

# **BGer 5A\_240/2023 vom 27. September 2023**

Bundesgericht, 2023-09-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_240\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_240_2023)

FR: TF 5A\_240/2023 du 27 septembre 2023

IT: TF 5A\_240/2023 del 27 settembre 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; zuletzt BGE 148 IV 155 E. 1).

### **E. 1.2**

Angefochten ist der Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts ( Art. 75 BGG ), das auf die Berufung mangels Anfechtungsobjekt nicht eingetreten ist. Vor Bundesgericht angefochten ist einzig dieser Nichteintretensentscheid als Endentscheid ( Art. 90 BGG ), nicht aber die prozessleitende Verfügung, dem Beschwerdegegner das rechtliche Gehör zur eventualiter eingereichten Beschwerde zu gewähren (s. oben Sachverhalt Bst. A.h). In der Sache dreht sich der Streit um den persönlichen Verkehr zwischen dem Vater und seinem minderjährigen Sohn. Das ist eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und weist sich über ein schützenswertes Interesse aus ( Art. 76 BGG ).

### **E. 2.1**

Der Entscheid, auf die Berufung nicht einzutreten, erfolgte im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren. Deshalb gilt im hiesigen Verfahren Art. 98 BGG ( BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2). Die Beschwerdeführerin kann somit nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte geltend machen. Diesbezüglich findet das Rügeprinzip Anwendung ( BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen). Gleiches gilt für Beanstandungen betreffend den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ( Art. 105 Abs. 1 BGG ; BGE 133 III 585 E. 4.1). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin verlangt gestützt auf Art. 99 Abs. 1 BGG , als zulässiges Novum ihre Eingabe vom 5. Oktober 2021 an das Bezirksgericht beizuziehen und zu berücksichtigen. Der Antrag ist gegenstandslos. Das besagte Schriftstück bildet Teil der vorinstanzlichen Akten, die das Bundesgericht von Amtes wegen beigezogen hat.

### **E. 3**

Umstritten ist, ob die Verfügung des Bezirksgerichts vom 16. Dezember 2022 ein für die Berufung taugliches Anfechtungsobjekt bildet.

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz verweist auf Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung vom 10. September 2021 (s. Sachverhalt Bst. A.b). Danach sei für das väterliche Besuchsrecht von drei Phasen auszugehen: Zweistündige begleitete Besuche in einem Besuchstreff oder einer ähnlichen Institution, vierstündige solche Besuche und schliesslich vierstündige unbegleitete Besuche mit begleiteten Übergaben. Das Bezirksgericht habe den Übergang zur jeweils nächsten Phase davon abhängig gemacht, dass die vorhergehende nach Einschätzung der Beistandsperson gut klappte. Im Hinblick auf die letzte Phase habe das Bezirksgericht angeordnet, dass die Beistandsperson vor dem Übergang zu dieser Phase einen Bericht über die erfolgten Besuche einzureichen habe. Zudem sollten die Besuche nur an für D.A.\_\_\_\_\_ geeigneten Orten stattfinden. Bereits aus diesem letzten Satz werde ersichtlich, dass die unbegleiteten Besuche nur von der Einschätzung der Beistandsperson abhängig seien. Insbesondere sei den Parteien nicht angekündigt worden, dass sie sich vorab zum Bericht der Beistandsperson äussern könnten und erst danach über ein unbegleitetes Besuchsrecht befunden würde. Bestätigt werde dies in Dispositiv-Ziffer 6 der fraglichen Verfügung, wonach die Beistandsperson ermächtigt werde, dem Vater mit Blick auf die Tagesbesuche Weisungen zum Ort zu machen bzw. die Tagesbesuche an Orten zu untersagen, die zur Besuchsrechtsausübung ungeeignet erscheinen. Mit seinem Vorbehalt, das festgesetzte Besuchsrecht nach Eingang des Berichts anzupassen, habe das Bezirksgericht lediglich zum Ausdruck gebracht, dass es das unbegleitete Besuchsrecht auch anpassen könne, sollte sich dies aufgrund des Berichts aufdrängen. Sollte die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin der Meinung gewesen sein, dass das Dispositiv der Verfügung dem Inhalt der Verfügung widerspricht, hätte sie gemäss Art. 334 Abs. 1 ZPO eine Berichtigung oder Erläuterung verlangen müssen. Die Tragweite von Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung vom 10. September 2021 sei aber klar. Es sei demzufolge nicht erforderlich, die Erwägungen des Bezirksgerichts heranzuziehen.

