

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.3 vom 18. August 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-08-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2018.3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2018.3)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.3 du 18 août 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2018.3 del 18 agosto 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Der angefochtene, gestützt auf Art. 276 Abs. 1 der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) getroffene Entscheid über die beantragte vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren ist gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO grundsätzlich mit Berufung anfechtbar.

1.2 Über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 276 ZPO ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (vgl. Leuenberger, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 3. Auflage 2017, Bd. II, Anh. ZPO, Art. 276 N 17). Die vorliegende Berufung ist unter Einhaltung der Anforderungen gemäss Art. 311 ZPO rechtzeitig innert der Frist von zehn Tagen gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO eingereicht worden. Auf das Rechtsmittel ist demzufolge einzutreten. Gemäss § 92 Abs. 1 Ziff. 6 des Gesetzes betreffend die Organisation der Gerichte und der Staatsanwaltschaft (GOG, SG 154.100) ist zu deren Beurteilung das Dreiergericht des Appellationsgerichts zuständig. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

1.3 Nach Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. Obwohl in Summarverfahren regelmässig von der Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung abgesehen wird (vgl. dazu Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage 2016, Art. 314 N 13 und Art. 316 N 7; AGE ZB.2014.51 vom 16. April 2015 E. 1.3), erfolgte deren Durchführung vorliegend, um gegebenenfalls mit den Parteien, je nach Entscheid über den beantragten Wechsel des Aufenthaltsortes des gemeinsamen Sohnes, gemäss Art. 301a Abs. 5 ZGB eine neue, vorsorgliche Regelung von Obhut und persönlichem Verkehr vornehmen zu können, sowie insbesondere auch aufgrund des Umstandes, dass im vorinstanzlichen Verfahren auf deren Durchführung verzichtet worden ist (vgl. gleich E. 2).

### **E. 2**

Die Berufungsklägerin rügt als schweren Verfahrensfehler, dass in Verletzung von Art. 273 und 297 ZPO sowie von Art. 6 Ziff. 1 EMRK keine mündliche Verhandlung durchgeführt worden sei, was zu einer Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör führe. Der angefochtene Entscheid äussert sich nicht über die Gründe für den entsprechenden Verzicht.

Das Verfahren richtet sich nach Art. 295 ff. ZPO. Wie bei allen Verfahren betreffend Kinderbelange ist eine Einigung unter den Eltern anzustreben (Affolter-Fringeli/Vogel, Berner Kommentar ZGB, Bern 2016, Art. 301a ZGB N 47). Zu diesem Zweck sind sie

persönlich vom Gericht anzuhören (Art. 297 Abs. 1 ZPO). Es gilt diesbezüglich das Unmittelbarkeitsprinzip, was die Durchführung einer Verhandlung bedingt, anlässlich der die Eltern persönlich zu erscheinen haben (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage 2016, Art. 297 N 8; Ders., in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 3. Auflage 2017, Bd. II Anh. ZPO Art. 297 N 4; vgl. Schwenzer/Cottier, in: Basler Kommentar ZGB I, 6. Auflage 2018, Art. 298 N 22; Spycher, in: Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, Art. 297 N 9f.). Weiter kann das Gericht die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern (Art. 297 Abs. 2 ZPO). Schliesslich ist das Kind anzuhören, wenn es sein Alter zulässt (Art. 298 ZPO).

Vorliegend ist aufgrund des Alters des Kindes zwar zu Recht auf dessen Anhörung verzichtet worden. Die rein schriftliche Durchführung des vorinstanzlichen Verfahrens widerspricht aber der gesetzlichen Regelung. Dieser Mangel ist soweit möglich im vorliegenden Berufungsverfahren zu heilen, was durch die Durchführung einer mündlichen Verhandlung geschehen ist.

## **E. 2.5**

S. 488). Diese beurteilt sich während eines Scheidungsverfahrens grundsätzlich nach den gleichen Grundsätzen wie ausserhalb eines solchen. Dies gilt es insbesondere auch bei länger dauernden Scheidungsprozessen zu berücksichtigen.

4.2.2 Daraus folgt, dass trotz der Beurteilung von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren im summarischen Verfahren (vgl. Art. 271 Abs. 1 lit. a i.V. Art. 276 Abs. 1 ZPO) ein Gesuch gemäss Art. 301a Abs. 2 ZGB auch in einem Massnahmeverfahren umfassend zu prüfen und nach dem für das Scheidungsurteil geltenden Regelbeweismass der vollen Überzeugung (vgl. dazu Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 2017, N 899) zu entscheiden ist. Dem entspricht auch, dass bezüglich Kinderbelangen auch im Massnahmeverfahren die Offizialmaxime und die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangen (Leuenberger, in: Schwenzer/Fankhauser, FamKomm Scheidung, 3. Auflage Bern 2017, Anh. ZPO Art. 276 N 21).

4.2.3 Entgegen der Auffassung des Vorrichters finden sodann die allgemeinen Kriterien für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen gemäss Art. 261 ZPO bei scheidungsrechtlichen Massnahmen wie im eheschutzrechtlichen Verfahren keine direkte Anwendung. Dies gilt insbesondere für die Voraussetzung der Dringlichkeit (Leuenberger, a.a.O., Anh. ZPO Art. 276 N 5). Welche Bedingungen für deren Anordnungen erfüllt sein müssen, richtet sich vielmehr nach den Bestimmungen des materiellen Rechts, auf die Bezug genommen wird (Spycher, a.a.O., Art. 276 ZPO N 13). Daraus folgt, dass auch die für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen erforderliche Notwendigkeit, Eignung und Verhältnismässigkeit der angeordneten Massnahme (Leuenberger, a.a.O., Anh. ZPO Art. 276 N 4 f.; Sutter-Somm/Stanishevski, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar ZPO, 3. Auflage 2016, Art. 276 N 8) nach Art. 301a Abs. 2 ZGB selber zu beurteilen ist. Es sind die im Bereich des Kindesschutzrechtes geltenden Grundprinzipien, neben dem Wohl des Kindes ist dies der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner dreifachen Ausprägung ■ Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ■, zu beachten (vgl. Tuor/Schnyder/Jungo, das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, 2015, § 44 N 4 f.). Auch ist auch einer möglichen Präjudizierung des

Scheidungsurteils bezüglich anderer Nebenfolgen Rechnung zu tragen.

4.2.4 Aufgrund der fehlenden Zustimmung des Berufungsbeklagten ist der richterliche Entscheid über den von der Berufungsklägerin beabsichtigten Wechsel im Sinne von Art. 276 ZPO erforderlich. Weiter ist festzustellen, dass das Scheidungsverfahren bereits seit über einem Jahr dauert und ein baldiger Abschluss derzeit nicht erwartet werden kann. Es bedarf daher der vorsorglichen Regelung des Wegzugsbegehrens der Berufungsklägerin in einem Massnahmeverfahren. Aufgrund des Berufungsverfahrens und der in dessen Rahmen erfolgten eingehenden Befragung der Ehegatten ist das Berufungsgericht auch in der Lage, die massgebenden Fragen umfassend zu beurteilen.

