

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.45 vom 10. Februar 2017**

BS Appellationsgericht, 2017-02-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2016.45](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2016.45)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.45 du 10 février 2017

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2016.45 del 10 febbraio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gegenstand des angefochtenen Entscheids ist die Regelung des Besuchsrechts des nicht obhutsberechtigten Elternteils und damit die Regelung von Kinderbelangen als vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 276 Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272). Da es sich vorliegend um eine Streitigkeit nicht-vermögensrechtlichen Charakters handelt, unterliegt dieser Entscheid gemäss Art. 308 Abs. 1 lit b. und Abs. 2 ZPO ohne Streitwerterfordernis der Berufung.

1.2 Über vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens ist in Anwendung von Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO im summarischen Verfahren zu entscheiden (Leuenberger, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 2. Auflage, Bern 2011, Band II, Anhang ZPO, Art. 276 N 17), weshalb die Berufung gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO innert Frist von zehn Tagen ab der nachträglichen Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen ist. Auf die rechtzeitig und formrichtig erhobene Berufung ist demnach einzutreten. Gemäss § 92 Abs. 1 Ziff.

### **E. 6**

Gerichtsorganisationsgesetz (GOG; SG 154.100) ist zu deren Beurteilung das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig. Mit der Berufung können eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Dem Appellationsgericht kommt damit volle Kognition zu (Reetz, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO N 15; statt vieler AGE ZB.2014.32 vom 26. August 2014 E. 1.2).

1.3 Die instruierende Präsidentin hat von der Einholung einer Berufungsantwort abgesehen. Da der Berufungsbeklagten, wie aus den nachfolgenden Erwägungen deutlich wird, daraus und aus einer allfälligen damit im Zusammenhang stehenden Verletzung des rechtlichen Gehörs kein Nachteil entsteht, ist das Vorliegen der Voraussetzungen gemäss Art. 312 Abs. 1 ZPO vom Berufungsgericht nicht weiter zu prüfen.

1.4 Da es sich vorliegend um ein Summarverfahren handelt, ist auf die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung zu verzichten (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 314 N 13; statt vieler AGE ZB.2015.58 vom 1. März 2016 E. 1.3).

2.

2.1 Zwischen den Parteien streitig ist das im angefochtenen Entscheid festgelegte Besuchsrecht zwischen dem Berufungskläger und dem Kind. Mit Entscheid des

Einzelgerichts in Familiensachen vom 8. September 2014 war die Obhut über den Sohn C\_\_\_\_\_ alleine ■bei der Mutter belassen■ und der persönliche Verkehr zwischen dem Berufungskläger und dem Kind zunächst mit Zeiten von 16.00 bis 19.30 Uhr dreimal wöchentlich sowie jeden zweiten Sonntag von 14.00 bis 16.00 Uhr festgesetzt worden. Vor Scheidungsgericht beantragte der Berufungskläger vorsorglich die Erweiterung des Besuchsrechts. Im angefochtenen Entscheid erwog die Vorinstanz gestützt auf das beim KJD in Auftrag gegebene Gutachten, der am 8. September 2014 verfügte persönliche Verkehr habe in der Praxis aufgrund der andauernden Konflikte zwischen den Ehegatten nicht umgesetzt werden können. Unter Vermittlung der Behörde gelebt worden sei zuletzt ein zweiwöchentliches Besuchsrecht samstags von 09.30 und 16.00 Uhr. Da bei einer Ausweitung des Besuchsrechts entgegen dem Willen der Ehefrau unweigerlich vermehrt Konflikte zwischen den Ehegatten auftreten würden, worunter vor allem der Sohn zu leiden hätte, sei im aktuellen Zeitpunkt davon abzusehen. Unter Vermittlung des KJD sei jedoch eine schrittweise Erweiterung des persönlichen Verkehrs angezeigt. Hierzu sei die Kadenz der Besuche zu erhöhen, da es im Hinblick auf eine stabile Beziehung zwischen dem erst dreijährigen Sohn und dem Berufungskläger wichtig sei, den Abstand zwischen den Besuchen nicht zu gross werden zu lassen. Aufgrund dieser Erwägungen setzte die Vorinstanz zusätzlich zu den im damaligen Zeitpunkt praktizierten zweiwöchentlichen Treffen eine Besuchszeit von 16.00 bis 18.00 Uhr jeden Mittwoch fest.

