

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.45 vom 17. Januar 2022

BS Appellationsgericht, 2022-01-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2021.45

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.45 du 17 janvier 2022

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2021.45 del 17 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

1.1 Gegenstand des angefochtenen Entscheids ist eine vorsorgliche Massnahme nicht vermögensrechtlicher Natur im Scheidungsverfahren im Sinne von Art. 276 Abs. 1 der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272). Ein solcher Entscheid untersteht gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO der Berufung (vgl. Spühler, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017, Art. 308 ZPO N 7). Weshalb dies für vorsorgliche Massnahmen, deren Abänderung wie vorliegend nach einer bestimmten Frist ausdrücklich vorbehalten worden ist, nicht gelten soll, wie die Berufungsbeklagte mit ihrer Berufungsantwort insinuiert, ist nicht ersichtlich, soweit eine solche Abänderung noch nicht erfolgt ist und angesichts des hängigen Berufungsverfahrens auch nicht möglich gewesen wäre (vgl. BGE 143 III 42 E. 5; AGE ZB.2016.29 vom 28. März 2017 E. 1.4). Im Übrigen kommt allen während eines Scheidungsverfahrens verfügten vorsorglichen Massnahmen immer nur eine relative Rechtskraft zu (Sutter-Somm/Seiler, Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2021, Art. 276 N 10), was keine Zweifel an deren Anfechtbarkeit zu begründen vermag.

E. 1.2

1.2.1 Über vorsorgliche Massnahmen nach Art. 276 ZPO ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (vgl. Leuenberger, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 3. Auflage 2017, Band II, Art. 276 ZPO 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.

1.2.2 Mit ihrer Berufungsantwort stellt die Berufungsbeklagte die Postulationsfähigkeit des Vertreters des Berufungsklägers in Frage. Sie macht geltend, dass dieser keine verfahrensspezifische Vollmacht vorlege, sondern pauschal auf die Vorakten verweise. Es werde bezweifelt, dass dies den Vorgaben der ZPO genüge und sich der gegnerische Anwalt über eine ausreichende Bevollmächtigung ausweisen könne, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten sei. Darin kann ihr nicht gefolgt werden, zumal die Vollmachterteilung gemäss Art. 68 Abs. 3 ZPO nicht zwingend schriftlich erfolgen muss (Stahelin/Schweizer, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,

E. 3

Auflage 2016, Art. 68 N 27). Vorliegend hat der Berufungskläger bereits mit seiner Eingabe vom 30. September 2019 in dem von der Berufungsbeklagten eingeleiteten Scheidungsverfahren eine von seinem Vertreter ausgestellte Vollmacht (Power of Attorney) «concerning family affairs» eingereicht. Mit dieser Vollmacht vom 8. August 2019 ermächtigte er seinen Vertreter, «to take any and all legal action» vor allen Gerichten auf

Kantons- und Bundesebene in dieser Sache (Vorakten Nr. 5). Mit Schreiben vom 17. Oktober 2019 teilte der Vertreter des Berufungsklägers dem Zivilgericht Basel-Stadt mit, dass er von diesem nunmehr ausdrücklich auch für das Scheidungsverfahren mandatiert worden sei (Vorakten Nr. 11). In der Folge hat der Vertreter des Berufungsklägers diesen auf der Grundlage dieser Vollmacht ■ auch in dessen persönlicher Anwesenheit (so etwa anlässlich der Einigungsverhandlung vom 3. Dezember 2019 sowie der Instruktionsverhandlung vom 22. Juli 2020) ■ im Scheidungsverfahren vertreten. Aus der schriftlichen Vollmacht, der Eingabe des Vertreters vom 17. Oktober 2019 und dem konkludenten Verhalten des Vertretenen folgt damit klarerweise, dass sich diese Vollmacht nach dem Willen des Vertretenen auch auf den vorinstanzlichen Scheidungsprozess bezieht und sie den Vertretenen daher zur Anfechtung des angefochtenen Entscheids ermächtigt. Im Übrigen hätte selbst eine fehlende Vollmacht nicht zu einem Nichteintreten geführt, sondern es wäre dem Berufungskläger in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 ZPO eine gerichtliche Nachfrist zu deren nachträglichen Einreichung zu setzen gewesen (vgl. BGer 4A_351/2020 vom 13. Oktober 2020 E. 3.1).

1.2.3 Auf das Rechtsmittel ist demzufolge einzutreten. Zuständig für die Beurteilung der Berufung ist ein Dreiergericht des Appellationsgerichts, nachdem in erster Instanz das Einzelgericht des Zivilgerichts entschieden hat (§ 92 Abs. 1 Ziff.

E. 6

des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.3 Gemäss Art. 316 Abs. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. Grundsätzlich liegt es im pflichtgemässen Ermessen der Berufungsinstanz, eine Berufungsverhandlung durchzuführen oder nicht (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 316 N 17; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1153). Bei der Beurteilung von Summarentscheidungen sieht das Appellationsgericht regelmässig von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab (statt vieler AGE ZB.2020.38 vom

E. 6.1

m.w.H.). Solche besonderen Umstände liegen hier nicht vor.