Gleichwohl weist das Obergericht auf die bezirksgerichtlichen Erwägungen hin, wonach vor dem Übergang zu unbegleiteten Besuchen der Bericht der Beistandsperson abzuwarten sei und das Bezirksgericht unter Berücksichtigung der Berichte und der hiezu eingeholten Stellungnahmen der Parteien von Amtes wegen über die weitere Ausgestaltung des Besuchsrechts entscheiden werde. Anders als die Beschwerdeführerin meine, erfasse die "weitere Ausgestaltung des Besuchsrechts" nicht bereits die Phase unbegleiteter Besuche. Es sei nirgends davon die Rede, dass die zweite Phase solange dauern (oder gar aufhören) werde, bis die Stellungnahmen zum Bericht und der Entscheid über die dritte Phase vorliegt. Die "weitere Ausgestaltung des Besuchsrechts" betreffe die Zeit nach der dritten Phase mit dem unbegleiteten Besuchsrecht mit begleiteten Übergaben. Die dritte Phase sollte nach der Vorstellung des Bezirksgerichts offenbar dazu genutzt werden, das Verfahren für das weitere Besuchsrecht abzuwickeln. Schliesslich stellt das Obergericht klar, dass das Bezirksgericht keinen neuen Entscheid fällte, als es in Dispositiv-Ziffer 4 seiner Verfügung vom 16. Dezember 2022 nochmals festhielt, dass der erste Besuch mit begleiteten Übergaben am 23. Dezember 2022 stattfinde, denn die Beiständin habe dieses Treffen bereits am 1. Dezember 2022 festgesetzt.

Gestützt auf diese Erwägungen pflichtet das Obergericht dem Bezirksgericht darin bei, dass hinsichtlich des unbegleiteten Besuchsrechts mit begleiteten Übergaben kein separater Entscheid erforderlich sei. Soweit sie sich gegen die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der Verfügung vom 16. Dezember 2022 richte, sei auf die Berufung in Ermangelung eines Anfechtungsobjekts nicht einzutreten.

### E. 3.2

Die Beschwerdeführerin rügt eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts und Willkür in der Rechtsanwendung ( Art. 9 BV ). Das Bezirksgericht habe in der Verfügung vom 10. September 2021 einen Entscheid zum Übergang von begleiteten zu unbegleiteten Besuchen ausdrücklich vorbehalten, einen solchen Entscheid aber nie gefällt. Mit der Vormerknahme in Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung vom 16. Dezember 2022 habe das Bezirksgericht daher unbegleitete Besuche angeordnet, ohne das in der früheren Verfügung vorgesehene Verfahren durchzuführen und insbesondere ohne sie, die Beschwerdeführerin, einzubeziehen. Die Vorinstanz lege die bezirksgerichtliche Verfügung vom 10. September 2021 offensichtlich unrichtig aus.

Die Beschwerdeführerin argumentiert, dass das Bezirksgericht den Übergang von begleiteten zu unbegleiteten Besuchen nicht der Beiständin überliess, sondern von ihr verlangte, zunächst einen Bericht über die erfolgten Besuche einzureichen, und sich eine Anpassung des Besuchsrechts nach Eingang dieses Berichts vorbehielt. Dadurch habe das Bezirksgericht seine Entscheidzuständigkeit für unbegleitete Besuche demonstriert und eine richterliche Überprüfung der 3. Phase in Aussicht gestellt. Die richterliche Anweisung [betreffend die 3. Phase] an die Beiständin betreffe nur die Besuchsmodalitäten, habe aber nichts mit der Grundsatzfrage zu tun, ob unbegleitete Besuche stattfinden dürfen. Die Beistandsperson dürfe gar nicht darüber befinden, ob die Voraussetzungen für unbegleitete Besuche erfüllt sind. Dieser Entscheid sei nach Art. 275 Abs. 2 und Art. 315a ZGB dem Gericht vorbehalten. Indem das Obergericht aus der Kompetenz der Beiständin, die Modalitäten des Besuchsrechts zu regeln, auf deren Entscheidzuständigkeit für unbegleitete Besuche schliesse, verletze der angefochtene Entscheid die bundesrechtlichen Zuständigkeitsbestimmungen.