#### **E. 2.7**

S. 493 f., mit Hinweis auf Bucher, Elterliche Sorge [...], in: Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, 2013, S. 63; Cantieni/Biderbost, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde [KESB] - erste Erfahrungen und Klippen, FamPra.ch 2015 S. 792; Büchler/Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge, Jusletter 11. August 2014 Rz. 84 f.; Fassbind, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, AJP 2014 S. 697; vgl. auch VGE VD.2018.71 vom 21. Juni 2018 E. 2.3).

Dem als nachvollziehbar erklärten subjektiven Eindruck des zurückbleibenden Elternteils, dass der andere Teil mit dem Auswanderungswunsch das Ziel verfolge, ihm die Kinder zu entziehen und insofern ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorliege, hält das Bundesgericht entgegen, dass solche Fälle selten seien. Zwar werde die Aufrechterhaltung des Kontaktes zum Kind schwieriger und sei der geplante Wegzug oftmals die Folge der elterlichen Trennung, welche ihrerseits die Folge von Spannungen und Schwierigkeiten auf der Elternebene sei. Es entspreche aber keiner verbreiteten Realität, dass ein Elternteil ins Nichts wegzieht. Vielmehr sei im Zielland in der Regel eine ökonomische Basis oder Aussicht vorhanden und gebe es handfeste Gründe für den Wegzug, wie beispielsweise die Rückkehr ins Heimatland oder zu den eigenen Familienkreis, das Zusammenziehen mit einem neuen Partner oder ein karriereförderndes Stellenangebot. Nur wo tatsächlich keine plausiblen Gründe für einen Wegzug ersichtlich seien und ein Elternteil offensichtlich nur wegziehe, um das Kind dem anderen Elternteil zu entfremden, sei die Bindungstoleranz und damit Erziehungsfähigkeit des betreffenden Elternteils in Frage gestellt mit der Folge, dass die Umteilung des Kindes in Erwägung zu ziehen sei (BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 494 f. mit Hinweis auf BGE 136 III 353 E. 3.3 S. 359; BGer 5A\_923/2014 vom 27. August 2015 E. 5.1; vgl. auch VGE VD.2018.71 vom 21. Juni 2018 E. 2.3).

Neben dem Fall des Rechtsmissbrauchs werden in der Literatur als kindeswohlindizierte Gründe für die Verweigerung der Zustimmung etwa eine massive Erschwerung der Pflege der Beziehung zum anderen Elternteil nach einem Wegzug genannt, wenn dieser bisher eine intensive Beziehung zum Kind gepflegt hat (Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 301a ZGB N 25 mit Hinweis auf Bucher, a.a.O., Rz. 142; vgl. auch VGE VD.2018.71 vom 21. Juni 2018 E. 2.3).

Auf jeden Fall ist die Bewilligung der Verlegung des Aufenthaltsortes dann zu verweigern, wenn der Wechsel eine eigentliche Kindeswohlgefährdung darstellt (Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 301a N 15).

5.2 Wäre ein Wegzug mit einer Kindeswohlgefährdung verbunden, so sind gegebenenfalls die notwendigen Kinderschutzmassnahmen zur Sicherung des Aufenthalts des Kindes zu treffen. In Frage kommt etwa ein auf Art. 307 Abs. 3 ZGB gestütztes Verbot einer Ausreise mit dem Kind ins Ausland, eine Weisung zur Hinterlegung der Reisedokumente oder nötigenfalls die Umteilung der Obhut über das Kind (Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 301a ZGB N 28; Schwenger/Cottier, a.a.O., Art. 301a ZGB N 16; VGE VD.2018.71 vom 21. Juni 2018 E. 2.4).

Wird der Wegzug bewilligt, so ist gleichzeitig gestützt auf Art. 301a Abs. 5 ZGB die Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut mit den Betreuungsanteilen der Eltern und des persönlichen Verkehrs wie auch des Unterhalts zu überprüfen und nötigenfalls anzupassen (BGE 142 III 502 E. 2.7 S. 514 f., 142 III 481 E. 2.8 S. 495; Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 301a ZGB N 38; Schwenger/Cottier, a.a.O., Art. 301a ZGB N 21).

### **E. 3**

3.1 Unbestritten ist, dass die Parteien das Sorgerecht für ihren Sohn C\_\_\_\_\_ gemeinsam ausüben, der Sohn in der faktischen Obhut der Berufungsklägerin lebt, der Berufungsbeklagte seine Zustimmung zu dem von der Berufungsklägerin mit ihrem Sohn beabsichtigten Wechsel des Aufenthaltsorts verweigert und die Berufungsklägerin daher hierfür einer Entscheidung des Gerichts bedarf.

3.2 Mit dem angefochtenen Entscheid erwog der Instruktionsrichter im Scheidungsverfahren, vorsorgliche Massnahmen dürften nur angeordnet werden, wenn sie nötig, geeignet und verhältnismässig sind. Soweit eine vorsorgliche Massnahme Kinder betreffe, habe sich die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme am Kindeswohl zu orientieren. Die Berufungsklägerin mache geltend, wieder an ihren Herkunftsort zurückkehren zu wollen, wo sie sprachlich, beruflich und familiär verwurzelt sei. In Basel habe sie aufgrund der Betreuung ihres Sohnes ihre Arbeitsstelle aufgeben müssen und sehe hier keine Zukunft mehr. Die Situation in Basel sei für sie und das Kind sehr unbefriedigend und belastend. Demgegenüber seien ihre sozialen und beruflichen Aussichten in [ ]/USA, wo ihre Eltern sowie ihr Bruder und dessen Ehefrau lebten, gut. Sie habe ihre Ausbildung und ihre Berufsjahre bis zum Wegzug in die Schweiz 2010 in den USA verbracht. Weiter wurde im angefochtenen Entscheid erörtert, die Erteilung der Erlaubnis zur Verlegung des Aufenthaltsortes eines Kindes könne auch im ordentlichen Verfahren im Rahmen eines Scheidungsentscheides erfolgen. Solle diese Erlaubnis bereits vor Abschluss des bereits laufenden Scheidungsverfahrens gewährt werden, müsse dafür eine gewisse Dringlichkeit vorhanden sein, welche ein Zuwarten unzumutbar mache. Auch wenn nachvollziehbar sei, dass die Berufungsklägerin gerne in ihr Heimatland zurückkehren möchte, liesse sich keine Dringlichkeit erkennen, welche es notwendig mache, ihr bereits zum jetzigen Zeitpunkt zu erlauben, den Aufenthaltsort von C\_\_\_\_\_ in die USA zu verlegen. So habe sie nicht geltend gemacht, bereits konkrete Massnahmen für eine Übersiedelung getroffen zu haben. Ihr einmonatiger Aufenthalt mit C\_\_\_\_\_ in den USA vom 22. November bis 22. Dezember 2017 zeige zudem, dass es ihr auch ohne Umzug in die USA möglich sei, mit ihrer Familie unter Einbezug ihres Sohnes einen guten und intensiven Kontakt zu pflegen. Auch für ihren Wiedereinstieg in die Berufswelt sei eine Rückkehr in die USA nicht zwingend, zumal sie schon früher hier gearbeitet habe und wohl auch wieder eine Stelle in der Schweiz finden dürfte. Weiter erscheine die Erteilung der verlangten Genehmigung auch nicht verhältnismässig, da der vereinbarte persönliche Verkehr des Berufungsbeklagten mit seinem Sohn nur schlecht klappe und die vorgesehene Ausdehnung