4.2.2 Die vom Berufungskläger zu tragenden Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden in Anwendung von § 10 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 des Gerichtsgebührenreglements (GGR, SG 154.810) auf CHF 1'500.■ festgesetzt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 111 ZPO).

4.2.3 Zudem hat der Berufungskläger seine eigenen Vertretungskosten zu tragen und der Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung auszurichten. Die Berufungsbeklagte reichte für deren Berechnung eine Honorarnote ihrer Vertreterin ein, mit welcher ein Honorar von CHF 5'635.■ und Auslagen im Betrag von CHF 429.30 ausgewiesen werden. Massgebend für die Berechnung der Parteientschädigung ist der angemessene Zeitaufwand der Vertretung (vgl. § 10 und 12 des Honorarreglements [HoR, SG 291.400]). Der eingereichten Honorarrechnung kann aber weder der Vertretungsaufwand noch der ihr zu Grunde gelegte Honoraransatz entnommen werden. Der angemessene, überwältzbare Vertretungsaufwand ist daher zu schätzen. Da die Vertreterin der Berufungsbeklagten diese bereits im vorinstanzlichen Verfahren vertreten

hat, erscheint ein Aufwand von insgesamt 16 Stunden für die Ausfertigung der Berufungsantwort angemessen, welche zum ordentlichen Überwälzungstarif von CHF 250.■ zu entschädigen sind. Hinzu kommen die notwendigen Auslagen. Da weder aus der Honorarrechnung noch aus den Umständen des Einzelfalls Anhaltspunkte für ausserordentliche Auslagen erkennbar sind, ist hierfür eine Pauschale von 3% des Honorars in Rechnung zu stellen (§ 23 HoR). Daraus folgt eine Parteientschädigung inklusive Auslagen von CHF 4'120.■, zuzüglich 7,7 % Mehrwertsteuer von CHF 317.25, da die Leistung zugunsten der hier ansässigen Berufungsbeklagten erbracht worden ist.

E. 11

Mai 2021 E. 1.3 mit Hinweisen; vgl. Steininger, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 316 N 8). Die Parteien haben vorliegend zwar die Befragungen von [...] als zuständige Fachperson des KJD sowie von [...] als aktuelle Therapeutin von C_____ und damit zumindest indirekt eine mündliche Verhandlung beantragt. Deren jeweiligen Einschätzungen sind in den Akten jedoch hinlänglich dokumentiert, sodass von zusätzlichen Zeugenbefragungen keine wesentlichen neuen Erkenntnisse zu erwarten gewesen wären. Im Übrigen bleiben keine Fragen offen, die anlässlich einer Zeugenbefragung zu klären wären, womit sich die Sache vorliegend als spruchreif erweist und der vorliegende Entscheid auf dem Zirkulationsweg ergehen kann.

1.4 Gemäss Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO gelten für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz und der Officialgrundsatz (AGE ZB.2020.6 vom 18. Juni 2020 E. 1.2; BEZ.2019.14 vom 13. Februar 2019 E. 4; Sutter-Somm/Seiler, a.a.O., Art. 296 N 1). Die Parteien können deshalb im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel auch dann vorbringen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1 S. 351; AGE ZB.2020.6 vom 18. Juni 2020 E. 1.2). Im Geltungsbereich des Officialgrundsatzes entscheidet das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Dies bedeutet insbesondere, dass es Entscheide auch ohne entsprechende Anträge treffen kann (AGE ZB.2020.6 vom 18. Juni 2020 E. 1.2; Schweighauser, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 296 N 38). Zudem gilt das Verschlechterungsverbot (Verbot der reformatio in peius) nicht (AGE ZB.2020.6 vom 18. Juni 2020 E. 1.2; Hurni, in: Berner Kommentar, Band I, 2012, Art. 58 ZPO N 69). Auch im Geltungsbereich des Officialgrundsatzes sind aber form- und fristgerechte Berufungsanträge erforderlich und erwächst das erstinstanzliche Urteil in Teilrechtskraft, soweit es nicht angefochten wird (AGE ZB.2020.6 vom 18. Juni 2020 E. 1.2, ZB.2018.54 vom 6. Mai 2019 E. 1.2; vgl. Mazan/Steck, in: Basler Kommentar, 3. Auflage 2017, Art. 296 ZPO N 38). Das Berufungsgericht ist auch im Anwendungsbereich des Untersuchungsgrundsatzes nicht gehalten, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und gegebenenfalls in der Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen relevanten Beanstandungen zu beschränken (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 und E. 4.3.2.1, 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 4A_536/2017 vom 3. Juli 2018 E. 3.2; AGE ZB.2019.22 vom 10. Oktober 2019 E. 1.5, ZB.2018.35 vom 3. Februar 2019 E. 1.2). Die hinreichend begründeten Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor (AGE

ZB.2019.22 vom 10. Oktober 2019 E. 1.5, ZB.2018.35 vom 3. Februar 2019 E. 1.2; vgl. BGE 144 III 394 E. 4.1.4; BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1). Bei dieser Prüfung ist das Berufungsgericht weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. Es verfügt über freie Kognition und wendet das Recht von Amtes wegen an (AGE ZB.2019.22 vom 10. Oktober 2019 E. 1.5, ZB.2018.35 vom 3. Februar 2019 E. 1.2; BGE 144 III 394 E. 4.1.4 und E. 4.3.2.1; BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016 E. 3.1). Für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren gilt dabei das Beweismass der Glaubhaftmachung (vgl. AGE ZB.2017.13 vom 5. Mai 2017 E. 2.2, ZB.2015.58 vom 1. März 2016 E. 1.4).

