

ZOR.2022.19
(OF.2017.79)

Urteil vom 9. August 2022

Besetzung Oberrichter Six, Präsident
 Oberrichterin Vasvary
 Oberrichter Egloff
 Gerichtsschreiberin Albert

Kläger **A.**_____,
 [...] vertreten durch Rechtsanwalt Marc Dübendorfer,
 [...]

Beklagte **K.**_____,
 [...]

Gegenstand Ehescheidung; Besuchs- und Ferienrecht

Das Obergericht entnimmt den Akten:

1.

Die Parteien haben am 9. Juni 2010 vor dem Zivilstandsamt Lupfig AG geheiratet. Aus der Ehe sind die beiden Kinder E., geboren am tt.mm.2012, und F., geboren am tt.mm.2015, hervorgegangen.

2.

Am 9. Dezember 2016 leitete die Beklagte beim Bezirksgericht Lenzburg ein Eheschutzverfahren (Verfahren SF.2016.95) ein.

3.

3.1.

Am 5. Juli 2017 reichten die Parteien dem Bezirksgericht Lenzburg eine Scheidungskonvention zur Genehmigung ein (vorliegendes erstinstanzliches Verfahren OR.2017.79). Die Konvention sah u.a. die gemeinsame elterliche Sorge über die Kinder, die Obhut der Kinder bei der Beklagten sowie ein Besuchsrecht des Klägers ohne Übernachtungen montags, mittwochs, freitags und jeden zweiten Samstag vor.

3.2.

Am 24. April 2018 fand die Anhörung der Parteien vor der Präsidentin des Bezirksgerichts Lenzburg statt. Gleichentags verfügte die Präsidentin, dass die eingereichte Scheidungskonvention bezüglich der Kinderbetreuung und damit zusammenhängend auch betreffend den Kindes- und den nachehelichen Unterhalt nicht genehmigt werden könne und ordnete diesbezüglich die kontradiktorische Fortsetzung des Verfahrens an.

3.3.

Mit Verfügung der Präsidentin des Bezirksgerichts Lenzburg vom 13. Dezember 2018 (Verfahren OF.2017.79) wurde Rechtsanwalt Oliver Bulaty als Kindsvertreter von E. und F. eingesetzt.

4.

Mit Eheschutzentscheid der Präsidentin des Bezirksgerichts Lenzburg vom 6. Februar 2019 wurden die Kinder E. und F. unter die Obhut der Beklagten gestellt. Der Kläger wurde für berechtigt erklärt, F. jeweils montags und donnerstags von 06:50 Uhr bis 20:00 Uhr sowie jeden zweiten Samstag von 07:30 Uhr bis 20:00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen, sowie jährlich in Begleitung einer erwachsenen Person vier Wochen Ferien mit ihm zu verbringen. Für beide Kinder wurde eine Beistandschaft errichtet.

5.

5.1.

Am 12. August 2021 fand vor dem Bezirksgericht Lenzburg die Hauptverhandlung mit Zeugen- und Parteibefragung statt.

5.2.

Mit Entscheid vom 29. November 2021 erkannte das Bezirksgericht Lenzburg hinsichtlich des vorliegend noch strittigen Besuchs- und Ferienrechts zum Sohn F., dass der Kläger berechtigt sei, ihn jeweils am Montag und Donnerstag von 06:50 Uhr bis 20:00 Uhr sowie jeden zweiten Samstag von 07:30 Uhr bis spätestens 20:00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen sowie jährlich vier Wochen Ferien mit ihm in Begleitung einer erwachsenen Person zu verbringen.

6.

6.1.

Mit Berufung vom 21. März 2022 beantragte der Kläger, er sei berechtigt zu erklären, F. – anstatt jeden zweiten Samstag – jedes zweite Wochenende von Samstag von 07:30 Uhr bis Sonntag 18:00 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen, und – ohne Begleitung einer erwachsenen Person – jährlich vier Wochen Ferien mit F. zu verbringen.

6.2.

Mit Berufungsantwort vom 19. Mai 2022 beantragte die Beklagte, auf das Begehren des Klägers sei nicht einzutreten. Im Gegenteil sei die Erziehungsfähigkeit des Klägers und somit das geteilte Sorgerecht neu zu beurteilen. Die Obhut über die gemeinsamen Kinder E. und F. sei bei ihr zu belassen.

