

2. Zivilrecht

3649

Besuchsrecht. Kriterien für die Verweigerung des Besuchsrechts. Die Gewährung des Besuchsrechts kann von Auflagen abhängig gemacht werden. Im vorliegenden Fall wird dem besuchsberechtigten Elternteil die Auflage gemacht, während der Kontakte zu seinem Sohn keine Drogen zu konsumieren.

Abgrenzung der Aufgaben des Eheschutzrichters und des Beistands. Es ist nicht zulässig, die Prüfung der Voraussetzungen für die Anordnung eines Besuchsrechts dem Beistand zu übertragen und diesem die Kompetenz zu erteilen, den zeitlichen Umfang des Besuchsrechts festzulegen.

Aus den Erwägungen:

2. Aufgabenteilung Eheschutzrichter – Beistand beim Besuchsrecht.

2.1 Die erstinstanzliche Richterin hat den Umfang des Besuchsrechts festgelegt und gleichzeitig eine Besuchsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zur Unterstützung der Eltern bei der Ausübung des Besuchsrechts errichtet.

2.2 Die Berufungsklägerin beantragt in der Berufung Aufhebung der konkreten zeitlichen Festlegung des Besuchsrechts und Übertragung dieser Aufgabe auf den Beistand. Sie ist der Auffassung, die Voraussetzungen der Ausübung des Besuchsrechts seien vorerst durch den Beistand abzuklären. Erst danach könne das Besuchsrecht in die Wege geleitet werden.

2.3 [...]

2.4 Die Berufungsklägerin geht hinsichtlich der Anordnung des Besuchsrechts von einer falschen Aufgabenteilung zwischen Richter und Beistand aus.

Im Falle der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes hat der Eheschutzrichter gestützt auf Art. 176 Abs. 3 ZGB die nötigen Massnahmen zu treffen. Dazu gehört die Regelung der Kontakte zwischen dem Elternteil, dem die persönliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und dem minderjährigen Kind (Art. 273 Abs. 1 ZGB). In jedem Fall sind Zeitpunkt und Zeitrahmen festzulegen (Cyril Hegnauer, Zivilgesetzbuch, Berner Kommentar, Bern 1997, N 36 zu Art. 275 ZGB). Der Richter darf sich dabei nicht mit einer allgemeinen Um-

schreibung des Umfangs des Besuchsrechts begnügen. Vielmehr soll er im Urteil neben der Häufigkeit der Besuche auch deren Dauer sowie den Besuchsort möglichst präzise festlegen. Nur ein solchermassen nach Ort, Zeit und Umfang erschöpfend geordnetes Besuchsrecht lässt sich nötigenfalls auf dem Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzen. Ist das Wohl des Kindes gefährdet, trifft der Eheschutzrichter zudem die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die Kindesschutzbehörde mit dem Vollzug (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Erfordern es die Verhältnisse, so kann dem Kind etwa ein Beistand beigegeben werden, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt (Art. 308 Abs. 1 ZGB). Dem Beistand können dabei besondere Befugnisse und Aufgaben übertragen werden (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Eine wichtige Befugnis, die dem Beistand übertragen werden kann, bildet die Überwachung des persönlichen Verkehrs, welche Möglichkeit in Art. 308 Abs. 2 ZGB ausdrücklich vorgesehen ist. Die Beistandschaft ist eine hoheitliche Kindesschutzmassnahme. Sie zielt auf aktives, autoritatives und kontinuierliches Einwirken auf die Erziehungsarbeit der Eltern und das Verhalten der Kinder ab. Sie greift in die elterliche Sorge ein und schränkt diese entsprechend ein (*Peter Breitschmid*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014, N 2 zu Art. 308 ZGB). Ordnet der Richter eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB an, so hat er die Pflichten des Beistandes klar zu umschreiben. Es verletzt Bundesrecht, wenn dem Beistand die Aufgabe übertragen wird, das Besuchsrecht anzupassen oder gar festzulegen (Urteil BGer 5C.146/2004, E. 4.2, mit Hinweis auf BGE 118 II 241 E. 2; Die Praxis des Kantonsgerichts Graubünden [PKG] 2008, S. 10 ff.). Nicht zulässig ist es auch, einem Elternteil den persönlichen Verkehr mit seinem Kinde zu verweigern und es dem Beistand zu überlassen, begleitete Besuchstage zu organisieren. Hingegen kann der Beistand mit der Überwachung des persönlichen Verkehrs und der Regelung von Über- und Rückgabe des Kindes im Einzelnen betraut werden (BGE 128 III 411 E. 3, BGE 122 III 404 E. 3d und BGE 118 II 241 E. 2d.; *Cyril Hegnauer*, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. A., Bern 1999, Rz. 19.31 ff., Rz. 27.20; *Heinz Hausheer*, Die drittüberwachte Besuchsrechtsausübung, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen [ZVW] 1/1998, S. 17 ff., insbesondere S. 38 f.). Der Beistand hat im Rahmen der gerichtlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung die für einen reibungslosen Verlauf der einzelnen Besuche nötigen Modalitäten (*Yvo Biderbost*, Die Erziehungsbeistandschaft [Art. 308 ZGB], Diss. Freiburg 1996, S. 316 ff.). so festzusetzen, dass Spannungen abgebaut, negative Beeinflussungen vermieden und die Beteiligten bei Problemen beraten werden (*Peter Breitschmid*, a.a.O., N 14 zu Art. 308 ZGB). Der Eheschutzrichter hat die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern nicht bloss temporär, sondern nach Massgabe der zur Zeit der Urteilsfällung gegebenen und der für die Zukunft voraussehbaren tatsächlichen Verhältnisse grundsätzlich endgültig und dauerhaft zu ordnen. Mit diesem Grundsatz ist es