2.

2.1 Strittig ist zwischen den Parteien einzig die mit dem angefochtenen Entscheid vorgenommene Beschränkung der Ausübung des Besuchsrechts des Vaters und seiner Tochter in der Schweiz, zu deren Sicherung der Berufungskläger der Berufungsbeklagten während der Ausübung seines Besuchsrechts jeweils seine Reisedokumente (Pass) zu übergeben hat. Vorbehalten wurden dabei Auslandsaufenthalte mit der Zustimmung der Mutter.

2.2 Die Vorinstanz erwog, dass sich die Parteien bezüglich des Kontaktes des Ehemanns mit Wohnsitz in den Vereinigten Staaten zu seiner Tochter in der Schweiz in einem ersten Schritt auf zwei bis drei Videogespräche pro Woche sowie monatliche Besuche des Ehemanns in der Schweiz mit jeweils zwei begleiteten Besuchstagen geeinigt hätten. In der Vereinbarung sei als Ziel festgehalten worden, dass der Ehemann seine Tochter auch unbegleitet sehen dürfe. Die damals vorgesehene Frist bis November 2020 habe insbesondere aufgrund der länger dauernden Abklärungen des KJD nicht eingehalten werden können, was aber nichts an der Übereinkunft ändere, auf unbegleitete Besuche hinzuwirken. Soweit der Ehemann mit seinen Anträgen vom 11. Juni 2021 auf einen Ausbau der monatlichen Besuche zu gemeinsamen Wochenenden und auf gemeinsame Ferien mit der Tochter ohne geographische Einschränkung während jährlich insgesamt sieben Wochen ziele, gestehe ihm die Ehefrau monatliche Besuchstage auch mit Übernachtungen in Basel und im Jahr 2021 zwei Wochen Ferien ausschliesslich in der Schweiz, nebst weiteren Bedingungen zur Verhinderung einer Ausreise ohne Absprache, zu. Ein Ferienrecht in den Vereinigten Staaten lehne sie ab.

Die Vorinstanz beurteilte das Gesuch des Ehemanns vor dem Hintergrund der «Ereignisse von 2019», als er die Tochter aus den Ferien nicht zurückreisen liess und diese erst nach drei Monaten und einem gerichtlichen Rückführungsverfahren wieder in die Obhut der Ehefrau gelangte. Auch wenn es sich dabei nicht um eine «Entführung» im umgangssprachlichen Sinn gehandelt habe, seien die unfreiwillige Trennung von der Mutter und der Konflikt der Eltern für C___ traumatisierend gewesen. Das Erlebnis habe nachvollziehbar zu Schlafstörungen, Verunsicherung und Trennungsängsten, ebenso zu einem Loyalitätskonflikt gegenüber dem Vater geführt, wobei die Erholung zögerlich verlaufen sei. Auch für die Ehefrau seien diese Ereignisse nicht nur psychisch, sondern auch finanziell sehr belastend gewesen, habe ihr das erfolgreich geführte Rückführungsverfahren doch Anwaltskosten von über CHF 80'000.■ verursacht. Seit diesem schwerwiegenden Präzedenzfall und eigentlichen Nullpunkt in den Beziehungen zwischen Eltern und Kind sowie zwischen den Ehegatten im Sommer bis Herbst 2019 hätten die Besuche des Ehemanns in der Schweiz eine ermutigende Entwicklung aufgewiesen. Der Kontakt zwischen Ehemann und Tochter sei nie abgebrochen, womit das

Kindeswohl klar eine Aufrechterhaltung dieser Beziehung fordere. Den Eltern sei es gelungen, sich auf ein Besuchsregime zu einigen und dieses in der Praxis umzusetzen. Beide Ehegatten bemühten sich auch, der Tochter ein unbelastetes Verhältnis zu beiden Elternteilen zu ermöglichen. Die grosse geographische Distanz verunmögliche eine übliche Besuchsrechtsregelung, was mit zunehmendem Alter des Kindes mit technischen Behelfen wie Videogesprächen zumindest teilweise immer eher kompensiert werden könne. Dabei erscheine das Anliegen des Ehemanns, dass diese Videogespräche unbeaufsichtigt erfolgen sollten, wie auch sein Anliegen, unaufgefordert über alle relevanten Kinderbelange informiert zu werden, ohne Weiteres berechtigt. Da der KJD in seinem Bericht ab Sommer 2021 ein unbegleitetes Besuchsrecht einschliesslich Übernachtungen und gemeinsamen Ferien empfehle, sei eine Fortführung des begleiteten Besuchsrechts nicht mehr gerechtfertigt. Ein entsprechender Übergang zu unbegleiteten Besuchen sei schon in der Vereinbarung vom 22. Juli 2020 vorgesehen gewesen und ein unbegleitetes Besuchsrecht deshalb ohne weiteren Aufschub zuzulassen. Schliesslich folgte die Vorinstanz auch den Anträgen des Vaters, was Häufigkeit und Dauer der Besuche in der Schweiz angehe.