des Besuchsrechts mit einer Übernachtung bis heute nicht habe installiert werden können. Aufgrund der bislang nur unregelmässigen und kurzen Kontakte müsse davon ausgegangen werden, dass zwischen Vater und Sohn (noch) keine gute und stabile Beziehung habe aufgebaut werden können. Mit seinem Wegzug werde der Kontakt zum Vater zweifellos erheblich erschwert werden. Wie aus dem Bericht des Kinder- und Jugenddienstes vom 28. August 2017 hervorgehe, habe die Berufungsklägerin an den Problemen mit dem Besuchsrecht einen nicht unerheblichen Anteil. Es stehe daher zu befürchten, dass sie den notwendigen Mehraufwand für den Erhalt der Vater-Sohn-Beziehung nach dem Wegzug in die USA nicht leisten werde, so dass der Berufungsbeklagte seinen Sohn verlieren würde. Dieser Nachteil für den Berufungsbeklagten überwiege den Nachteil der Berufungsklägerin, mit dem Sohn noch eine Weile in der Schweiz verbleiben zu müssen, ■bei weitem■. Es spreche daher auch das Kindeswohl gegen die Gutheissung des Gesuches. Der Umzug erscheine erst dann als opportun, wenn zwischen Vater und Sohn eine stabile Beziehung habe aufgebaut werden können, welche (hoffentlich) der Belastung durch die räumliche Distanz werde standhalten können. Auch aus Sicht des Kindes seien keine sonstigen Gründe ersichtlich, welche eine zeitnahe Übersiedelung in die USA erforderlich machen würden.

3.3 Dem hält die Berufungsklägerin mit ihrer Berufung entgegen, dass ein Gesuch um Wechsel des Aufenthaltsortes eines Kindes entsprechend den Vorgaben von Art. 301aZGB unabhängig von weiteren Voraussetzungen zu bewilligen sei. In ihrem Eventualstandpunkt rügt sie, dass vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren weder einen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil noch Dringlichkeit vor-aussetzten, und macht subeventuell geltend, dass alle Voraussetzungen einer vorsorglichen Massnahme im Scheidungsverfahren gegeben seien. Sie führt weiter insbesondere aus, dass wenn ein Wegzugbegehren gemäss Art. 301aZGB dem Scheidungsgericht im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens unterbreitet werde, es sich nur der Form, nicht aber dem Inhalt nach um eine provisorische Massnahme im Scheidungsverfahren handle, gehe es bei der Frage des Wegzuges doch nicht um eine Scheidungsfolge, die vorläufig geregelt würde. Es handle sich daher um eine provisorische Massnahme sui generis. Die ordentlichen Voraussetzungen von provisorischen Massnahmen im Scheidungsverfahren, d.h. Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit, seien daher mit den materiellen Vorgaben des Art. 301aZGB deckungsgleich auszulegen, sodass sie keine zusätzlichen Hürden für einen Wegzug bildeten. Voraussetzung für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren nach Art. 276 ZPO sei ein entsprechendes Bedürfnis, eine Notwendigkeit dafür und deren Verhältnismässigkeit. Dringlichkeit sei keine Voraussetzung und auch der Nachweis eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils im Sinne von Art. 261 ZPO sei nicht erforderlich. Mit dem vorinstanzlichen Entscheid würde daher zu Unrecht die Frage der Dringlichkeit mit jener der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit vermischt und die Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von einer Dringlichkeit der Massnahme abhängig gemacht. Soweit Dringlichkeit verlangt würde, läge diese auch vor. Der Wegzug werde der Berufungsklägerin vom Berufungsbeklagten seit langem verwehrt. Seine Verweigerung der Zustimmung zum Wegzug schaffe eine dem Recht und insbesondere ihren Persönlichkeitsrechten und ihrer Niederlassungsfreiheit widersprechende Sachlage, die rasch zu klären sei. Sie habe ihren Willen zum Wegzug nach [ ]/USA respektive [ ] reiflich überlegt und seit langem definitiv gebildet. Die Unsicherheit über den Wegzug begründe eine belastende Situation, die nach rascher Klärung verlange. Schliesslich macht sie, unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Lehre, geltend, dass die

materiellen Voraussetzungen für die Bewilligung des Wegzuges gemäss Art. 301aZGB erfüllt seien. Soweit der Vorrichter ihr vorwerfe, in [ ] noch keine Unterkunft gemietet und keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen zu haben, auferlege er ihr Pflichten, die das Gesetz nicht vorsehe. Beides würde ein besonnener Mensch erst nach erfolgter richterlicher Bewilligung vorkehren. Aus Ferien in den USA könne nichts gegen einen Umzug abgeleitet werden. Zwar könne sie eine berufliche Zukunft in der Schweiz suchen, wolle dies aber aus privaten, wohlüberlegten Gründen nicht. Ausserdem bestreitet sie das Vorliegen gravierender Besuchsrechtsprobleme. Es sei daher schleierhaft, wie der Vorrichter zum Schluss komme, dass sie ihren Beitrag für den Erhalt einer Vater-Sohn-Beziehung nicht leisten wolle. Schliesslich prüfe der Vorrichter auch keine Massnahmen, um die angeblich gefährdete Situation für das Kind zu verbessern. Mittlerweile sei anlässlich einer Einigungsverhandlung vom 1. Februar 2018 eine vernünftige Besuchsrechtsregelung vereinbart worden.

In ihrem schriftlichen Plädoyer vom 24. Juli 2018 hält sie an ihren Begehren fest. In prozessualer Hinsicht macht sie insbesondere geltend, es bestehe eine Massnahmeerforderlichkeit. Sie habe Anspruch auf zeitnahen, tauglichen Rechtsschutz auch im Scheidungsverfahren, der nicht durch zu strenge Auslegung formeller Erfordernisse eingeschränkt werden dürfe. Ein Ende des Scheidungsverfahrens sei nicht in Sicht. C\_\_\_\_\_ werde im August in den Kindergarten eingeschult, was dem von ihr angestrebten Umzug in die USA widerspreche, dies umso mehr als C\_\_\_\_\_, welcher nicht zweisprachig aufgewachsen sei, nun neu in einer ihm fremden Sprache beschult würde. Demgegenüber würde sie in [ ]/USA in das ihr bestens bekannte soziale, städtische und familiäre Umfeld zurückkehren. Sie warte umzugs- und handlungsbereit nur noch auf die behördliche Bewilligung des Umzugs. Sämtliche Kriterien würden für die Bewilligung des Umzugs sprechen. Sie habe den kleinen Sohn bis jetzt überwiegend betreut und werde dies auch in Zukunft tun. Eine Kindeswohlgefährdung durch den Umzug sei kaum vorstellbar. Eine Umteilung des Sohnes in die Obhut des Vaters sei undenkbar und offensichtlich nicht mit dem Kindeswohl vereinbar. Es bleibe somit nur die Option ■ Verbleib beim wegzugswilligen Ehegatten■, so dass der Wegzug zu bewilligen sei. Die elterlichen Schwierigkeiten, die selbstgesetzten Ziele der Besuchsrechtsausübung zu erreichen, führten zu keiner anderen Beurteilung. Dass die Aufrechterhaltung des Kontakts des zurückbleibenden Elternteils zum Kind schwieriger werde, sei mit jedem Wegzug verbunden, habe aber keine entscheidende Bedeutung in Abwägung zu den übrigen Kriterien. Zudem sei der Berufungsbeklagte in seiner Rolle des Vaters von C\_\_\_\_\_ für den Kontakt zum Sohn selbst und allein verantwortlich und könne daraus nichts gegen einen Wegzug des Kindes ableiten. Würde eine Kindeswohlgefährdung bejaht und der Wegzug des Kindes abgelehnt, so wäre dies zugleich ein Entscheid gegen ihre Erziehungsfähigkeit und für die Umteilung des Kindes an den Vater, wobei für beides keine Gründe vorlägen. Das Verbot eines Wegzugs sei keine taugliche Kindesschutzmassnahme, abgesehen davon sei eine solche auch nicht gesetzlich vorgesehen. Bei einer allfälligen Gefährdungssituation seien die amerikanischen Kindeschutzbehörden in [ ]/USA ebenso kompetent wie die schweizerischen. Durch eine Ablehnung des Wegzugs würde ein akutes Problem aufgeschoben, nicht zuletzt zum Nachteil des Kindes, welches weiterhin eine zerstrittene und provisorische Lebenssituation aushalten müsse.