etwa nicht vereinbar, ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen, ohne sich darüber auszusprechen, ob diese Auflage auf unbestimmte oder auf bestimmte Zeit anzulegen ist. Es obliegt mit anderen Worten immer dem Eheschutzrichter, den persönlichen Verkehr zwischen dem nicht obhutsberechtigten Elternteil und seinem Kind abschliessend zu regeln. Eine Delegation dieser Aufgabe ist ausgeschlossen.

Es ist deshalb nicht zulässig, wie dies die Berufungsklägerin beantragt, zum einen die Prüfung der Voraussetzungen für die Anordnung eines Besuchsrechts dem Beistand zu übertragen und zum anderen dem Beistand die Kompetenz zu erteilen, den zeitlichen Umfang des Besuchsrechts selbst festzulegen. In diesem Punkt ist die Berufung abzuweisen.

[...]

3. Verweigerung eines Besuchsrechts

3.1 [...]

3.2 [...]

3.3 Die Berufungsklägerin ist zunächst der Auffassung, dem Berufungsbeklagten könne das Kind nur übergeben werden, wenn belegt sei, dass er keine Drogen mehr konsumiere. Sie verlangt in diesem Zusammenhang die Abgabe von Urinproben durch den Berufungsbeklagten.

Die Berufungsklägerin scheint zu übersehen, dass es im vorliegenden Fall nicht darum geht, unterschiedliche Weltanschauungen oder Lebensweisen zu beurteilen. Zur Diskussion steht ein Besuchsrecht und – damit verbunden – die Frage einer Beeinträchtigung des Kindeswohles. Allein aus dem Umstand, dass jemand Rauschmittel konsumiert, kann noch nicht abgeleitet werden, dass diese Person zwingend und automatisch Handlungen vornimmt, die das Wohl des Kindes schädigen. Ähnliche Fragestellungen ergeben sich auch im Zusammenhang mit der Zugehörigkeit zu Sekten oder zu Gruppierungen politischer Extremisten. Es steht jedem Bewohner in der Schweiz grundsätzlich frei, sein Leben so zu gestalten, wie er dies für richtig hält. Ebenso steht jedem anderen Bewohner das Recht zu, sein Leben anders zu gestalten und sein Handeln nach einer anderen Wertordnung auszurichten. Aus einem daraus entstehenden Gegensatz, der auch zwei Elternteile betreffen kann, darf aber nicht ohne weiteres auf eine Kindesgefährdung geschlossen werden. Der eine Elternteil hat zu akzeptieren, dass der andere sein Leben anders ausrichtet. Nur wenn ausreichende Anzeichen dafür bestehen, dass die Lebensführung eines Elternteils konkret zu einer Beeinträchtigung der Interessen des Kindes führen kann, ist es angezeigt, zum Schutz des Kindes Massnahmen zu ergreifen. Mit der Vorderrichterin ist davon auszugehen, dass solche Anzeichen im vorliegenden Fall fehlen.

3.4 Die Berufungsklägerin führt sodann die unklaren Wohnverhältnisse des Berufungsbeklagten als Grund für eine Verweigerung des Besuchsrechts ins Feld. Die K. AG hat in ihrem ersten Bericht vom 25. März 2013 tatsächlich festgestellt, die Wohnverhältnisse des Berufungsbeklagten in Z. und W. seien