Als berechtigt erachtete die Vorinstanz aber die Bedenken der Ehefrau bezüglich der Gefahr einer erneuten Entführung des Kindes. Ein erneuter Rückführungsprozess hätte für die gesamte Familiensituation irreparable Folgen. Die Einschätzung der Ehegatten der Ereignisse von 2019 gingen nach wie vor diametral auseinander, was dem gegenseitigen Vertrauen nicht förderlich sei und auch im Interesse des Kindeswohls nach einer Absicherung verlange. Besuche in den Vereinigten Staaten könnten also nur gutgeheissen werden, wenn im Interesse des Kindeswohls die Gefahr eines erneuten Streits um das Aufenthaltsrecht auf ein vernachlässigbares Niveau vermindert werden könnte. Auch wenn der Ehemann betone, nach anwaltlicher Beratung lediglich versucht zu haben, eine Entscheidung über die Nebenfolgen der Scheidung und die Kinderbelange vor einem amerikanischen Gericht zu erreichen, so erscheine die Wiederholung einer solchen Konstellation jederzeit wieder möglich. Die Gefahr sei nicht bloss abstrakt, sie habe sich 2019 realisiert. Vor diesem Hintergrund rechtfertige der behutsame Aufbau des Vertrauensverhältnisses unter allen Beteiligten auch eine zeitweise Einschränkung des Besuchsrechts. Sowohl ein Verbot, die Schweiz zu verlassen, wie auch die Hinterlegung des Passes stellten zulässige Weisungen im Falle einer bestätigten Entführungsgefahr dar. Demgegenüber dienten Auslandsreisen als solche im jetzigen Alter des Kindes weder dem Kindeswohl noch den Interessen des Ehemanns. Im Bericht des KJD werde festgehalten, dass das persönliche Verhältnis zwischen Ehemann und Tochter Ferien in den Vereinigten Staaten zwar zulassen würde, allerdings nur unter der Bedingung, dass die Ehegatten die «rechtlichen Aspekte» gemeinsam klären könnten. Davon seien sie aber weit entfernt. Um Besuche in den Vereinigten Staaten trotzdem zu ermöglichen, müssten also rechtliche Vorkehrungen getroffen werden, die auch im Konfliktfall eine direkte Rückführung ohne erneutes Gerichtsverfahren ermöglichen würden, was nach den Abklärungen der Ehefrau nicht machbar sei. In einem neuerlichen Konfliktfall müsste wiederum ein Gericht oder eine Behörde angerufen werden, wobei Abklärungen getroffen und ein rechtstaatliches Verfahren durchgeführt werden müssten, bevor über den Aufenthaltsort eines Kindes entschieden werden könne. Schneller und mit weniger Aufwand als 2019 lasse sich ein Gerichtsentscheid kaum erreichen. Eine Wiederholung der Belastungen von 2019 wäre aber zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu verantworten. Daran vermöchten auch die mehrfach bekräftigte Erklärung des Ehemanns nichts zu ändern, keine Entführung zu beabsichtigen. Unter diesen Voraussetzungen könnten zumindest im Rahmen der vorsorglichen Regelung

des Besuchsrechts während des laufenden Verfahrens keine Besuche in den Vereinigten Staaten bewilligt werden. Das Interesse des Ehemanns an Besuchen seiner Tochter bei ihm zuhause und bei seiner Familie müssten zurückstehen vor dem Risiko einer erneuten Belastung für Kind und Ehefrau.

3.