6.3.

Mit Eingabe vom 20. Mai 2022 stellte der Kindsvertreter den Antrag, die Berufung des Klägers sei abzuweisen.

6.4.

Der Kläger reichte am 7. Juni 2022 eine Stellungnahme ein, in welcher er an den mit Berufung gestellten Anträgen vollumfänglich festhielt.

6.5.

Mit Eingabe vom 10. bzw. 13. Juni 2022 verzichteten die Beklagte und der Kindsvertreter je auf eine weitere Stellungnahme.

Das Obergericht zieht in Erwägung:

1.

Die Berufung des Klägers richtet sich ausschliesslich gegen den Umfang und die Modalitäten des von der Vorinstanz hinsichtlich F. festgelegten Besuchs- und Ferienrechts.

Die Regelung sämtlicher Kinderbelange untersteht der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO), wobei das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist (Offizialmaxime, Art. 296 Abs. 3 ZPO). Eine Überprüfung der übrigen, nicht angefochtenen und damit grundsätzlich in Rechtskraft erwachsenen Scheidungsfolgen – darunter insbesondere die gemeinsame elterliche Sorge, die Obhutszuteilung an die Beklagte und das Absehen eines Besuchs- und Ferienrechts betreffend die Tochter E. – findet nicht statt, zumal sich eine solche auch unter dem Gesichtspunkt der Offizialmaxime nicht aufdrängt (siehe dazu unten).

2.

2.1.

Gemäss Art. 273 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, das in erster Linie dem Interesse des Kindes dient. Oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs ist das Kindeswohl. Entsprechend hat sich das Gericht in erster Linie an den Bedürfnissen des Kindes zu orientieren, die Interessen der Eltern haben hinter dem vorrangig massgebenden Kindeswohl zurückzustehen. In diesem Sinne hat auch der persönliche Verkehr zum Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei der Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_192/2021 vom 18. November 2021 E. 4.1; 5A_56/2020 vom 17. August 2020 E. 4.1 je mit Hinweisen).

2.2.

2.2.1.

Entgegen der Vorinstanz sind für das Obergericht keine stichhaltigen Gründe ersichtlich, wonach dem Kläger das hinsichtlich des Sohnes F. beantragte Übernachtungsrecht an den Besuchswochenenden sowie unbegleitete Ferien versagt werden müssten:

Wie die Vorinstanz zunächst zutreffend ausgeführt hat, besteht für F. seit Erlass des Eheschutzentscheids vom 6. Februar 2019 eine etablierte Besuchsrechtsregelung, welche die Parteien unter Berücksichtigung der

schulischen Einbindung von F. sowie der beruflichen Verpflichtungen der nach wie vor teilzeitarbeitenden Beklagten vereinbart haben (vgl. den Entscheid der Präsidentin des Bezirksgerichts Lenzburg SF.2016.95 vom 6. Februar 2019 Dispositivziffer 2.1). Im Interesse der Stabilisierung der Situation nach der Trennung sowie mit Blick auf F.s Alter mag diese Lösung den damaligen Verhältnissen angemessen gewesen sein. Für die künftige Regelung des Besuchs- und Ferienrechts dürfen die zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen jedoch nicht ausser Acht gelassen werden.

