

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2015.68 vom 1. März 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-03-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_BEZ.2015.68](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_BEZ.2015.68)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2015.68 du 1 mars 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT BEZ.2015.68 del 1 marzo 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 A\_\_\_\_\_ ficht eine als Verfügung bezeichnete Anordnung des Instruktionsrichters im Scheidungsverfahren an. Mit diesem Entscheid wurde das Scheidungsverfahren nicht abgeschlossen. Es handelt sich bei der Verfügung deshalb entweder um einen Zwischen- oder Massnahmenentscheid oder um eine prozessleitende Verfügung. A\_\_\_\_\_ bezeichnet das eingelegte Rechtsmittel als Beschwerde. Mit Beschwerde anfechtbar sind nicht berufungsfähige Zwischenentscheide und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sowie prozessleitende Verfügungen, durch die einer Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 319 lit. a und b Ziff. 2 Zivilprozessordnung [ZPO, SR 272]). Mit Berufung anfechtbar sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 zu betragen hat (Art. 308 Abs. 1 lit. b und 2 ZPO).

1.2 Regelungen betreffen Obhut- und Kontaktrecht für die Dauer des Scheidungsverfahrens sind bez 15 68

nichtvermögensrechtliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 276 ZPO und sind deshalb grundsätzlich mit Berufung (und nicht mit Beschwerde) anzufechten. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass überhaupt eine Verfügung vorliegt. Eine vorsorgliche Massnahmeverfügung des Instruktionsrichters ist ein individueller und an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, der eine konkrete familienrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise regelt (vgl. zur Definition im Verwaltungsrecht: Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, 70 f.; Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277 f.; statt vieler VGE VD.2014.83 vom 2. September 2014 E. 3.2, VD.2010.228 vom 25. November 2011 E. 3.4.4 m.w.H.). Vorliegend legt der Vorrichter mit Vernehmlassung dar, mit der angefochtenen Verfügung habe er den Zweck verfolgt, ■ für alle Beteiligten klarzustellen, was bezüglich Kontakt zwischen Vater und Söhnen entschieden bzw. unbestrittene Usanz ■ sei. Diese Verfügung habe er erlassen, weil ■ zwischenzeitlich verschiedene Zusätze und Änderungen diskutiert und später wieder verworfen worden ■ seien. Mit der Verfügung hätten der Beiständin insbesondere ■ die Ausgangspunkte für die ihr obliegende Feinregulierung der Kontakte (Feiertage, Fasnacht etc.) ■ geliefert werden sollen. Soweit mit der Verfügung folglich bloss bisherige eheschutzrechtliche Entscheide wiederholt respektive in Erinnerung gerufen werden sollten, wurde damit keine familienrechtliche Rechtsbeziehung neu oder erstmals rechtlich bindend geregelt. Soweit allerdings bloss die bisherige Usanz aufgenommen wurde, handelt es sich um eine Feststellungsverfügung, mit der neu in

verbindlicher und erzwingbarer Weise der persönliche Kontakt zwischen Vater und Söhnen geregelt wurde. Insoweit ist demnach die Berufung gegen die Verfügung zulässig.

1.3 Ist die Berufung zulässig, kann aufgrund der Subsidiarität der Beschwerde eine solche nicht erhoben werden (Art. 319 lit. a ZPO e contrario). Ergreift ein Rechtsmittelkläger ein Rechtsmittel, welches im konkreten Fall nicht zur Verfügung steht, hat aber nicht einfach ein Nichteintretensentscheid zu ergehen. Es ist vielmehr von Amtes wegen zu prüfen, ob die Rechtsmitteleingabe die Voraussetzungen des zulässigen Rechtsmittels erfüllt. Ist dies der Fall, so ist sie als dieses (andere) Rechtsmittel entgegenzunehmen und zu beurteilen (sog. Konversion; vgl. dazu ausführlich Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber, ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308-327a, Vor Art. 308 ff. N 45 m.w.H.). Dies entspricht auch dem Grundsatz **■falsa demonstratio non nocet■** (eine falsche Bezeichnung schadet nicht). Vorliegend erfüllt das als Beschwerde eingereichte Rechtsmittel auch die Eintretensvoraussetzungen der Berufung, da es innert der Frist von 10 Tagen (Art. 314 Abs. 1 ZPO) sowie hinreichend begründet und mit zulässiger Rüge (Art. 310 und 311 Abs. 1 ZPO) eingereicht wurde. Das als Beschwerde bezeichnete Rechtsmittel wird somit als Berufung entgegengenommen und beurteilt.

1.4 Zuständig zur Beurteilung der Berufung ist der Ausschuss des Appellationsgerichts (§ 10 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 Abs. 3 Ziff. 1 lit. c des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung [EG ZPO, SG 221.100]). Über die im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens eingelegte Berufung wird im schriftlichen Verfahren entschieden (vgl.: Art. 316 ZPO; Reetz/Hilber, in: Kommentar zur ZPO, 2. Auflage 2013, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Art. 314 N 13 und Art. 316 N 7; AGE ZB.2014.51 vom 16. April 2015 E. 1.3).