3.1 Mit seiner Berufung rügt der Berufungskläger zunächst die Feststellung der Vorinstanz, wie es zu den Ereignissen von 2019 gekommen sei. Er anerkennt, dass diese «letztendlich für sämtliche Beteiligten unglücklich verlaufen» seien. Wie die Vorinstanz selber festhalte, habe es sich aber nicht um eine Entführung gehandelt, weshalb es widersprüchlich sei, wenn man gleichwohl von einer konkreten Entführungsfahr ausgehe. Er macht geltend, eine amerikanische Anwältin wegen der von ihm gewünschten Scheidung konsultiert zu haben. Diese habe ihm erklärt, dass nach [...] Recht der Aufenthaltsort des Kindes mit Anhebung der Scheidungsklage nicht mehr verlegt werden könne, weshalb er das Kind zunächst länger in den Vereinigten Staaten behalten habe. Er bestreitet weiter, die Obhut über die Tochter für sich beantragt zu haben. Vielmehr habe er die gemeinsame elterliche Sorge und Obhut beantragt. So könne der in [...] eingereichten Scheidungsklage entnommen werden, dass die gemeinsame Tochter erwähnt und die gemeinsame elterliche Sorge und Obhut (physical custody) beantragt worden sei. Zudem sei die Tochter nicht drei Monate von der Mutter getrennt gewesen. Im Rahmen des Prozesses sei die Berufungsbeklagte in die Vereinigten Staaten gereist und habe C_____ umgehend betreuen können, wie er dies auch mit der Scheidungsklage zugesichert habe. Die Trennung habe daher nur anderthalb Monate gedauert. Via Videochat sei der Kontakt nie abgebrochen. Insgesamt sei daher nicht die unfreiwillige Trennung, sondern der darauffolgende Konflikt der Eltern belastend für die Tochter. Schliesslich werde er auch die gesamten, in den Vereinigten Staaten entstandenen Verfahrenskosten der Berufungsklägerin erstatten müssen. Vor diesem Hintergrund bestreitet der Berufungskläger vehement, dass die Bedenken der Ehefrau bezüglich der Gefahr einer erneuten Entführung des Kindes berechtigt seien. Er weist darauf hin, dass der Prozess des Aufbaus eines Vertrauensverhältnisses nun schon mehr als zwei Jahr dauere. Er hege keine Absicht, erneut ein vergleichbares Vorgehen wie im Jahr 2019 zu wählen, wobei es auch keine gegenteiligen Anhaltspunkte gebe. Er anerkenne die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte. Aufgrund der hohen Kosten des damaligen Verfahrens habe er vernünftigerweise keinerlei Interesse an einer erneuten juristischen Auseinandersetzung in den Vereinigten Staaten. Es bestehe daher kein Risiko für einen erneuten Rückführungsprozess mit den von der Vorinstanz skizzierten Folgen. Die damalige Situation sei mit der heutigen nicht vergleichbar. Die Vorinstanz habe eine entsprechende konkrete Gefahr nicht rechtsgenügend begründet.

3.2 Das Verbot einer derzeitigen Besuchsrechtsausübung im Ausland und insbesondere in den Vereinigten Staaten dient der Vermeidung einer erneuten, dortigen Zurückhaltung von C_____. Bei der Prüfung der Anforderungen an Kindschutzmassnahmen verhält sich das Gewicht einer möglicherweise drohenden Kindwohlverletzung umgekehrt proportional zur Wahrscheinlichkeit ihres Eintritts. Je schwerer sich eine mögliche Kindwohlverletzung auf das Kind und das Familiensystem auswirkt, umso geringer sind die Anforderungen an den Beleg ihrer aktuellen Drohung.

3.2.1 Dabei lässt sich nicht leugnen, dass der Berufungskläger mit dem Zurückhalten seiner Tochter im Jahr 2019, wenn nicht umgangssprachlich, so doch juristisch eine Kindsentführung im Sinne von Art. 3 HKÜ begangen hat (vgl. superprovisorischer

Entscheid des Zivilgerichts vom 20. August 2019 [EA.2019.15124], Beilage 20 zur Eingabe der Berufungsbeklagten vom 11. September 2019 [Vorakten Nr. 3], sowie Entscheid des US District Court [...] vom 7. Oktober 2019, Beilage 1 zur Eingabe der Berufungsbeklagten vom 15. Oktober 2019 [Vorakten Nr. 8]). Nachdem die Ehegatten ihre Heimat aufgrund ihres gemeinsamen Beschlusses im Oktober 2017 verlassen hatten, der Berufungskläger nach der Trennung Ende 2018 aber dorthin zurückgekehrt war, wollte er die Berufungsbeklagte ebenfalls von einer Rückkehr in die Vereinigten Staaten überzeugen (vgl. Deutsche Übersetzung des Entscheids des US District Court [...] vom 7. Oktober 2019, Beilage 3 zur Eingabe der Berufungsbeklagten vom 27. Januar 2020 [Vorakten Nr. 20], S. 9). In der Folge hat er das damals vor seiner Einschulung noch abwechslungsweise bei beiden Eltern lebende Kind mit seinem Verhalten im Sommer 2019 der Obhut der Berufungsbeklagten entzogen.

