hat. Ein Widerspruch in ihrer Begründung besteht demnach nicht, weshalb die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen ist. c) Weiter macht die Beklagte geltend, die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts sei nicht geeignet, die hier befürchteten nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs in Grenzen zu halten. Diese Massnahme empfehle sich lediglich dann, wenn vom besuchsberechtigten Elternteil die Gefahr der Vernachlässigung oder eine Gefahr physischer Gewalt ausgehe. aa) Wenn es die Verhältnisse erfordern, kann anstelle des üblichen Besuchsrechts ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet werden. Überdies kann den Kindern ein Beistand beigegeben werden (Art. 308 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 ZGB). Dieser wird üblicherweise mit der Überwachung des persönlichen Verkehrs beauftragt. Das Mandat des Beistands ist jedoch nicht vorgegeben; es ist vielmehr der Art der Gefährdung unter den konkreten Umständen

anzupassen und durch die anordnende Stelle, die Vormundschaftsbehörde oder das Gericht, klar festzulegen (Breitschmid, Basler Kommentar, 1996, N 6 zu Art. 308). bb) Die Vorinstanz hat sich nicht darauf beschränkt, die Ausübung des Besuchsrechts zum Schutz der Kinder an die Bedingung der Anwesenheit einer Drittperson zu knüpfen. Sie hat für die Kinder zusätzlich eine Beistandschaft angeordnet und diese ausdrücklich mit der Sicherstellung des begleiteten Besuchsrechts sowie der Förderung der Beziehungen zwischen dem Kläger und seinen drei Kindern beauftragt. Wird, wie es eine solche Auflage bedingt, bei der Wahl des Beistandes darauf geachtet, dass er die notwendigen Fähigkeiten zur Förderung dieser Beziehung besitzt, erscheint die angeordnete Massnahme als zur Erreichung des verfolgten Zwecks nicht ungeeignet und damit auch nicht als bundesrechtswidrig. Auch insoweit ist die Berufung demnach abzuweisen. d) Nach Darstellung der Beklagten ist die Vorinstanz selber nicht überzeugt gewesen, dass ihre Regelung des persönlichen Verkehrs eine Annäherung zwischen den Kindern und dem Kläger bewirken und damit die negativen Auswirkungen reduzieren würde. Indem sie trotzdem daran festgehalten habe, habe sie gegen den Grundsatz "im Zweifel zu Gunsten der Kinder" verstossen und insofern deren wohlverstandene Interessen und gleichzeitig Art. 274 ZGB verletzt. aa) Wie oben dargelegt, dient der persönliche Verkehr 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 120 II 229 E. 3b/aa S. 233; 123 III 445 E. 3b S. 451). Dabei erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung ( Art. 145 Abs. 1 ZGB ). Im Zusammenhang mit der Beweislast findet sich in der Lehre die Aussage, der Richter habe immer zu Gunsten des Kindeswohls zu entscheiden. Damit ist jedoch lediglich gemeint, dass bei unbeschränkter Geltung der Untersuchungsmaxime die Beweisführungslast entfällt (Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 6. Auflage 1999, S. 260). Der Sachrichter hat im Einzelfall aufgrund der festgestellten erheblichen Tatsachen zu beurteilen, ob das Kindeswohl gefährdet ist. Eine solche Feststellung setzt im Grundsatz die volle Überzeugung des Gerichts voraus. Wenn völlige Sicherheit nicht zu gewinnen ist, genügt es, dass ein Sachverhalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erstellt ist (Vogel, a.a.O., S. 258). Eine rechtserhebliche Tatsache, die in der Zukunft liegt, ist schon von ihrer Natur her mit einer gewissen Unsicherheit behaftet. bb) Vorliegend hatte das Obergericht zu beurteilen, ob sich die negativen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs bei der vorgesehenen Regelung in Grenzen halten würden. Es hat in diesem Zusammenhang erwogen, dass auch im Fall einer Begleitung der Besuche durch eine Drittperson eine Verstärkung der Abneigung der Kinder gegenüber dem Kläger möglich sei, dass sich die Anwesenheit der Drittperson aber auch positiv auswirken könne. Im Ergebnis ist das Obergericht dann offenbar zur Überzeugung gelangt, dass das begleitete Besuchsrecht positive Auswirkungen auf die Beziehung zwischen Vater und Kinder haben würde. Nachdem es - insbesondere durch die Anordnung einer Beistandschaft und die Beschränkung des Besuchsrechts auf einen Tag pro zwei Monate - weitere Vorkehren zur Gewährleistung des Kindeswohls im Rahmen des persönlichen Verkehrs getroffen hat, ist diese Annahme nicht zu beanstanden. e) Die Beklagte macht schliesslich geltend, die früheren Besuchsanbahnungen erlaubten keine günstige Prognose für die künftige Ausübung des Besuchsrechts. Deren Misslingen sei weder auf ihre Gegenwart bei den Besuchen zurückzuführen noch auf die Tatsache, dass die Besuche in ihren Räumlichkeiten stattgefunden haben. Vielmehr sei das Fehlverhalten des Klägers dafür verantwortlich. Dieses werde sich auch in Zukunft nicht ändern. Diese

Vorbringen stehen teilweise im Widerspruch zu den Feststellungen des Obergerichts. Soweit sie im Übrigen das Verhalten des Klägers betreffen, das alleinige Ursache für das Missglücken der Besuche gewesen sein soll und sich auch in Zukunft nicht ändern werde, dienen sie ebenfalls der Bestreitung beziehungsweise der Ergänzung des festgestellten Sachverhalts. Wie oben dargelegt, sind die Tatsachenfeststellungen der Vorinstanz im Verfahren der Berufung für das Bundesgericht verbindlich, macht doch die Beklagte nicht geltend, dass sie unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen seien ( Art. 63 Abs. 2 OG ). Auf die Rüge kann demnach nicht eingetreten werden.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung, soweit auf sie eingetreten werden kann, abzuweisen ist. Nach diesem Ausgang sind der Beklagten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen ( Art. 156 Abs. 1 OG ). Da bei der Gegenpartei keine Vernehmlassung eingeholt wurde, sind ihr keine Kosten entstanden, weshalb sich eine Verlegung der Parteikosten erübrigt.

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