3.4 Demgegenüber folgt der Berufungsbeklagte in seiner Berufungsantwort vom 15. Februar 2018 den Erwägungen des Vorrichters und beantragt die kostenfällige Abweisung der

Berufung und die Bestätigung des angefochtenen Entscheides. Die Berufungsklägerin habe selbst eine vorsorgliche Massnahme beantragt, weshalb ihr Gesuch nach deren formellen Voraussetzungen zu beurteilen sei.

In seinem schriftlichen Plädoyer vom 10. August 2018 hält er an seinen Anträgen fest. Er bestreitet zunächst die Ausführungen der Berufungsklägerin in prozessualer Hinsicht und führt in diesem Zusammenhang insbesondere Folgendes aus: Die Berufungsklägerin habe sich die Verfahrensdauer zu einem grossen Teil selber zuzuschreiben. Angesichts ihres bisherigen Verhaltens bestünde bei einem Wegzug von ihr und dem gemeinsamen Sohn in die USA die grosse und wahrscheinliche Gefahr, dass der Kontakt zwischen ihm und dem gemeinsamen Sohn ganz zum Erliegen komme, was das Kindeswohl beeinträchtige. Das Scheidungsverfahren werde sicher noch einige Zeit beanspruchen, da aufgrund der fehlenden Bindungstoleranz der Berufungsklägerin eine Kindeswohlgefährdung bestehe und sein Antrag auf Umteilung der Obhut Chancen auf Erfolg habe. Indem die Berufungsklägerin den Kontakt zwischen ihm und seinem Sohn nur langsam erweitert wissen wolle, akzeptiere sie implizit, noch so lange mit dem Kind in der Schweiz zu bleiben, bis dieses mehr als einmal mit ihm habe Ferien verbringen können. Der Besuch eines Kindergartens ermögliche es C\_\_\_\_, die deutsche Sprache, in welcher er mit ihm kommuniziere, besser zu erlernen. Bis zum Übertritt des Kindes in die Primarschule sei das Gerichtsverfahren längst abgeschlossen. Eine Massnahmeerforderlichkeit bestehe nicht. In materieller Hinsicht macht er insbesondere geltend, das Kindeswohl sei durch die latente Besuchsrechtsproblematik gefährdet, was sich in dem Umstand manifestiere, dass er mit seinem Sohn seit der Trennung immer noch keinen Nachmittag habe alleine verbringen, geschweige denn ihn zum Übernachten oder für Ferien zu sich habe nehmen können. Das Kindeswohl sei besser gewahrt, wenn C\_\_\_\_ im Falle des Umzugs der Berufungsklägerin in die USA bei ihm bleibe. Die Behauptung der Berufungsklägerin, dass die Eltern selbst in der Lage seien, die Besuchsmodalitäten zu regeln, sei tatsachenwidrig und erfolge wider besseres Wissen. Ausserdem enthalte die Berufungsklägerin ihm Informationen und Entscheidungen vor, beispielsweise wisse er noch nicht, wo der Sohn den Kindergarten besuchen werde. Die von ihm dargestellten Umstände stellten die Erziehungsfähigkeit der Berufungsklägerin in Frage und liessen eine Umteilung der Obhut an ihn als eine mögliche Lösung aus dem Dilemma erscheinen. Eine vorzeitige Bewilligung des Wegzugs stehe somit ausser Frage. Die Abweisung des Gesuchs um vorzeitigen Wegzug gebe im Übrigen die Möglichkeit und die Zeit, ein gesundes Vater-Sohn-Verhältnis zu etablieren, dies auch, damit er im Falle eines erfolgreichen Verlaufs für alle Beteiligten dem Gesuch zustimmen könne. Ein zeitnaher Wegzug wäre rechtlich unzulässig und würde dem Kindeswohl zuwider laufen. Es stünden abweichende Anträge der Parteien betreffend die zukünftige Obhut über C\_\_\_\_ im Widerstreit, diesbezüglich erscheine ein umfassendes Beweisverfahren und die Einholung von Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Eltern angezeigt. Dies müsse im ordentlichen Verfahren erfolgen, so dass das Gesuch um vorsorgliche Bewilligung des Wegzugs abzuweisen sei.

#### **E. 4**

4.1 Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts bzw. der Kinderschutzhilfe, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch

den andern Elternteil hat (Art. 301a Abs. 2 ZGB). Bei verheirateten Eltern obliegt der Entscheid dabei dem Gericht (Affolter-Fringeli/Vogel, in: Berner Kommentar, 2016, Art. 301a ZGB N 40f.). Die Abgrenzung zwischen der Zuständigkeit des Eheschutzrichters und des Instruktionsrichters im Scheidungsverfahren bestimmt sich bezüglich des Erlasses von Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens einerseits nach dem Zeitpunkt der Einreichung des Regelungsgesuchs und andererseits nach der Frage, ob sich diese auf den Zeitraum vor Hängigkeit des Scheidungsverfahrens bezieht (BGE 129 III 60 E. 4 S. 64). Es ist davon auszugehen, dass der Eheschutzrichter des Zivilgerichts aufgrund der Verneinung der Frage eines rückwirkenden Regelungsgehalts auf das Gesuch der Berufungsklägerin nicht eingetreten ist. Diese vorinstanzliche Zuständigkeit ist aber nicht strittig, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist.

4.2 Ist ein Scheidungsverfahren hängig, so ist im Grundsatz das Scheidungsgericht für den Entscheid über den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes im Sinne von Art. 301a Abs. 2 ZGB zuständig (Büchler/Clausen, in: Schwenzer/Fankhauser, FamKomm Scheidung, 3. Auflage 2017, Art. 301a ZGB N 13; Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 301a ZGB N 45). Der entsprechende Antrag kann dem Scheidungsgericht dabei aber auch im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens unterbreitet werden. Strittig ist dabei, welcher Prüfungsrahmen in diesem Fall zur Anwendung kommt.