Daran ändern auch seine Anträge in dem von ihm in [...] eingeleiteten Scheidungsprozess nichts. Zwar hat der Berufungskläger unter Ziffer 6 des dort eingereichten Scheidungsformulars sowohl bezüglich der elterlichen Sorge (Legal custody) wie auch der Obhut (Physical custody) jeweils das Feld «Gemeinsam» (Joint) angekreuzt. Gleichzeitig hat er unter der gleichen Ziffer aber auch angekreuzt, dass der Berufungsbeklagten ein Besuchsrecht zukommen soll (Child visitation [parenting time] be granted to Respondent, Beilage 2 zur Eingabe des Berufungsklägers vom 27. Januar 2020 [Vorakten Nr. 18]). Vor dem Hintergrund des Wohnorts des Berufungsklägers in den Vereinigten Staaten und desjenigen der Berufungsbeklagten in der Schweiz einerseits sowie der anstehenden Einschulung des Kindes andererseits resultiert damit klar, dass auch nach Auffassung des Berufungsklägers nicht an eine geteilte respektive alternierende Obhut, welche geographische Nähe voraussetzt, gedacht sein konnte. Eine solche hätte daher vorausgesetzt, dass die Berufungsbeklagte gezwungenermassen ihre Anstellung in der Schweiz und ihren hiesigen Wohnsitz hätte aufgeben und dem Ansinnen des Berufungsklägers entsprechend wieder in die Vereinigten Staaten hätte emigrieren müssen. Da der Aufenthaltsort des Kindes gemäss der vom Berufungskläger selber geltend gemachten Rechtslage während des Scheidungsverfahrens nicht mehr hätte geändert werden können, hat der Berufungskläger der Berufungsbeklagten mit seinen dortigen Anträgen die Obhutsausübung an ihrem Wohnsitz entzogen. Dies verdeutlichen denn auch die von der Berufungsbeklagten nachgewiesenen Anträge, welche der Berufungskläger mit seiner Scheidungsklage in [...] gestellt hat. Als «Option One» bot er eine geteilte Obhut für die Tochter an, wenn beide Elternteile Wohnsitz in den Vereinigten Staaten haben. Für den Fall eines Verbleibs der Berufungsbeklagten in der Schweiz beantragte er aber explizit die alleinige Obhut über die Tochter und ein Besuchs- und Ferienrecht für die Mutter (act. 6/6). Soweit die Mutter während dem Rückführungsverfahren ihre Tochter in den Vereinigten Staaten hat sehen können, handelte es sich dabei im Ergebnis um eine zeitlich beschränkte Besuchsrechtsausübung, wie sie nun auch dem Berufungskläger selber zukommt, ohne dass von einer auf Dauer angelegten Obhut der Mutter hätte gesprochen werden können.

Vor diesem Hintergrund war das Verhalten des Berufungsklägers ohne Zweifel geeignet, die Berufungsbeklagte ■ mit den entsprechenden Auswirkungen auf das gesamte Familiensystem ■ massiv und nachhaltig psychisch zu belasten. Diese Belastung wurde durch die finanziellen Auswirkungen des notwendigen Prozesses in den Vereinigten Staaten für die Berufungsbeklagte noch zusätzlich aggraviert. Auch wenn der Berufungskläger geltend macht, diese Kosten tragen zu müssen, behauptet und belegt er nicht, dass er sie ihr

auch tatsächlich ersetzt hätte. Das Verhalten des Berufungsklägers ist daher geeignet, erhebliche Ängste vor einer möglichen Wiederholung dieser Geschehnisse bei der Mutter zu begründen.

3.2.2 Dem Berufungskläger ist zuzustimmen, dass aufgrund der erheblichen Folgen seines eigenmächtigen Verhaltens, mit welchem er im Jahr 2019 versucht hatte, der Berufungsbeklagten die von ihr in der Schweiz ausgeübte Obhut über ihre Tochter zu entziehen, geeignet sind, ihn von einer Wiederholung dieser Geschehnisse abzuhalten, was die Gefahr einer erneuten Kindsentführung verkleinern mag. Immerhin weist die Berufungsbeklagte aber nicht ohne Berechtigung auf die in objektiver Beurteilung der Interessenlage bestehende Gefahr einer Wiederholung der Geschehnisse aufgrund ihrer behaupteterweise nur begrenzten finanziellen Möglichkeiten einer erneuten Abwehr entsprechender Schritte des Berufungsklägers hin. Wie es sich damit verhält, braucht mangels einer Substantiierung und Belegung dieser Verhältnisse durch die Berufungsbeklagte nicht abschliessend beurteilt werden. Für die Frage der Notwendigkeit der Zulassung von Besuchskontakten zwischen Vater und Tochter im Ausland und insbesondere in den Vereinigten Staaten ist diese objektive Beurteilung allein nicht massgebend. Vielmehr gilt es auch der Belastung der Berufungsbeklagten als Hauptbezugsperson ihrer Tochter durch die damaligen Ereignisse und damit ihrer subjektiven Risikobeurteilung Rechnung zu tragen. Es gilt zu vermeiden, dass die Beziehung zwischen Mutter und Tochter durch Ängste einer Wiederholung der damaligen Ereignisse belastet wird.

3.2.3 Der Berufungskläger anerkennt eine effektive Belastung seiner Tochter, stellt aber in Frage, dass diese unmittelbar auf die Ereignisse im Sommer 2019 zurückgeführt werden könnten. Er vermute die Ursache vielmehr in der grundsätzlichen Trennungs- und Konfliktsituation zwischen den Eltern. Dabei sei auch der monatelange Kontaktabbruch zwischen Vater und Tochter, als C_____ ihn zwischen Oktober 2019 und Juli 2020 nicht habe sehen dürfen, nicht hilfreich. Es sei unklar, worin die Ursache der Trennungsängste und Schlafprobleme des Kindes lägen. Er bestreitet aber, dass C_____ ihre Ängste mit einer Reise in die Vereinigten Staaten verbinde.