## **E. 2**

2.1 Der Berufungskläger macht unter Hinweis auf die instruktionsrichterlichen Entscheide vom 10. Juli und 26. August 2014 geltend, die Klarstellung in der angefochtenen Verfügung sei bezüglich der Ferienregelung falsch. Die Vorinstanz hat dies mit Vernehmlassung vom 10. Dezember 2015 zu Recht anerkannt. Es ist daher festzuhalten, dass weiterhin die Ferienregelung gemäss dem Massnahmeentscheid des Zivilgerichts vom 10. Juli 2014 gilt. Diese unterscheidet sich von der Regelung in der angefochtenen Verfügung aber nur insoweit, als die gemeinsamen Ferien mit dem Vater für C\_\_\_\_ freiwillig sind und er ihnen zustimmen muss, was in der jüngeren Vergangenheit im **■klargestellten■** Umfang offenbar der Fall war. Eine solche Richtigstellung des verfügten Inhalts wäre indessen in Anwendung von Art. 334 Abs. 1 ZPO auch direkt bei dem die **■Klarstellungsverfügung■** erlassenden Vorrichter zu erreichen gewesen.

### **E. 2.2**

2.2.1 Weiter verlangt der Berufungskläger eine explizite Regelung des persönlichen Kontakts der Kinder zu ihm während der Basler Fasnacht. Er beantragt, dass die Kinder die Fasnacht alternierend bei der Mutter und beim Vater verbringen sollen. Damit im Widerspruch stehen seine Ausführungen, wonach er sich gegen ein Hin und Her der Kinder von [...] nach Basel an den Fasnachtstagen wehrt, weshalb sein diesbezüglicher Hauptantrag nicht wirklich nachvollziehbar bzw. unverständlich ist. Eventualiter verlangt er hingegen **■** über seinen Hauptantrag hinausgehend **■** dass die Kinder die Fasnachtstage bei ihm verbringen sollen, solange B\_\_\_\_ nicht in der Region wohne. Der Begründung kann weiter sinngemäss entnommen werden, dass er sich gegen die Anrechnung der Fasnachtstage an

die Ferientage wehrt.

2.2.2 Diesbezüglich ist festzustellen, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung betreffend das Kontaktrecht der Eltern mit ihren Söhnen über die Feiertage ■ nebst dem Hinweis, dass diese jährlich alternierend entweder bei der Mutter oder dem Vater zu verbringen seien ■ auf den Plan der Beiständin verweist. Dieser befindet sich in deren Bericht vom 13. Mai 2015. Demnach verbringen die Kinder die Zeit vom Sonntag vor der Fasnacht ab 18 Uhr bis am Donnerstag nach der Fasnacht um 9 Uhr alternierend bei den Eltern, erstmals beim Vater. Daraus folgt, dass die Fasnacht Teil der Feiertags- und nicht der Ferienregelung ist. Damit entspricht der angefochtene Entscheid dem Hauptantrag des Ehemanns, weshalb es ihm insoweit an einem Rechtsschutzinteresse fehlt, weshalb auf diesen nicht eingetreten werden kann (Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1. Auflage 2010, Rz. 5.4). Soweit der Berufungskläger eine Änderung dieser Regelung für die Zukunft beabsichtigt, hat er sich an die Beiständin, B\_\_\_\_, die Kinder und gegebenenfalls den Vorrichter zu wenden. Wie den Stellungnahmen entnommen werden kann, besteht diesbezüglich offensichtlich Gesprächsbereitschaft, weshalb im Sinne der ursprünglichen Regelung des Kontaktrechts mit Entscheid des Obergerichts Bern vom 1. Mai 2013 weiterhin eine direkte Regelung (allenfalls unter Beizug der Beiständin) möglich erscheint. Das eingelegte Rechtsmittel erweist sich daher auch insoweit als unnötig.

### **E. 3**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es sich ■ aufgrund der teilweise unzutreffenden ■ Klarstellung ■ durch den Vorrichter ■ auf die Erhebung von Kosten zu verzichten (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Demgegenüber hat der Berufungskläger mit der Berufung, auf welche zu einem wesentlichen Teil nicht eingetreten werden kann und welche im Übrigen zur Klärung der Rechtslage nicht notwendig gewesen wäre, unnötigen Vertretungsaufwand bei der Berufungsbeklagten und seinen Kindern verursacht, den er zu entschädigen hat. Es rechtfertigt sich einen notwendigen und angemessenen Aufwand der Vertretung der Berufungsbeklagten und der Kindsvertretung mit je einer Parteientschädigung von CHF 375. ■ inkl. allfälliger Auslagen und zuzüglich der Mehrwertsteuer abzugelten. Dies entspricht der Entschädigung eines Aufwandes von je anderthalb Stunden zu CHF 250. ■.

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