4.2.1 In diesem Zusammenhang wird erwogen, es erscheine zur Ermöglichung einer vollständigen Sachverhaltsabklärung angezeigt, dass über das Gesuch im Scheidungsverfahren grundsätzlich erst mit der Hauptsache und nicht bereits vorsorglich entschieden werde (vgl. OG ZH LY160046-O/U vom 5. Dezember 2017 E. 1.6.1). Auch laut Bundesgericht mag es besser scheinen, wenn das Gesuch direkt in der Sache beurteilt werde, um eine vollständige Instruktion und umfassende Abklärung der Fragen zu ermöglichen; das Gesetz schliesse aber nicht aus, dass ein Gesuch nach Art. 301a ZGB im Rahmen vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO entschieden werde (BGer 5A\_274/2016 vom 26. August 2016, E. 4.2).

Für die Beurteilung eines Wegzugsgesuchs mit dem Scheidungsurteil spricht, dass das Scheidungsgericht gemäss Art. 283 Abs. 1 ZPO, entsprechend dem Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils, in demselben Verfahren und demselben Entscheid gleichzeitig über die Scheidung und sämtliche Scheidungsfolgen zu befinden hat (vgl. Van de Graaf, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 283 N 1 und 4; Spycher, in: Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, Art. 283 ZPO N 3 f.). Demgegenüber ist bei der verfahrensrechtlichen Behandlung von Art. 301a ZGB im Rahmen eines laufenden Scheidungsverfahrens aber auch dem bewusst getroffenen Entscheid des Gesetzgebers Rechnung zu tragen, dass die Niederlassungsbeziehungsweise die Bewegungsfreiheit der Elternteile zu respektieren ist (BGE 142 III 481 E).

## **E. 5**

5.1 Wie das Bundesgericht ■ entsprechend den zutreffenden rechtlichen Hinweisen der Berufungsklägerin in ihrer Berufungsgründung ■ festgestellt hat, ergibt sich aus dem gesetzgeberischen Grundgedanken der Respektierung der Niederlassungs- und Bewegungsfreiheit von Eltern, dass aus Art. 301a Abs. 2 ZGB keine "faktische Residenzpflicht" von ohnutsausübenden Elternteilen abgeleitet werden kann (BGE 142 III 481 E. 2.5 S. 490 mit Hinweis auf 136 III 353 E. 3.3 S. 359). Die Motive des wegziehenden

Elternteils stehen daher beim Entscheid nach Art. 301a Abs. 2 ZGB grundsätzlich nicht zur Debatte. Vielmehr ist von der Hypothese auszugehen, dass der eine Elternteil in Ausübung seiner Freiheitsrechte wegzieht, und es ist als Folge gemäss Art. 301a Abs. 5 ZGB die Eltern-Kind-Beziehung aufgrund der neuen Begebenheiten nach Massgabe des Kindeswohls soweit nötig anzupassen (BGE 142 III 481 E. 2.5 f. S. 490 ff.). Wie das Bundesgericht festhält, lautet die im Verfahren gemäss Art. 301a Abs. 2 ZGB zu beantwortende Frage folglich nicht, ob es für das Kind vorteilhafter wäre, wenn beide Elternteile im Inland verbleiben würden, sondern allein, ob sein Wohl besser gewahrt ist, wenn es mit dem auswanderungswilligen Elternteil wegzieht oder wenn es sich beim zurückbleibenden Elternteil aufhält, wobei diese Frage unter Berücksichtigung der auf Art. 301a Abs. 5 ZGB gestützten Anpassung der Kinderbelange (Betreuung, persönlicher Verkehr, Unterhalt) an die bevorstehende Situation zu beantworten ist (BGE 142 III 481 E. 2.6 S. 492 mit Hinweis auf Coester-Waltjen, Relocation - from Theory to Practice, Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht [iFamZ] 2012 S. 314; vgl. auch VGE VD.2018.71 vom 21. Juni 2018 E. 2.3).

Für diesen Entscheid ist auf die persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, auf ihre erzieherischen Fähigkeiten und die Bereitschaft, die Kinder in eigener Obhut zu haben und sie weitgehend persönlich oder im Rahmen eines im Kindeswohl liegenden Betreuungskonzeptes zu betreuen und zu pflegen, sowie auf das Bedürfnis der Kinder nach der für eine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendigen Stabilität der Verhältnisse, welches bei gleicher Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit besonderes Gewicht erhalte, abzustellen (vgl. BGE 142 III 481 E. 2.7 S. 492 f.). Faktischer Ausgangspunkt ist daher das bisher gelebte Betreuungsmodell (Affolter-Fringeli/Vogel, a.a.O., Art. 301a ZGB N 24). Ist der wegzugswillige Elternteil nach dem bisher tatsächlich gelebten Betreuungskonzept ganz oder überwiegend die Bezugsperson, entspricht es tendenziell dem besseren Wohl des Kindes, wenn es bei diesem verbleibt und mit ihm wegzieht. Die für einen Verbleib eines Kindes in der Schweiz notwendige Umteilung an den anderen Elternteil bedarf jedenfalls der sorgfältigen Prüfung ■ anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles ■, ob sie tatsächlich dem Kindeswohl entspricht. Bei kleinen und dementsprechend mehr personen- denn umgebungsbezogen Kindern ist eine Umteilung an den zurückbleibenden Elternteil angesichts des Grundsatzes der Betreuungs- und Erziehungskontinuität nicht leichthin vorzunehmen. Hingegen werden bei älteren Kindern zunehmend die Wohn-, Schul- und Ausbildungsumgebung, die sprachliche Kompetenz sowie der Freundeskreis wichtig. Zu beurteilen ist daher das zukünftige Umfeld am Zielort des wegzugswilligen Elternteils. Zusammenfassend ergibt sich für das Bundesgericht aus diesen Erwägungen, ■ dass für die Beurteilung des Kindeswohls immer die konkreten Umstände des Einzelfalles massgeblich sind, indes dem wegzugswilligen Elternteil, welcher die Kinder bislang überwiegend betreut hat und dies auch in Zukunft tun wird, die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder ins Ausland in der Regel zu bewilligen sein wird ■ (BGE 142 III 481 E.

## **E. 6**

6.1 Soweit der Vorrichter der Berufungsklägerin vorgehalten hat, ihr Wunsch nach einer Rückkehr in ihr Heimatland sei zwar verständlich, es lasse sich aber keine Dringlichkeit erkennen, zumal sie noch keine Vorkehrungen für eine Übersiedlung getroffen habe, ihr die dortige Kontaktpflege auch mit ausgedehnten Ferienreisen möglich sei und sie für einen Wiedereinstieg in die Berufswelt nicht zwingend auf eine Rückkehr angewiesen sei, geht

dies nach dem Gesagten an den für die Prüfung eines Gesuchs um Wechsel des Aufenthaltsorts eines Kindes massgebenden Kriterien vorbei. Einerseits sind die ■ wie der Vorrichter zu Recht anerkennt ■ nachvollziehbaren Gründe der Berufungsklägerin für ihr Wegzugsbegehren grundsätzlich nicht zu prüfen. Andererseits kann im Wegzugsverfahren von einem gesuchstellenden Elternteil gerade noch nicht verlangt werden, dass alle Details der Lebenssituation im Zielland bereits geklärt sind (BGE 142 III 481 E. 2.8 S. 49; VGE VD.2018.71 vom 21. Juni 2018 E. 3.3.2).