2.2Der Berufungskläger erachtet den derart verfüigten persönlichen Verkehr sowohl bezüglich der Kadenz der Kontakte zwischen Vater und Kind als auch der absoluten, gemeinsam verbrachten Zeit pro Monat als nicht angemessen im Sinne von Art. 273 Abs. 1 ZGB (Schweizerisches Zivilgesetzbuch; SR 210) (Berufung, Ziff. 9). Mit der angefochtenen Verfügung habe sich gegenüber der bis dahin geltenden, am 8. September 2014 angeordneten Regelung die Anzahl wöchentlicher Kontakte (ohne Wochenende) von drei auf einen erheblich reduziert (entsprechend 10.5 Stunden bzw. 2 Stunden). Insbesondere entstehe in den Wochen, in welchen kein sonntäglicher Besuch anstehe, eine sehr lange Besuchspause von einer Woche. Mit der nur kurzen wöchentlichen Besuchszeit von zwei Stunden sei die Besuchsrechtssituation angesichts des geringen Alters des Kindes geeignet, eine dem Kindeswohl abträgliche Entfremdung zwischen Vater und Kind zu provozieren (Berufung, Ziff. 13).

2.3Der Berufungskläger bestreitet die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung, wonach das am 8. September 2014 verfügte Besuchsrecht nicht habe umgesetzt werden können. Vielmehr habe die Berufungsbeklagte (erst) Ende 2015 begonnen, die Kontakte zwischen dem Berufungskläger und seinem Sohn zu erschweren. Diese Darstellung der Ereignisse korreliere im Übrigen auch mit dem Bericht des KJD vom 27. Juni 2016, wonach die Parteien wegen Schwierigkeiten in der Umsetzung der Besuchskontakte anfangs 2016 bei der KESB (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Basel-Stadt) vorstellig geworden seien. Dem Bericht des KJD lasse sich auch entnehmen, dass besagte Probleme auf die Auffassung der Berufungsbeklagten zurückzuführen seien, der festgesetzte persönliche Verkehr entspreche nicht der Norm und sei zu grosszügig bemessen (Berufung, Ziff. 10). Der Berufungskläger bestreitet explizit nicht die aktuell gelebte Regelung mit Besuchszeiten von jedem zweiten Samstag von 09.30 bis 16 Uhr. Diese sei gegenüber der ursprünglich verfüigten Regelung aber nur so eingeschränkt, weil die Berufungsbeklagte sich schwer tue, zu einer Ausweitung Hand zu bieten, wie der Bericht des KJD klarstelle. Gegen eine solche Erweiterung sprächen gemäss dem KJD jedoch keine Gründe (Berufung,

Ziff. 11, mit Verweis auf den Bericht des KJD vom 27. Juni 2016, S. 3, Ziff. 3). Der Berufungskläger führt weiter aus, die Beschränkung des Besuchsrechts durch die Vorinstanz mit der Begründung, dass hierdurch vermehrte Konflikte zwischen den Ehegatten zu erwarten seien, widerspreche der höchstrichterlichen Praxis, wonach das Besuchsrecht nicht aufgrund von Konflikten auf der Paarebene eingeschränkt werden dürfe, wenn das Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut sei. Vorliegend habe der KJD dem Berufungskläger und seinem Sohn ein ausgesprochen gutes Verhältnis attestiert. Dem Bericht des KJD lasse sich an keiner Stelle entnehmen, dass eine Ausweitung des Besuchsrechts dem Wohl des Kindes widerspreche, auch insoweit habe die Vorinstanz den Sachverhalt falsch festgestellt bzw. nicht ausreichend abgeklärt (Berufung, Ziff. 12). Hingegen sei die Ausweitung des persönlichen Verkehrs im beantragten Umfang dem Kindeswohl zuträglich, auch spreche aufgrund der Akten und des Alters des Kindes nichts gegen Besuche mit Übernachtungen beim Berufungskläger, zumal dessen Wohnung, wie im Bericht des KJD festgehalten, dafür eingerichtet sei (Berufung, Ziff. 13).

3.

3.1 Für Kinderbelange gelten gemäss Art. 296 ZPO die Offizial- und die Untersuchungsmaxime. Die Untersuchungsmaxime verlangt, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht, und die Offizialmaxime verpflichtet das Gericht, unabhängig von Parteianträgen eine adäquate Entscheidung zu treffen (Büchler/Wirz, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 2. Auflage, Bern 2011, Band I, ZGB, Art. 133 N 12). Zur Ermittlung des Sachverhalts stehen dem Gericht in Kinderbelangen neben dem Gutachten und der schriftlichen Auskunft im Rahmen des sogenannten Freibeweises sämtliche gebotenen Ermittlungsmethoden (z.B. unangemeldete Hausbesuche, informelle Auskünfte von Bezugspersonen) zur Verfügung (Steck, in: Spühler et al. [Hrsg.], Basler Kommentar Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013, Art. 296 N 20). Der Vorinstanz erschloss sich der Sachverhalt vorliegend aus den Vorbringen der Parteien sowie dem Abklärungsbericht des KJD.