Einerseits sind seit der gerichtlichen Trennung nunmehr drei Jahre vergangen, in denen sich die Besuchsrechtsregelung eingependelt und die Situation stabilisiert hat. Die Besuche funktionieren nach übereinstimmender Aussage der Parteien grundsätzlich gut (GA act. 427 und 434) und auch die Kommunikation der Eltern scheint laut Aussage des Kindesvertreters den Umständen entsprechend intakt (GA act. 291). Insofern die Vorinstanz daher die Verweigerung von Übernachtungen beim Kläger mit dem pauschalen Verweis auf das «strapazierte Familiensystem» begründet, ist dem entgegen zu halten, dass elterliche Konflikte einer jeden Trennung inhärent und die Fronten im vorliegenden Fall nicht dermassen verhärtet sind, als dass deshalb auf eine Kindswohlgefährdung zu schliessen wäre. Kein anderes Ergebnis ist im Übrigen von der vom Kindsvertreter beantragten Befragung der Beiständin bzw. einem aktuellen Bericht derselben zu erwarten, zumal der Kindsvertreter mit dieser im Hinblick auf die Ausarbeitung der Berufungsantwort bereits Rücksprache genommen hat und sich daraus offenbar keinerlei entsprechende Anhaltspunkte ergeben haben (vgl. Berufungsbegründung des Kindsvertreters S. 3 f.). Der entsprechende prozessuale Eventualantrag des Kindsvertreters ist deshalb abzuweisen.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass F. heute sieben Jahre alt und dem Vorschulalter damit entwachsen ist. Obschon die Besuchsrechtsregelung in erster Linie an den Besonderheiten des Einzelfalls auszurichten ist und nicht schlechthin auf eine anerkannte Praxis abgestellt werden darf (BGE 144 III 10 E. 7.2), so stellt das bei Schulkindern zuweilen gerichtsüblich gewährte Kontaktrecht von zwei Wochenenden pro Monat sowie zwei bis drei Wochen Ferien jährlich nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Minimum dar. Ein so beschränktes Besuchsrecht muss sich folglich auf Grund der Umstände des konkreten Falls rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts 5A_290/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 142 III 481 E. 2.8), was – wie nachfolgend aufzuzeigen ist (vgl. Ziffer 2.2.2 ff.) – auf die vorliegenden Verhältnisse nicht zutrifft. Gleichzeitig ist bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts in Betracht zu ziehen, dass Übernachtungen zur Festigung und Vertiefung der Vater-Kind-Beziehung wichtig sind, welcher speziell bei Knaben bei der späteren Identitätsfindung ein hoher Stellenwert zukommt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_290/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 3.4.1;

5A_831/2018 vom 23. Juli 2019 E. 6.2). Vor diesem Hintergrund erscheint ein das bundesgerichtliche Minimum unterschreitendes und Übernachtungen ausschliessendes Besuchsrecht wie das vorinstanzlich zugesprochene unter den gegebenen Umständen nicht gerechtfertigt, zumal der Kläger sich seit F.s Geburt – während des Zusammenlebens als auch nach der Trennung – an der Kinderbetreuung beteiligt hat, der Kontakt nie unterbrochen war und F. nach wie vor gerne zu seinem Vater auf Besuch und mit ihm in die Ferien geht (vgl. Berufungsantwort des Kindesvertreters S. 4). Die Vater-Sohn-Beziehung ist daher intakt, von einer Entfremdung, welche ein Zuwarten mit Übernachtungen beim Vater unter Umständen rechtfertigen würde, kann keine Rede sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A_290/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 3.2).

2.2.2.

Auch die beim Kläger diagnostizierte und von ihm anerkannte Pädophilie ist mit der Vorinstanz und entgegen der Beklagten (vgl. vorinstanzliches Urteil E. 4.4.5; Berufungsantwort der Beklagten S. 1 f.) kein Grund, Übernachtungen beim Kläger zu verbieten.

Einerseits bestehen gemäss Gutachten keine Hinweise darauf, dass der Kläger sich auch zu gleichgeschlechtlichen Kindern hingezogen fühlen würde (GA act. 51). Andererseits wird die bestehende Besuchsrechtsregelung seit mehr als drei Jahren praktiziert, ohne dass es zu entsprechenden Grenzüberschreitungen gegenüber F. gekommen wäre. Wären die Parteien, insbesondere die Beklagte, welcher die Neigungen des Klägers von vornherein bekannt waren und die ihn sehr gut kennt, tatsächlich davon ausgegangen, dass vom Kläger eine Gefahr für einen Übergriff ausgeht, hätte sie unbegleiteten Besuchen – auch nicht tageweise – kaum freiwillig zugestimmt. Eine mehr als bloss theoretische Gefahr für das Wohl von F. lässt sich vor diesem Hintergrund somit nicht erstellen, weshalb die pädophile Neigung des Klägers eine Beschränkung des Besuchsrechts nicht zu rechtfertigen vermag (vgl. Art. 274 Abs. 2 ZGB).

2.2.3.