6.2 Es ist daher zu prüfen, ob kindeswohlindizierte Gründe gegen die Bewilligung des Wegzugs sprechen respektive ob mit der Bewilligung des Wegzugsgesuchs im heutigen Zeitpunkt eine Kindeswohlgefährdung anzunehmen ist. Dabei ist von folgender Ausgangslage im konkreten Fall auszugehen:

6.2.1 Die Parteien leben seit dem 1. Juli 2014 getrennt. Wie dem Protokoll der Verhandlung des Einzelgerichts in Familiensachen vom [ ] und ihrer gleichentags abgeschlossenen Vereinbarung entnommen werden kann, lebt der am [ ] 2014 geborene C\_\_\_ seither bei der Mutter (Akten EA.2016.14362, Reg. 3). Der Berufungsbeklagte lebt seit der Trennung in [ ] (vgl. Eingabe der Berufungsklägerin im Eheschutzverfahren vom 17. Juni 2016, Akten EA.2016.143.6, Reg. 52). Die Besuche zwischen Vater und Kind haben aufgrund seines Alters zunächst in Begleitung der Mutter stattgefunden. Nachdem dies anfänglich gut geklappt habe, sei es aufgrund von Beziehungsdiskussionen anlässlich dieser Besuche schwieriger geworden. Aufgrund des Wunsches des Berufungsbeklagten nach einer Erweiterung auch unbegleiteter Kontakte mit seinem Sohn vereinbarten die Eltern am 18. August 2016 eine Wiederaufnahme der Besuche an Sonntagnachmittagen mit anfänglicher Begleitung durch die Berufungsklägerin und einer Erweiterung im Jahr 2017 mit Besuchen mit Übernachtungen beim Vater. Zudem versprachen sich die Eltern, während des Besuchsrechts keine offenen Problempunkte mehr zu diskutieren.

Der Berufungsbeklagte hat sich bereits in den Verfahren vor dem Zivilgericht darauf berufen, dass er seinen Sohn entgegen der getroffenen Vereinbarung seither bisher nur unregelmässig, niemals unbegleitet und während höchstens drei Stunden gesehen habe. Ein mit dem Kinder- und Jugenddienst (KJD) vereinbarter Kontakt mit seiner eigenen Verwandtschaft Mitte 2017 ohne Begleitung der Berufungsklägerin sei von dieser grundlos und ohne Abmeldung nicht eingehalten worden (vgl. Eingaben vom 18. Juli 2017 und vom 25. September 2017, Akten EA.2016.14362, Reg. 6).

Gemäss einem Bericht des KJD vom 28. August 2017 (Akten F.2017.270, 10) erklärt die Mutter die Nichteinhaltung der Besuchsvereinbarungen in der Vergangenheit mit den Bedürfnissen des Kindes. C\_\_\_ habe einen unregelmässigen Schlafrhythmus und es sei daher nicht möglich, vereinbarte Besuchszeiten einzuhalten, wenn er noch schlafe oder Schlaf brauche. Der Kontakt zwischen Vater und Sohn sei für sie ein Prozess und müsse langsam aufgebaut werden. Mit dem KJD habe aber eine Absprache erzielt und teilweise auch umgesetzt werden können. Danach sehe der Vater seinen Sohn jeweils sonntags von 14 bis 18 Uhr. Die Mutter solle sich dabei vermehrt im Hintergrund halten, um dem Vater einen direkten und einfachen Beziehungsaufbau zu ermöglichen. Von Seiten der Mutter sei es immer wieder zu kurzfristigen Absagen der Besuche oder, mit Hinweis auf die Bedürfnisse des Kindes, zu Veränderungen der Besuchszeiten gekommen. Ein grosses Hindernis für die Besuchskontakte bilde die fehlende Kommunikationsbereitschaft der Mutter. Sie reagiere nicht auf SMS oder Telefonate des Vaters und sei auch bei nicht eingehaltenen Besuchsabreden für den Vater nicht erreichbar, was sie aber bestreite. Eine

Neuregelung der Besuche sei nicht nötig. Probleme könnten sich beim Abschied von C\_\_\_\_\_ von der Mutter ergeben, wenn sie ihn nur schwer gehen lassen könne oder dieser beim Abschied zu weinen beginne. Dem könnte entgegen gewirkt werden, wenn C\_\_\_\_\_ vom Vater zusammen mit dessen Mutter abgeholt würde. Der abklärende Sozialarbeiter, D\_\_\_\_\_, hat mit der Mutter vereinbart, dass sie sich durch eine Fachperson bezüglich der Entwicklung von C\_\_\_\_\_ und ihrer Mutterrolle beraten lässt. Auf der Grundlage dieses Berichts ist die KESB gemäss ihrem Schreiben vom 7. September 2017 zum Schluss gelangt, dass keine Kinderschutzmassnahmen notwendig seien.

Mit Eingabe vom 28. November 2017 berichtete die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren, dass die Besuchskontakte seither regelmässig stattgefunden hätten, mit Ausnahme des 10. Septembers 2017, den der Berufungsbeklagte nicht habe wahrnehmen können, und des 17. und 24. September 2017, an denen sie und ihr Sohn krankheitsbedingt verhindert gewesen seien (Akten F.2017.270, 13).

Demgegenüber berichtete D\_\_\_\_\_, KJD, mit Schreiben vom 14. Dezember 2017 (F.2017.280, 14), dass die Berufungsklägerin die Teilnahme an einem vereinbarten Elterngespräch vom 10. Oktober 2017 kurzfristig abgesagt habe, da sich C\_\_\_\_\_ über Nacht erkältet habe und fiebrig gewesen sei. Sie habe sich auch auf Nachfragen nicht bei ihm gemeldet. Gemäss den Angaben des Berufungsbeklagten würde die Berufungsklägerin die Termine weiterhin kurzfristig wegen Krankheit, Schlaf oder anderweitiger Aktivitäten, wie Kindergeburtstag, absagen, so dass er vergebens von [ ] nach Basel reise. Der Berufungsbeklagte habe den Sohn im August einmal und im September und Oktober je zweimal gesehen, wobei die Zeiten nicht wie vereinbart eingehalten worden seien. Die Berufungsklägerin sei zudem immer in der Nähe geblieben, sodass er nie Zeit alleine mit C\_\_\_\_\_ habe verbringen können.

Gemäss einer Aufstellung des Berufungsbeklagten (Beilage zur Eingabe vom 15. Dezember 2017 im vorinstanzlichen Verfahren, F.2017.270, 15) haben die Besuche am 15. Oktober 2017 erneut aufgrund Krankheit nicht, in der Folge aber vom 22. Oktober bis zum 19. November 2017 stattgefunden, bevor die Berufungsklägerin vier Wochen mit dem Sohn in [ ]/USA verbracht habe. Sie habe ihren Sohn zudem in den USA taufen lassen, ohne ihn zu benachrichtigen (vgl. F.2017.270,16/5).