3.2 Das Gericht regelt gemäss Art. 176 Abs. 3 i.V.m. 273 Abs. 1 und 3 ZGB den persönlichen Verkehr zwischen dem nicht obhutsberechtigten Elter und dem Kind. Als oberste Richtschnur orientiert es sich dabei am Kindeswohl und findet die für jeden Einzelfall angemessene Lösung einer Besuchsrechtsregelung (statt vieler BGE 130 III 585 ff., S. 588 E. 2.1; BGer 5A\_409/2008 vom 26. November 2008 E. 3.2). Dabei verfügt es über einen weiten Ermessensspielraum (Büchler/Wirz, a.a.O., Art. 273 N 23). Ist das Kind urteilsfähig, wird auf dessen Willen Rücksicht genommen. In der Praxis werden Häufigkeit und Dauer des Besuchsrechts in strittigen Fällen insbesondere in Abhängigkeit des Alters des Kindes festgelegt. Bei Kleinkindern werden üblicherweise die Besuchskontakte in kleinerem Umfang festgelegt als bei älteren Kindern und übersteigen häufig einen Tag oder zwei Halbtage monatlich sowie zusätzlich drei Wochen Ferien pro Jahr nicht. Auch sieht die Gerichtspraxis zumeist von Übernachtungen beim Besuchsberechtigten ab (Schwenzer/Cottier, in: Honsell et al. [Hrsg.], Basler Kommentar ZGB I, 5. Auflage 2014, Art. 273 N 15 m.w.H. auf Literatur und Praxis; Büchler/Wirz, a.a.O., Art. 273 N 20, 24). Es ist in entwicklungspsychologischer Hinsicht anerkannt, dass die Aufrechterhaltung der Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen im Hinblick auf die Entwicklung des Kindes und insbesondere seine Identitätsfindung von grosser Bedeutung ist (statt vieler BGer 5A\_409/2008 vom 26. November 2008 E. 3.2). In der Regel ist der Besuchskontakt somit dem Wohl des Kindes zuträglich. Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn die Konflikte

zwischen den Eltern auf der Paarebene ein solches Ausmass erreichen, dass sie ein für das Kind erträgliches Mass übersteigen, so dass die Ausübung des Besuchsrechts eine Kindswohlgefährdung darstellt (Büchler/Wirz, a.a.O., Art. 273 N 13, 14a, Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 N 13).

3.3 Die Vorinstanz ist bei der Regelung des Besuchsrechts im Sinne einer vorsorglichen Massnahme richtigerweise zunächst von dem Umfang ausgegangen, wie ihn die zuständige Sachbearbeiterin des KJD im direkten Kontakt mit den Eltern einrichten konnte. Ob die am 8. September 2014 verfügte Besuchsrechtsregelung zunächst eingehalten werden konnte, wie der Berufungskläger hervorhebt, oder nicht, ist dabei ohne Belang, ist das aktuell gelebte Besuchsrecht doch Ausgangspunkt für die Frage, ob eine Ausweitung im Wohle des Kindes angezeigt ist (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 N 13). Der Berufungskläger bestreitet jedoch den Umfang des zuletzt seit April 2016 gelebten Besuchsrechts jeden zweiten Samstag bzw. jeden zweiten Sonntag von 09.30 bis 16.00 Uhr nicht. Die Vermittlung des KJD war notwendig geworden, nachdem es vorgängig bei der Ausübung des Besuchsrechts zu Schwierigkeiten gekommen und die Mutter schliesslich unter gleichzeitiger Kontaktierung der KESB das Besuchsrecht unterbunden hatte (Bericht KJD, S. 1 Ziff. 1, S. 2 Ziff. 3).

3.4 Die Vorinstanz hat es unter den konkreten Umständen als angemessen erachtet, das praktizierte Besuchsrecht zunächst um zweistündige Kontakte jeweils mittwochs zu erweitern. Damit hat sie der gerichtsnotorischen Tatsache Rechnung getragen, dass Kleinkinder einem anderen Zeitbegriff unterliegen als Erwachsene und zu grosse zeitliche Abstände zwischen den Besuchskontakten zu vermeiden sind, da das Kind ansonsten keine Erinnerung an den Vater im Gedächtnis behält (Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 2. Auflage, Bern 2011, Band I, ZGB, Art. 176 N 7). Demnach sollten Besuche nicht länger als 14 Tage auseinander liegen (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 N 14), eine Grenze, welche die Vorinstanz bei Weitem respektiert hat. Die Vorinstanz hat in der Entscheidungsbegründung darauf hingewiesen, dass aktuell eine weitere, ausführlichere Abklärung des KJD bezüglich elterlicher Sorge, des Besuchsrechts nach der Scheidung und der Besuchsrechtsbeistandschaft in Auftrag gegeben wurde, und weiter festgehalten, dass es sich bei der verfügten Besuchsrechtsregelung um eine Minimallösung handle, die von den Parteien in gegenseitigem Einvernehmen und mit allfälliger Unterstützung des KJD erweitert werden könne.