Inwieweit die unbestrittene und im Therapiebericht von [...] vom 26. Oktober 2021 (act. 6/4) belegte Belastung des Kindes unmittelbar auf die Ereignisse vom Sommer 2019 zurückgeführt werden kann, bedarf keiner abschliessenden Beurteilung. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, worauf die vom Berufungskläger genannten Konflikte zwischen den Eltern sonst zurückgehen sollten. So gehen aus den Akten im Zeitraum vom Dezember 2018 (nach der Trennung) bis zu den Ereignissen im Sommer 2019 (gerichtliches Rückführungsverfahren) keinerlei Konflikte oder Schwierigkeiten zwischen den Ehegatten hervor, die sich besonders negativ auf das Kindeswohl ausgewirkt hätten. Vielmehr schienen sich die Ehegatten bis zu diesem Zeitpunkt gut verständigen und gegenseitig vertrauen zu können. So wurde C_____ denn auch von ihrer Kindergärtnerin [...] anlässlich ihres ersten Treffens am 16. Juni 2019 ■ daher bereits ungefähr ein halbes Jahr nach der Trennung ■ noch als glückliches und selbstsicheres Kind beschrieben («She did strike us as a happy child, having a bubbly personality with a lot of confidence»). Erst nach ihrer Rückkehr aus den Vereinigten Staaten und ihrer Einschulung am 12. Oktober 2019 habe sie dann einen anderen Eindruck gemacht («The once curious girl seemed different») und grosse Schwierigkeiten gehabt, sich von ihrer Mutter zu trennen (siehe Beilage 2 zur Eingabe der Berufungsbeklagten vom 17. März 2020 [Vorakten Nr. 36]). Somit geht die

Belastung des Kindes so oder anders, sei dies unmittelbar oder mittelbar, auf die Ereignisse im Sommer 2019 zurück.

3.2.4 Wie dem Bericht der Psychologin [...] vom 26. Oktober 2021 (act. 6/4) entnommen werden kann, gestaltet sich die Kontaktpflege zwischen dem Berufungskläger und seiner Tochter ■ mit der Unterstützung der Berufungsbeklagten ■ derzeit gut. Aufgrund dieser positiven Entwicklung gilt es nach Auffassung der Therapeutin des Kindes aus kinderpsychologischer Sicht die bestehenden Besuchskontakte «weiter wie gehabt aufrecht zu erhalten, so dass C_____ ihren Vater in diesem vorgegebenen Rahmen treffen, ihre Beziehung zu ihm gestalten kann und gleichzeitig durch die mütterliche Unterstützung ihre Trennungängstlichkeit zu kontrollieren lernt». Diese Stabilisierungsphase führe zu einer Kontinuität der Vater-Tochter-Kontakte bei gleichzeitiger Klarheit der Rahmenbedingungen in der Schweiz. Es gelte dabei auch, die Kooperation auf Elternebene zu stärken, um einem Loyalitätskonflikt seitens C_____s entgegenzuwirken.

3.2.5 Daraus folgt, dass die vom Berufungskläger initiierten Ereignisse im Jahr 2019 und die sich daraus ableitende Belastung von C_____ und der Berufungsbeklagten weiterhin Anlass geben, eine erneute Ausreise des Kindes mit seinem Vater im heutigen Zeitpunkt zu verhindern.

3.3 Weiter macht der Berufungskläger geltend, dass der Kontakt des Kindes mit seiner Verwandtschaft in den Vereinigten Staaten für dessen Kindeswohl unerlässlich sei. Zudem sei es wichtig, dass die Tochter ihre kulturelle Heimat kennenlerne, respektive nicht vergesse. Diese Kontakte mögen für das heranwachsende Kind tatsächlich von Bedeutung sein. Es ist aber nicht erkennbar, wieso die entsprechenden Kontakte und Kenntnisse dem heute siebenjährigen Kind nicht auch zu einem späteren Zeitpunkt mit vergleichbarer Wirkung auf seine Entwicklung gewährt und vermittelt werden könnten. Da es sich bei den genannten Verwandten nicht um nahe Bindungspersonen des Kindes handelt, ist eine Verlängerung der von den Parteien mit ihrer Emigration in die Schweiz in Kauf genommenen räumlichen Trennung hinzunehmen. Anders als bei nahen Bezugspersonen ist dabei auch nicht von einem Kontaktabbruch auszugehen, welcher eine bestehende Bindung nachhaltig unterbrechen könnte. Wie die Berufungsbeklagte zu Recht einwendet, könnte ein Kontakt zu den in den Vereinigten Staaten lebenden Verwandten zudem auch bei Besuchen in der Schweiz oder auch online hergestellt werden.