Bis zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung vom 7. Juni 2018 haben die Besuchskontakte nach Auskunft des Berufungsbeklagten zwar besser geklappt. Es haben aber weiterhin keine von der Berufungsklägerin unbegleiteten Kontakte zwischen Vater und Sohn stattgefunden. Obwohl die Parteien im vorinstanzlichen Verfahren sich mit einer weiteren Vereinbarung vom 1. Februar 2018 (Berufung, act. 3/3) darauf verständigten, dass der Berufungsbeklagte im Februar und März jeweils den Sonntagnachmittag ohne Begleitung der Berufungsklägerin mit seinem Sohn verbringt und dieser ab April regelmässig auch von Samstagmorgen bis Sonntagabend beim Vater ist, konnte die Abmachung wiederum nicht umgesetzt werden. Nach Aussage des Berufungsbeklagten habe er dabei sein Recht nicht über das Wohlbefinden seines Sohnes durchsetzen wollen. Sein Sohn sei noch nicht soweit gewesen und soweit gebracht worden, dass dies möglich gewesen wäre. Die Berufungsklägerin gab dabei zur Erklärung an, es habe sich noch nicht alles so weit entwickelt, dass die Umsetzung der Vereinbarung möglich gewesen wäre. Demgegenüber hatte der Berufungsbeklagte bei seinen Bemühungen, den Kontakt zu seinem Sohn entsprechend den Abmachungen weiter zu entwickeln, immer wieder den Eindruck, an eine ■gläserne Decke■ zu stossen. Trotz des Versuchs, eine ■schöne langsame Transformation

zu machen■ um emotionalen Schaden beim Kind zu vermeiden, sei eine Entwicklung nicht möglich gewesen (vgl. Protokoll Berufungsverhandlung S. 6, 7, 10).

Wie die Berufungsklägerin in der Hauptverhandlung selber ausgeführt hat, konnte der Berufungsbeklagte somit ■4 Jahre keine Beziehung■ zu seinem Sohn aufbauen (Protokoll Berufungsverhandlung S. 5). ■Unglücklicherweise■ habe C\_\_\_\_ bisher noch nicht beim Vater übernachten können. Dies müsse zusammen im Laufe der Zeit entwickelt werden. Da er immer unter ihrer Obhut gewesen sei, sei es nicht einfach, dies ■einfach so zu ändern■ (Protokoll Berufungsverhandlung S. 6). Auch nachdem der Berufungsklägerin mit dem gerichtlichen Vergleichsvorschlag die Möglichkeit aufgezeigt worden ist, auf der Grundlage der Etablierung unbegleiteter Besuchs- und Ferienkontakte eine Einwilligung des Berufungsbeklagten zur Ausreise in ihre Heimat zu erlangen, gelang es ihr laut Verlaufsprotokoll des Berufungsbeklagten (Berufung, act. 18/1) offensichtlich nicht, solche Kontakte zuzulassen. Die rund drei- bis vierstündigen Besuchskontakte zwischen Vater und Sohn fanden laut Angaben des Berufungsbeklagten grundsätzlich immer in Begleitung der Berufungsklägerin statt. Einzig am 22. Juli und 1. August 2018 habe sich die Berufungsklägerin während jeweils 45 Minuten ■auf Rufdistanz■ entfernt. Damit gelang es erneut nicht, die neuerliche Vereinbarung vom 21. Juni 2018, wonach der Kindsvater mit Wirkung ab Juli 2018 anlässlich der vierstündigen Besuchskontakte mit seinem Sohn jeweils mindestens zwei Stunden allein mit ihm verbringen sollte (Berufung, act. 14), umzusetzen. Weiter ist mit den Aussagen von D\_\_\_\_, KJD, in der Berufungsverhandlung und den Angaben des Berufungsbeklagten davon auszugehen, dass die Berufungsklägerin ihren Sohn bei diesen Kontakten zum Teil auch auf ihren eigenen Armen trägt, was eine Interaktion mit dem Vater weiter einschränkt.

6.2.2Daraus folgt, dass die Berufungsklägerin offensichtlich seit langem nicht bereit und in der Lage ist, einen unbegleiteten Besuchskontakt zwischen Vater und Sohn zuzulassen. Gründe aus Sicht des Kindeswohls macht sie hierfür nicht geltend. Solche sind auch nicht ersichtlich. Während sie unbegleitete Kontakte zwischen Vater und Sohn nicht als möglich erachtete, liess sie ihren Sohn während der Berufungsverhandlung am 7. Juni 2018 von ihrer erst am Vortag aus den USA angereisten, dem Kind deutlich weniger vertrauten, in ihrer Heimat lebenden Mutter betreuen (Protokoll Berufungsverhandlung S. 11). Die Haltung der Berufungsklägerin kann sich das Gericht daher nur mit dem Fehlen von Bindungstoleranz in Bezug auf den Berufungsbeklagten und dessen Umfeld erklären. So scheint die Berufungsklägerin auch Kontakte zu weiteren Personen aus dem familiären Umfeld des Berufungsbeklagten nicht zulassen zu wollen. Auch wenn D\_\_\_\_, KJD, die Haltung der Berufungsklägerin anlässlich seiner Befragung in der Hauptverhandlung dabei nicht als ■pathologisch■ beurteilen wollte, nannte er es gleichwohl auffällig, dass es ihr nicht gelingt, mehr Distanz zwischen sich und ihrem Sohn herzustellen (Protokoll S. 9). Auch für das Gericht ist die Tatsache, dass die Berufungsklägerin keine offenen und üblichen Besuchskontakte zwischen Vater und Sohn zulassen kann, auffällig und nicht nachvollziehbar.

6.2.3Vor diesem Hintergrund ist mit der entsprechenden Befürchtung des Berufungsbeklagten davon auszugehen, dass ein Wegzug der Mutter in die USA zu einem gänzlichen Abbruch des Besuchskontakts zwischen Vater und Sohn führen würde. Dieser Kontakt wurde von D\_\_\_\_, in der Hauptverhandlung als sehr wichtig für den Sohn bezeichnet (Protokoll Berufungsverhandlung, S. 10). Auch in der Lehre wird die grosse Bedeutung einer persönlichen Beziehung des Kindes zu beiden Eltern betont (vgl. Büchler,

in Schwenzer/Fankhauser, FamKomm, Scheidung, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 273 N 16 ff. mit weiterführenden Hinweisen).