nicht kindgerecht. Nach dem Umzug des Berufungsbeklagten in den Kanton Glarus wurde die K. AG deshalb beauftragt, den neuen Aufenthaltsort in L. im Hinblick auf die Bedürfnisse eines Kindes zu prüfen. Diese Prüfung hat ergeben, dass die Wohnverhältnisse familien- und kindgerecht sind. Zwischenzeitlich hat der Berufungsbeklagte seinen Wohnort ein weiteres Mal gewechselt (nach H.). Wiederum verlangt die Berufungsklägerin eine Kontrolle der Wohnverhältnisse. Allein das Misstrauen der Berufungsklägerin genügt nicht, dass das Gericht einer Drittperson einen weiteren Prüfungsauftrag erteilt. Der Berufungsbeklagte steht nicht unter Generalverdacht, seine Wohnsitzwahl widerspreche grundsätzlich den Interessen seines Kindes. Amtliche Massnahmen werden nur angeordnet, wenn dafür ausreichender Anlass besteht. Ein blosses Misstrauen genügt dafür, wie gesagt, nicht. Erforderlich wäre zumindest die Glaubhaftmachung von Anzeichen oder Hinweisen auf eine Gefährdung des Kindeswohls. Solche Anzeichen oder Hinweise hat die Berufungsklägerin nicht geltend gemacht.

3.5 Im Weiteren verlangt die Berufungsklägerin als Voraussetzung für die Einräumung eines Besuchsrechts die Vorlage eines Strafregistrauszuges, einer Bestätigung der Einwohnerkontrolle, des Mietvertrages und des Arbeitsvertrages. Die Berufungsklägerin ist eine plausible Erklärung dafür schuldig geblieben, welcher Zusammenhang zwischen den beiden genannten Verträgen und den Kontakten zwischen einem Elternteil und seinem Kind bestehen soll. Abgesehen davon, dass solche Verträge auch mündlich geschlossen werden können, kann der Anspruch eines Elternteils auf ein Besuchsrecht nicht davon abhängen, dass ein Arbeitsverhältnis besteht. Auch stellenlosen oder vollinvaliden Eltern steht selbstverständlich das Recht zu, Zeit mit ihren Kindern zu verbringen. Nur ungern erinnert man sich als Bewohner dieses Landes an Ereignisse vergangener Zeiten, in denen diesbezüglich teilweise andere Auffassungen vertreten worden sind (Stichworte „Kinder der Landstrasse“ und „Verdingkinder“). Der Mietvertrag liegt nun vor. Hinsichtlich des Strafregistrauszuges fehlen ebenfalls konkrete Hinweise darauf, dass aus vergangenerm Verhalten des Berufungsklägers mit einiger Wahrscheinlichkeit auf mögliche Verletzungen der Kindesinteressen geschlossen werden muss. Gleiches gilt für die Bestätigung der Einwohnerkontrolle.

Ohne Einfluss auf den Anspruch des Berufungsbeklagten auf Kontakte zu seinem Kind ist der Umstand, dass im Moment keine Unterhaltszahlungen geleistet werden (*Büchler/Wirz*, in: Ingeborg Schwenzer [Hrsg.], *FamKommentar Scheidung*, 2. A., Bern 2010, N 28a zu Art. 273 ZGB; *Cyril Hegnauer*, *Berner Kommentar*, N 59 zu Art. 273 ZGB). Die Berufungsklägerin war denn auch nicht der Lage, dazu anderslautende Meinungen in Lehre und Rechtsprechung anzuführen.

[...]

4.6 Auch wenn unter Erwägung 3 festgestellt worden ist, der Konsum von Drogen sei kein Grund für eine Verweigerung des Besuchsrechts, bedeutet dies keinen Freipass für den Berufungsbeklagten, in Anwesenheit des Kindes Drogen zu konsumieren. Dies scheint der Berufungsbeklagte einzusehen, hat er doch mehrfach unaufgefordert zugesichert, in Gegenwart des Kindes bzw. während der Zeiten, in denen er sein Kind alleine betreuen muss bzw. darf, auf den Konsum von Drogen zu verzichten. Dieser Verzicht stellt mehr als ein „nice to have“ dar und muss im Interesse des Kindes verbindlich verlangt werden. Entsprechend wird das Besuchsrecht mit einer Auflage verbunden, wonach dem Berufungsbeklagten verboten wird, während der Kontakte zu seinem Sohn Drogen zu konsumieren.

4.7 Die Vorderrichterin hat der Beiständin insbesondere den Auftrag erteilt, für eine geregelte Übergabe von C. besorgt zu sein. Dazu gehört in einer ersten Phase nicht nur der äussere Ablauf, sondern auch eine grobe Prüfung, ob sich der Berufungsbeklagte an das soeben verfügte und von ihm selbst zugesicherte Abstinenzgebot hält. Sollte die Beiständin anlässlich einer Übergabe beim Berufungsbeklagten offensichtliche Anzeichen von Ange-trunkenheit oder Berausung durch Drogen feststellen, ist sie berechtigt, die Übergabe abubrechen und das Besuchsrecht des entsprechenden Termins zu verweigern. Es wird von der Beiständin kein Einsatz von Hilfsmitteln (Drogen- oder Alkoholschnelltest) verlangt oder erwartet. Es genügt die Verwendung ihrer Sinne. Eine Auflage, zu jedem Besuchstermin ein ärztliches Attest mitzubringen, wonach kein Cannabis konsumiert wurde, ist weniger geeignet, zumal der Test einige Tage vorher gemacht wird und keine Abstinenz unmittelbar vor dem Besuch garantiert (vgl. auch den Entscheid BGer 5A_877/2013, E. 6.2, zusammengefasst in Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz [ZKE] 2014, S. 155 f.).