Von einer Ausweitung des Besuchsrechts im jetzigen Zeitpunkt hat sie aus Gründen der Wahrung des Kindeswohls entgegen der Meinung des Berufungsklägers zu Recht abgesehen. Dem Bericht des KJD ist zwar, wie der Berufungskläger richtig vorbringt, im Wortlaut zu entnehmen, es sprächen **keine Gründe** **gegen eine Erweiterung des Besuchsrechts** (Bericht KJD, S. 2 Ziff. 3) und C\_\_\_ solle die **Beziehung zu [seinem Vater] weiterhin aufbauen ( ) und festigen können** (Bericht KJD, S. 4 Ziff. 10). Die zuständige Sachbearbeiterin führte jedoch an anderer Stelle aus, die Berufungsbeklagte halte die am 8. September 2014 verfügte Regelung als **nicht der Norm entsprechend** und **tu[e] sich noch schwer, die Besuchsregelung zu erweitern** (Bericht KJD, S. 2 Ziff. 3). Weiter könnten die gegensätzlichen Bedürfnisse der Parteien auf der Paarebene dazu führen, dass **C\_\_\_ die Eltern als unzufrieden und uneins erleb[e] und sich sein eigenes Befinden nachhaltig verschlechter[e]** (Bericht KJD, S. 3 Ziff. 6). Sie machte ausdrücklich keinen Vorschlag einer Besuchsrechtsbemessung (Bericht KJD, S. 5 Ziff. 11). Damit hat die zuständige Sachbearbeiterin des KJD sehr wohl Sachverhaltselemente geliefert, die eine

Kindswohlfährdung im Falle einer Besuchsrechtsausweitung entgegen dem Willen der Kindsmutter nahelegen. Das Berufungsgericht folgt der Einschätzung der Vorinstanz, dass es in diesem Fall unweigerlich zu vermehrten Konflikten zwischen den Eltern kommen würde, was sich vor allem negativ auf die Befindlichkeit des Sohnes auswirken würde.

Zwar trifft zu, dass sich nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein Elternteil grundsätzlich nicht auf eine von ihm mitverursachte Zwistigkeit und den dadurch verstärkten Loyalitätskonflikt des Kindes berufen darf, um den Umfang des Besuchsrechts zu steuern. Dies gilt jedoch nur, sofern die Beziehung zwischen dem Kind und dem besuchsberechtigten Elter gut ist und eine entsprechende Beschränkung des Besuchsrechts in einschneidender Weise und auf unbestimmte Dauer zur Debatte steht (BGE 130 III 585 ff., S. 588 f. E. 2.2.1; 131 III 209 ff., S. 211 E. 4). Die Sachbearbeiterin des KJD hat jedoch entgegen den Behauptungen in der Berufungsbegründung nicht von einem ■ausgesprochen guten Verhältnis■ zwischen Kind und Vater berichtet, denn sie scheint deren Kontakt nicht direkt beobachtet zu haben (vgl. Bericht KJD, S. 1 Ziff. 2 und S. 3 Ziff. 5). Die vorstehenden Auszüge aus dem Bericht des KJD attestieren dem Berufungskläger zu seinem Sohn allenfalls implizit zumindest ein gutes Verhältnis. Zudem wurde die Beschränkung des Besuchsrechts mit der Begründung der anhaltenden Konflikte zwischen den Parteien in zeitlicher Hinsicht von der Vorinstanz nicht auf unbestimmte Dauer angeordnet. Sinn und Zweck einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 276 ZPO ist es, während des Scheidungsverfahrens eine bestmögliche Friedensordnung zu schaffen; deren Anordnung präjudiziert aber keineswegs die endgültige Regelung der Nebenfolgen der Scheidung (Siehr/Bähler, in: Spühler et al. [Hrsg.], Basler Kommentar ZPO, 2. Auflage 2013, Art. 276 N 2, 8). Dieser Charakter der vorsorglichen Massnahme als vorübergehende Regelung tritt im Übrigen vorliegend durch Absatz zwei von Ziffer zwei des Entscheiddispositivs explizit zutage und findet auch Niederschlag in den vorinstanzlichen Erwägungen zu diesem Punkt. Im Übrigen kann die vorinstanzliche Beschränkung des Besuchsrechts auch nicht als einschneidend qualifiziert werden, geht die Regelung doch über das Übliche in vergleichbaren Fällen hinaus (vgl. dazu obstehende E. 3.2 S. 6).

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