Schliesslich sind entgegen den Vorbringen der Beklagten keine anderen Umstände ersichtlich, aufgrund derer die Erziehungsfähigkeit des Klägers ernsthaft anzuzweifeln und aufgrund dessen das Besuchsrecht im Sinne der Vorinstanz zu beschränken oder gar die gemeinsame elterliche Sorge neu zu beurteilen wäre. Insbesondere die von der Beklagten wiederholt geäusserten Bedenken betreffend das Risikobewusstsein des Klägers sowie die in diesem Zusammenhang angeführten Vorfälle vermögen daran nichts zu ändern (vgl. Berufungsantwort der Beklagten S. 2 f.). Es handelt sich dabei primär um Streitfälle zwischen den Eltern sowie singuläre Verfehlungen, die das Verantwortungsbewusstsein des Klägers nicht in grundsätzlicher Weise in Frage stellen würden. In diesem Sinne hat auch die Gutachterin trotz des entsprechenden Hinweises auf das verminderte

Gefahrenbewusstsein dem Kläger die Erziehungsfähigkeit uneingeschränkt attestiert (GA act. 60). Sodann ist dem Kläger zugute zu halten, dass es seither zu keinen derartigen Vorfällen mehr gekommen ist (vgl. Berufungsantwort des Kindesvertreters S. 4) und er sich darum bemüht, die vorinstanzlichen Weisungen betreffend das Absolvieren von Erziehungskursen umzusetzen, zumal er diese teilweise bereits absolviert hat (vgl. Berufsbeilage 3). Dass er bis anhin noch nicht alle Kurse besucht hat, ist angesichts des eingereichten E-Mailverkehrs auch nicht in erster Linie dem fehlenden Willen oder der Nachlässigkeit des Klägers zuzuschreiben, weshalb der entsprechende Vorwurf seitens des Kindesvertreters unberechtigt ist (vgl. Berufungsantwort des Kindesvertreters S. 5 [oben]).

2.2.4.

Erscheint die vorinstanzliche Anordnung mit Bezug auf das verwehrte Übernachtungsrecht unter den gegebenen Verhältnissen nicht gerechtfertigt, muss dasselbe in der Konsequenz auch hinsichtlich der Auflage gelten, die Ferien in Begleitung einer erwachsenen Person zu verbringen: Ein begleitetes Besuchsrecht setzt konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls voraus (Urteil des Bundesgerichts 5A_984/2019 vom 20. April 2020 E. 3.2). Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, lassen sich solche weder an der Pädophilie des Klägers, an seinen Fähigkeiten, F. zu beaufsichtigen, noch an der familiären Situation an sich festmachen (vgl. Ziffer 2.2.1 ff. hiavor). Deshalb sowie in Anbetracht der Tatsache, dass Besuche bzw. Ferien unter Aufsicht für die Beteiligten nicht denselben Wert haben wie unbegleitete Besuche und Ferien, und deshalb die Eingriffsschwelle dafür nicht tiefer angesetzt werden darf, wie für eine Verweigerung oder einen Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr (Urteil des Bundesgerichts 5A_984/2019 vom 20. April 2020 E. 3.2), sind die Voraussetzungen für eine derartige Anordnung vorliegend nicht erfüllt. Dem Kläger sind daher vier Wochen Ferien mit F. ohne Begleitung einer anderen erwachsenen Person zu gewähren.

2.2.5.

Insgesamt ergibt sich, dass vorliegend keine valablen Gründe ersichtlich sind, weshalb das Besuchsrecht des Klägers zu seinem Sohn F. hinter dem bundesgerichtlich gewährten Minimum zurückbleiben sollte. Die Parteien haben sich bereits im Eheschutzverfahren einvernehmlich auf tageweise Besuche verständigt, das Berufungsverfahren erstreckt sich einzig auf das Übernachtungsrecht und die unbegleiteten Ferien. Inwiefern von einer entsprechenden Ausdehnung des Besuchsrechts eine konkrete Gefahr für F. ausgehen würde, erschliesst sich dem Obergericht nicht, weshalb die vorinstanzliche Regelung mit Blick auf das Kindeswohl nicht länger gerechtfertigt erscheint. Die Berufung des Klägers ist deshalb gutzuheissen und ihm sind zusätzlich zu den Besuchstagen am Montag und Donnerstag

ein Besuchsrecht jedes zweite Wochenende von Samstag, 07:30 Uhr bis Sonntag, 18:00 Uhr sowie vier Wochen Ferien ohne zusätzliche Begleitung zu gewähren.