Darauf in der Berufungsverhandlung angesprochen gab die Berufungsklägerin an, keine konkrete Vorstellung über den künftigen Kontakt zwischen Vater und Sohn nach ihrem Wegzug in die Vereinigten Staaten zu haben. Da ein unbegleiteter Besuchkontakt und Übernachtungen des Kindes beim Vater bisher nicht möglich gewesen sind, sah sie in diesem Zusammenhang allein die Möglichkeit von ■Ferien zu Dritt■ (vgl. Protokoll Berufungsverhandlung, S. 6, 7). Dies legt den Verdacht nahe, dass die Berufungsklägerin ihren Sohn bisher und in Zukunft gewissermassen zur Aufrechterhaltung eines ■Familienlebens■ mit dem Berufungsbeklagten einsetzt. Dem entspricht auch ihre Aussage gegenüber D\_\_\_\_, KJD, wonach es wichtig sei, dass C\_\_\_\_ mitbekomme, wie sie als Familie zusammen seien. Es sei aus ihrer Sicht nicht wünschenswert, daran etwas zu ändern (Protokoll Berufungsverhandlung S. 8). Kontakte ausserhalb dieses von ihr festgelegten Settings werden von der Berufungsklägerin offensichtlich nicht zugelassen. Soweit sie äussert, dass sich im Laufe der Zeit auch von ihr unbegleitete Kontakte zwischen Vater und Sohn entwickeln könnten, steht dem die Erfahrung aus den beiden letzten Jahren entgegen. Die zukünftige Perpetuierung von alleinigen Kontakten zu Dritt steht aber im diametralen Widerspruch zu der seit vier Jahren bestehenden Trennung und zu dem vom Berufungsbeklagten eingeleiteten Scheidungsverfahren. Es muss daher im Falle eines Wegzugs der Berufungsklägerin im heutigen Zeitpunkt von einer weiteren Entfremdung von Vater und Sohn ausgegangen werden. Darin liegt nach dem Gesagten eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls von C\_\_\_\_.

6.2.4 Die Berufungsklägerin ist bisher zwar klarerweise die Hauptbezugsperson ihres Sohnes. Dieser ist aufgrund seines Alters noch personen- und weniger umgebungsbezogen. Die dargestellte Familiensituation schliesst aber nicht aus, dass im Rahmen des Scheidungsverfahrens, entsprechend dem Antrag des Berufungsbeklagten, auch die Zuteilung der bisher von der Berufungsklägerin ausgeübten Obhut vertieft geprüft werden muss. Es kann daher im vorliegenden Fall nicht zum vornherein von der Grundannahme ausgegangen werden, dass es dem (besseren) Wohl des Kindes entspricht, wenn es bei seiner Mutter verbleibt und nun mit ihr in die USA wegzieht.

6.3 Dem hält die Berufungsklägerin mit ihrem Plädoyer insbesondere entgegen, dass aus Sicht des Kindeswohls die schulischen Entscheidungen zu berücksichtigen seien, die nun anstünden. Sie macht insbesondere geltend, dass ihr englischsprachiges Kind nicht in einem schweizerischen Kindergarten, sondern in den Vereinigten Staaten in der von ihr vorgesehenen [ ] School eingeschult werden sollte. Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar würde diese Beschulung von C\_\_\_\_ dessen Kindeswohl ■ jedenfalls soweit aus den Akten ersichtlich ■ sicherlich nicht widersprechen. Es ist aber auch nicht ersichtlich, weshalb der Besuch eines hiesigen Kindergartens und die Festigung seiner Kompetenz in der Muttersprache seines Vaters und der Sprache an dem Ort, wo er bis jetzt seit seiner Geburt lebt, seinem Kindeswohl abträglich sein könnte. Selbst im Falle eines späteren Wegzuges der Berufungsklägerin mit ihrem Sohn in ihre Heimat wäre nicht ersichtlich, welche schulischen Nachteile sich für das bisher englischsprachig aufgewachsene Kind bei einer späteren Einschulung in den Vereinigten Staaten ergeben könnte. Notabene gibt es auch mehrere zweisprachige Kindergärten in Basel, wo C\_\_\_\_ die Kompetenzen in beiden Sprachen festigen respektive entwickeln kann.

Auch die weiteren Argumente der Berufungsklägerin sind nach dem Ausgeführten nicht stichhaltig.

6.4 Daraus folgt, dass der angefochtene Entscheid im Ergebnis zu bestätigen und die Berufung abzuweisen ist.

6.5 Bei dieser Sachlage ist nach dem Gesagten zu prüfen, ob weitergehende Kinderschutzmassnahmen anzuordnen sind. Darauf kann indes verzichtet werden.

6.5.1 Die Berufungsklägerin hat in der Hauptverhandlung klar zum Ausdruck gebracht, dass ihr Sohn die ■Nummer eins■ in ihrem Leben sei und ein Wegzug in ihre Heimat ohne ihren Sohn für sie nicht in Frage komme (Protokoll S. 5). Bei dieser Sachlage braucht im vorliegenden Verfahren daher die Betreuung von C\_\_\_\_\_ nicht neu geregelt zu werden.

6.5.2 Andererseits scheint auch eine weitere Sicherung des Verbleibs von C\_\_\_\_\_ in der Schweiz nicht erforderlich zu sein. Sie wird vom Berufungsbeklagten denn auch nicht beantragt. Zwar ist nicht zu übersehen, dass sich die Berufungsklägerin in Bezug auf ihren Sohn nicht an Vereinbarungen hält und ■ etwa im Zusammenhang mit dessen Taufe ■ zu eigenmächtigen Entscheidungen neigt. Ohne entsprechenden, weiterhin auch im Scheidungsverfahren möglichen Antrag des Berufungsbeklagten scheint die Sicherung des Verbleibs von C\_\_\_\_\_, etwa mittels Hinterlegung seiner Schriften und Ausweispapiere, aber zumindest vorerst nicht erforderlich zu sein.

## E. 7

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend trägt die Berufungsklägerin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1■500.■ (§§ 10, 12 Gerichtsgebührenreglement, SG 154.810) und einer Parteientschädigung zugunsten des Berufungsbeklagten. Mit seinem Plädoyer macht der Berufungsbeklagte einen Aufwand seines Vertreters von 34 Stunden und 50 Minuten zu einem Stundenansatz von CHF 350.■ geltend (Berufung, act. 19). Zur Begründung dieses Stundenansatzes bezieht er sich auf jenen des Vertreters der Berufungsklägerin. Dieser wurde unter anderem mit deren Fremdsprachigkeit begründet, welche beim Berufungsbeklagten nicht vorliegt. Auch sonst sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche ein Abweichen von der Praxis eines Stundenansatzes von CHF 250.■ beim Überwälzungstarif nach der Honorarordnung (HO; SG 291.400) begründen könnte. Der geltend gemachte Aufwand erscheint auch mit Blick auf die Honorarnote der Gegenpartei nicht zu beanstanden. Daraus folgt eine Honorarforderung von CHF 8■708.35. Ein Honorar in dieser Höhe ist aufgrund der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien, auch unter Berücksichtigung des Bezugs zu einem Statusprozess und des dadurch nahegelegenen Bezugs des Rahmens von § 15 HO, nicht zu beanstanden. Hinzu kommen die notwendigen Auslagen, welche vom Berufungsbeklagten bloss pauschaliert werden. Dieses Vorgehen entspricht nicht dem anwendbaren § 16 HO. Der Umfang der notwendigen Auslagen ist daher zu schätzen. Es rechtfertigt sich, das überwälzbare Honorar, inklusive Auslagen, auf CHF 8■800.■ festzusetzen. Hinzu kommt die Mehrwertsteuer von 7,7% im Betrag von CHF 677.60. Daraus resultiert eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 9■477.60.

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