Zur Bekräftigung ihres Standpunkts verweist die Beschwerdeführerin auf Dispositiv-Ziffer 9 der Verfügung des Bezirksgerichts vom 10. September 2021, mit der dem Beschwerdegegner befohlen worden sei, Farbfotografien der für die Ausübung des Besuchsrechts vorgesehenen Örtlichkeit sowie der darin für D.A. \_\_\_\_\_ zur Verfügung stehenden Einrichtungsgegenstände und Spielsachen einzureichen. In seinen diesbezüglichen Erwägungen habe das Bezirksgericht festgehalten, dass vor Abklärung der Eignung keine Besuche in der Wohnung von Herrn G. \_\_\_\_\_ zugelassen seien. Daraus folgert die Beschwerdeführerin, dass sich das Bezirksgericht eigene Abklärungen über die unbegleiteten Besuche in der Wohnung von Herrn G. \_\_\_\_\_ vorbehalten habe. Ihre Eingabe vom 5. Oktober 2021, mit der sie vom Bezirksgericht einen Entscheid betreffend die Eignung von Herrn G. \_\_\_\_\_s Wohnung gefordert habe, sei unbeantwortet geblieben. Damit habe das Bezirksgericht seine Zuständigkeit anerkannt und zum Ausdruck gebracht, dass es den Entscheid betreffend Wohnungseignung anlässlich der in Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung vom 10. September 2021 angekündigten Überprüfung des Übergangs von begleiteten zu unbegleiteten Besuchen fällen werde. Sodann verwahrt sich die Beschwerdeführerin gegen die vorinstanzliche Erklärung, wonach den Parteien nicht angekündigt worden sei, dass sie sich vorab zum Bericht der Beiständin äussern könnten und erst danach über ein unbegleitetes Besuchsrecht befunden werde. Sie, die Beschwerdeführerin, sei vom Standpunkt des Obergerichts überrascht worden. Deshalb sei ihr nicht förmlich erledigter Antrag vom 5. Oktober 2021 als Novum zuzulassen.

Schliesslich bestreitet die Beschwerdeführerin, dass Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Bezirksgerichts vom 10. September 2021 klar erscheine. In den dazugehörigen Erwägungen

habe das Bezirksgericht auf Seite 22 wörtlich ausgeführt: "Vor dem Übergang zu dieser Phase [dritte Phase: unbegleitete Besuche mit begleiteten Übergaben] soll aber ein Bericht der Beistandsperson abgewartet werden. Das Gericht wird nach Eingang dieses Berichts von Amtes wegen über die konkrete Fortsetzung der Besuchskontakte entscheiden (hierzu später ausführlich)." Eine Seite später heisse es: "Ausserdem ist die Beistandsperson anzuhalten, dem Scheidungsgericht nach den ersten zwei Monaten Bericht über die erfolgten Besuche zu erstatten. Das Gericht wird hernach in Berücksichtigung der Berichte und der hiezu eingeholten Stellungnahmen der Parteien von Amtes wegen über die weitere Ausgestaltung des Besuchsrechts entscheiden." Für die Beschwerdeführer steht aufgrund dieser Erwägungen fest, dass die Beiständin vor dem Übergang zu unbegleiteten Besuchen (3. Phase) erneut Bericht zu erstatten habe und das Bezirksgericht hernach über die konkrete Fortsetzung der Besuchskontakte bzw. über die weitere Ausgestaltung des Besuchsrechts entscheiden werde. Dass die Parteien im Überprüfungsverfahren einen Gehörsanspruch haben, ergebe sich von Rechts wegen ( Art. 29 Abs. 2 BV , Art. 53 ZPO ). Die gegenteiligen Feststellungen der Vorinstanz seien offensichtlich unrichtig und damit willkürlich ( Art. 9 BV ) und stellten eine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar ( Art. 29 Abs. 2 BV , Art. 53 ZPO ).

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, wenn sie der Meinung ist, dass Ziffer 5 der Verfügung des Bezirksgerichts vom 10. September 2021 keine Klarheit darüber schafft, ob vor dem Übergang zu nicht begleiteten Besuchen ein erneuter Entscheid des Bezirksgerichts nötig wird. Entsprechend sind zur Auslegung dieses Urteilsspruchs weitere Umstände heranzuziehen, namentlich die Erwägungen. Die Vorinstanz tut dies trotz vermeintlicher Klarheit des Dispositivs und kommt zum Schluss, dass der Übergang zu unbegleiteten Besuchen keines weiteren Entscheids des Gerichts bedarf. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin sind nicht geeignet, den angefochtenen Entscheid diesbezüglich als willkürlich auszuweisen. Dafür genügt es nicht, wenn die Beschwerdeführerin ihre Interpretation der Prozessgeschichte und der ergangenen Entscheide derjenigen der Vorinstanz gegenüberstellt und behauptet, diese sei willkürlich. Insbesondere geht die Beschwerdeführerin auch nicht auf die vorinstanzliche Erwägung ein, wonach in der Verfügung vom 10. September 2021 nirgends davon die Rede sei, dass die zweite Phase solange dauern (oder gar aufhören) werde, bis die Stellungnahmen zum Bericht und der Entscheid über eine dritte Phase vorlägen. An alledem ändert schliesslich auch der Einwand nichts, wonach es rechtlich unzulässig sei, den Entscheid über unbegleitete Besuche der Beiständin zu überlassen. Allein mit dem Hinweis auf die Bedeutung begleiteter Besuche lässt sich keine Willkür begründen. Unbegleitete Besuche stellen die Regel, begleitete Besuche die Ausnahme dar. Von daher ist nicht einzusehen, weshalb das Gericht den Übergang von begleiteten zu unbegleiteten Besuchen nicht der Einschätzung der Beistandsperson überlassen darf. Ein richterlicher Entscheid ist höchstens für die Anordnung begleiteter Besuche nötig.

Allein unter dem eingeschränkten Blickwinkel der Verletzung verfassungsmässiger Rechte ( Art. 98 BGG ) ist die vorinstanzliche Erkenntnis, dass hinsichtlich des unbegleiteten Besuchsrechts mit begleiteten Übergaben gemäss Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Bezirksgerichts vom 10. September 2021 kein separater gerichtlicher Entscheid erforderlich und Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung desselben Gerichts vom 16. Dezember 2022 in der Folge kein (berufungstauglicher) Entscheid über den Übergang zu unbegleiteten Besuchen

sei, nicht zu beanstanden. In der Folge fällt auch der Vorwurf dahin, dass das Bezirksgericht das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt habe ( Art. 29 Abs. 2 BV ) oder sich gar eine Rechtsverweigerung zuschulden kommen liess. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin einen nochmaligen Entscheid über ein unbegleitetes Besuchsrecht mit Nachdruck forderte bzw. ihre Bereitschaft, sich unbegleiteten Besuchen zu fügen, von einem solchen Entscheid abhängig machte.

#### **E. 4**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Die Beschwerdeführerin wird damit kostenpflichtig (Art. 65 f. BGG). Da die Voraussetzungen für die Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege erfüllt sind ( Art. 64 BGG ), werden die Gerichtskosten vorläufig auf die Gerichtskasse genommen. Die Beschwerdeführerin hat der Gerichtskasse Ersatz zu leisten, wenn sie später dazu in der Lage ist ( Art. 64 Abs. 4 BGG ). Dem Beschwerdegegner ist keine Entschädigung geschuldet, zumal bei ihm keine Vernehmlassung eingeholt wurde ( Art. 68 BGG ).

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