3.4 Der Berufungskläger verweist letztlich auf die «äusserst kostspieligen Reisen in die Schweiz», die er sich auf Dauer nicht mehr leisten könne. Seine finanziellen Möglichkeiten würden dadurch überschritten. Obwohl er zusätzliche Unterstützung aus seinem familiären Umfeld erhalte, könne er sich nicht weiter verschulden, ohne dass «seine finanzielle Existenz arg bedroht wäre». Er verweist auf die hohen Flugkosten, die Übernachtungen in Hotels und AirBnB sowie die im internationalen Vergleich höheren Verpflegungskosten in der Schweiz.

Der Berufungskläger übersieht dabei, dass die ■ gerade auch angesichts der unbestrittenen psychischen Belastung des Kindes ■ notwendigerweise von einem Elternteil zu begleitende Reise von C_____ nach Amerika mit deutlich höheren Flugkosten verbunden wäre. Sollte der Berufungskläger das Kind jeweils abholen und zurückbringen, müsste er neben den Flugkosten des Kindes jeweils zwei Retourflüge für sich selbst buchen und bezahlen. Die gleichen Kostenfolgen für ihn hätte auch die Begleitung des Kindes durch die Mutter oder eine Drittperson, kann von diesen doch nicht die Integration solcher Begleitreisen in eigene

Ferienplanungen verlangt werden. Demgegenüber können beim Aufenthalt selber Übernachtungskosten und Kosten für auswärtige Verpflegung gespart werden, wenn die Beherbergung während des Besuchkontakts in den eigenen Räumlichkeiten erfolgt. Insgesamt mag daraus, je nach Gestaltung der gemeinsamen Aufenthalte in den Vereinigten Staaten eine gewisse Kostenersparnis resultieren, welche nach dem Gesagten aber zu relativieren ist.

Wie die Berufungsbeklagte zu Recht einwendet, substantiiert und belegt der Berufungskläger nicht, wieso es ihm aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse auf Dauer nicht möglich sein soll, das Besuchsrecht in der Schweiz auszuüben. Daher vermag er auch die Gefahr, dass er zukünftig keine Besuche mehr in der Schweiz würde wahrnehmen können und C_____ die wieder aufgebaute physische Beziehung zu ihm verlieren würde, nicht zu untermauern. Im Übrigen kann es im vorliegenden vorsorglichen Verfahren keine Rolle spielen, ob es dem Berufungskläger auf Dauer möglich wäre, das Besuchsrecht wie bisher in der Schweiz auszuüben, zumal vorsorgliche Massnahmen gerade nicht dauerhaft angeordnet werden, sondern vorerst nur während des Scheidungsverfahrens in Kraft bleiben. Bei ausgewiesenem Bedürfnis steht es dem Berufungskläger zur gegebenen Zeit frei, ■ wiederum vorsorglich ■ aufgrund eines belegten finanziellen Engpasses die Bewilligung für eine Auslandsreise des Kindes zu beantragen. Auch dann aber bliebe abzuwägen, ob sich eine solche aufgrund der dannzumaligen Verhältnisse mit dem Kindeswohl vereinbaren liesse und ob der Vater hinreichend Gewähr dafür bieten könnte, dass das Kind rechtzeitig und vereinbarungsgemäss in die Schweiz zurückgebracht würde.

3.5 Insgesamt erweist sich daher die angefochtene Regelung der Besuchsrechtsausübung zur Wahrung des Kindeswohls derzeit als erforderlich, weshalb auf die Eventualanträge der Berufungsbeklagten und deren Begründung nicht weiter einzugehen ist. Dennoch erscheint es zutreffend, dass der Vorrichter im ersten Quartal 2022 auf entsprechenden Antrag hin bzw. gerade für die Zeit nach einer Regelung der Kinderbelange mit dem Scheidungsurteil eine Neu beurteilung der streitgegenständlichen Regelung des Ferienrechts ausdrücklich vorbehalten hat.

4.

4.1 Daraus folgt, dass die Berufung abzuweisen ist.

4.2 Vor diesem Hintergrund sind die Kosten des Verfahrens zu regeln.

4.2.1 Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO kann das Gericht in familienrechtlichen Verfahren von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Ob eine Verteilung nach Ermessen gestützt auf diese Bestimmung in familienrechtlichen Verfahren immer oder nur bei Vorliegen besonderer Umstände zulässig ist, ist umstritten (vgl. BGE 139 III 358 E. 3). Im Rechtsmittelverfahren, in dem den Parteien bereits ein Entscheid zu den materiellen Streitfragen vorliegt, rechtfertigt jedenfalls die familienrechtliche Natur des Verfahrens allein generell keine Abweichung vom Erfolgsprinzip (AGE ZB.2018.24 vom 21. November 2018 E. 8.1, ZB.2017.47 vom 4. April 2018 E. 2.4). Mangels besonderer Umstände sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens deshalb auch in familienrechtlichen Verfahren nach dem Erfolgsprinzip zu verteilen (AGE ZB.2021.24 vom 12. November 2021 E.

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