3.

3.1.

Die Berufung des Klägers ist vollumfänglich gutzuheissen. Die Kosten für das Berufungsverfahren sind auf Fr. 2'000.00 festzusetzen (§ 7 Abs. 4 VKD i.V.m. § 11 VKD) und ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Zudem hat die unterliegende Beklagte dem Kläger eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren zu bezahlen. Die Grundentschädigung ist im Hinblick auf den beschränkten Gegenstand des Verfahrens auf Fr. 3'000.00 festzusetzen (vgl. § 3 Abs. 1 lit. b und d AnwT). Unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % für die fehlende Verhandlung (vgl. § 6 Abs. 2 AnwT), eines Rechtsmittelabzugs von 25 % (vgl. § 8 AnwT), der Auslagenpauschale von praxismässig 3 % (vgl. § 13 Abs. 1 AnwT) sowie der Mehrwertsteuer von 7.7 % resultiert daraus eine Parteientschädigung von gerundet Fr. 2'000.00.

3.2.

Nebst der Entscheidgebühr fallen auch die Kosten des gerichtlich bestellten Vertreters des Kindes unter die Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO i.V.m. Art. 299 Abs. 1 ZPO). Der durch die Vorinstanz als Kindsvertreter bestellte Rechtsanwalt Oliver Bulaty ist für das Berufungsverfahren gestützt auf die eingereichte Kostennote mit Fr. 1'369.40 zu entschädigen. Für die Vorinstanz wird unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung in BGE 142 III 153 E. 5.3.4 in Zukunft zu beachten sein, dass die Einsetzung von Rechtsanwälten für die Vertretung des Kindes im Verfahren die Ausnahme darstellt, insbesondere dann, wenn dessen Aufgabenbereich wie im vorliegenden Verfahren nicht primär anwaltliche Tätigkeiten im eigentlichen Sinne umfasst, sondern sich im Wesentlichen auf Abklärungstätigkeiten beschränkt.

Das Obergericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Berufung des Klägers werden die Dispositivziffer 2.2.3. und 3.1.1. des Entscheids des Bezirksgerichts Lenzburg, Familiengericht vom 29. November 2021 aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

2.2.3.

Der Kläger ist berechtigt, den Sohn F. jeweils am Montag und Donnerstag von 06:50 Uhr bis 20:00 Uhr sowie jedes zweite Wochenende von Samstag, 07:30 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr, zu sich auf Besuch zu nehmen.

Der Kläger ist berechtigt, jährlich vier Wochen Ferien mit F. zu verbringen. Der Kläger hat den Zeitpunkt der Ferien 2 Monate im Voraus mit der Beklagten abzusprechen, wobei auf die gegenseitigen Wünsche Rücksicht zu nehmen ist.

3.3.1.

Die für beide Kinder bestehende Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB umfasst folgende abschliessend genannte Aufgabenbereiche:

- Die Eltern in ihrer Sorge um die Kinder E. und F. mit Rat und Tat zu unterstützen;
- Die Beistandin hat den Eltern bei Schwierigkeiten in der Ausübung des Besuchs- und Ferienrechts für F. zur Seite zu stehen.

2.

2.1.

Die obergerichtlichen Gerichtskosten, bestehend aus der Entscheidgebühr von Fr. 2'000.00 sowie den Kosten für die Vertretung des Kindes von Fr. 1'369.40, werden der Beklagten auferlegt und im Umfang von Fr. 2'000.00 mit dem vom Kläger bezahlten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte hat die Differenz von Fr. 1'369.40 der Obergerichtskasse nachzuzahlen und dem Kläger Fr. 2'000.00 direkt zu ersetzen.

2.2.

Der Kindsvertreter, Rechtsanwalt Oliver Bulaty, wird mit Fr. 1'369.40 aus der Gerichtskasse entschädigt.

2.3.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.00 zu bezahlen.

Zustellung an:
[...]

Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen (Art. 42 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen,

inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

Aarau, 9. August 2022

Obergericht des Kantons Aargau

Zivilgericht, 2. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Six

Albert