Es ist angezeigt, in Ergänzung zu Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Entscheids, der Beiständin verbindlich die Aufgabe zu übertragen, die Übergabe des Kindes in der ersten dreimonatigen Phase persönlich oder durch eine von ihr dazu beauftragte Person zu überwachen (Zur Zulässigkeit der Delegation von Aufgaben an eine Drittperson: Urteil BGer 5C.146/2004, E. 4.2; *Peter Breitschmid*, a.a.O., N 15 zu Art. 308 ZGB).

4.8 Der guten Ordnung halber sei darauf hingewiesen, dass der Besuchsberechtigte das Holen und Bringen des Kindes sowie die mit dem Besuchsrecht verbundenen Kosten zu übernehmen hat (*Büchler/Wirz*, a.a.O., N 25 zu Art. 273 ZGB; *Schwenzer/Cottier*, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2014, N 18 und 20 zu Art. 273; *Cyril Hegnauer*, Kommentar, N 143 und 146 zu Art. 273 ZGB; *Peter Breitschmid*, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. A., Zürich 2012, N 7 zu Art. 273 ZGB). Ausgefallene Besuche sind immer dann nachzuholen, wenn sie aus Gründen, die die Obhutsberechtigte zu vertreten hat, nicht haben wahrgenommen werden können (*Büchler/Wirz*, a.a.O., N 26 zu Art. 273 ZGB; *Schwenzer/Cottier*,

a.a.O., N 16 zu Art. 273 ZGB; *Cyril Hegnauer*, Kommentar, N 130 ff. zu Art. 273 ZGB; Urteil BGer 5C.146/2004, E. 4.3).

OGP, 09.04.2015

3650

Werkvertrag. Abnahme und Genehmigung des Werks durch den Besteller (Art. 370 OR). Prototyp eines Anhängers im Testbetrieb.

Aus den Erwägungen:

2.5 [...]

Wird das abgelieferte Werk vom Besteller ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt, so ist der Unternehmer von seiner Haftpflicht befreit, soweit es sich nicht um Mängel handelt, die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden (Art. 370 Abs. 1 OR). Stillschweigende Genehmigung wird angenommen, wenn der Besteller die gesetzlich vorgenommene Prüfung und Anzeige unterlässt (Art. 370 Abs. 2 OR). Genehmigung ist eine Willenserklärung des Bestellers, das abgelieferte Werk als vertragsgemäss gelten zu lassen (*Zindel/Pulver*, Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2011, N 2 zu Art. 370). Der Ablieferung durch den Unternehmer, welche die Fertigstellung („Vollendung“) des Werkes voraussetzt, entspricht die Abnahme durch den Besteller, die auch stillschweigend, durch zweckentsprechenden Gebrauch des Werkes, erfolgen kann. Ein besonderer Abnahmewille des Bestellers oder seines Vertreters ist nicht erforderlich (*Zindel/Pulver*, a.a.O., N 3 zu Art. 370). Eine stillschweigende Genehmigung kann – vom Sonderfall von Art. 370 Abs. 2 OR abgesehen – als konkludentes Verhalten oder als Schweigen namentlich vorliegen, wenn der Besteller das Werk vorbehaltlos entgegennimmt oder darüber verfügt (es gebraucht, verändert oder ggf. verbraucht; *Zindel/Pulver*, a.a.O., N 11 zu Art. 370). Der Unternehmer hat die Genehmigung des abgelieferten Werkes durch den Besteller nach Art. 370 Abs. 1 OR zu beweisen (*Zindel/Pulver*, a.a.O., N 26 zu 370).

Die Berufungsklägerin A. AG bestreitet, dass es bezüglich des bestellten Anhängers zu einer werkvertraglichen Ablieferung bzw. Abnahme gekommen ist. Diese Frage ist daher im Lichte der aufgeführten Rechtsprechung zu prüfen. Bejaht man die Ablieferung bzw. Abnahme des Werkes, ist danach zu fragen, ob das Werk von der Berufungsklägerin genehmigt wurde, soweit allfällige Mängel bei einer ordnungsmässigen Prüfung erkennbar waren. Dafür trägt der Berufungsbeklagte B. die Beweislast. Folgende Ereignisse erscheinen in diesem Zusammenhang als für die Beurteilung relevant: