

Zivilrecht – Schutz der Persönlichkeit – KGE (I. Zivilrechtliche Abteilung) vom 21. Dezember 2022, X. c. Y. – TCV C1 22 194

Kontakt- und Annäherungsverbot (Art. 28b ZGB) sowie Gestaltung des Besuchsrechts (Art. 273 ff. ZGB) bei Verdacht auf Kindsmisbrauch

- In Kinderbelangen ist das Gericht nicht an Vereinbarungen der Parteien gebunden. Haben sich Vater und Kind in einem gerichtlichen Vergleich auf die vorsorgliche Beibehaltung eines zuvor superprovisorisch verfügbaren Kontakt- und Annäherungsverbots geeinigt, so entbindet dies das Gericht nicht davon, im Endentscheid nochmals darüber zu befinden (E. 2.2).
- Voraussetzungen für die Anordnung und Inhalt eines Kontakt- und Annäherungsverbots nach Art. 28b ZGB (E. 2.3); Anwendungsfall (E. 2.5).
- Einer Gefährdung des Kindeswohls kann auch bei der Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind Rechnung getragen werden, etwa in Form eines vorübergehenden begleiteten Besuchsrechts oder soweit ausnahmsweise notwendig durch die Verweigerung jeglichen Kontakts (E. 2.6).
- Regelt das Gericht vorsorglich den Kindesunterhalt (Art. 303 Abs. 1 ZPO), so entscheidet es aufgrund der Kompetenzattraktion auch über die Ausübung des persönlichen Verkehrs (Art. 304 Abs. 2 ZPO). Die Regelung des Besuchsrechts kann nicht auf die Beiständin übertragen werden (E. 2.7).

Mesures d'éloignement (art. 28b CC) et réglementation du droit de visite (art. 273 ss CC) en cas de soupçon d'abus sur l'enfant

- Pour ce qui concerne les enfants, le tribunal n'est pas lié par l'accord des parties. Si le père et l'enfant se sont entendus, dans le cadre d'une transaction judiciaire, pour maintenir à titre provisionnel une interdiction de contact et d'approche auparavant ordonnée à titre superprovisionnel, cela ne dispense pas le tribunal de statuer à nouveau sur ce point dans la décision finale (consid. 2.2).
- Conditions pour ordonner une interdiction de contact et d'approche selon l'art. 28b CC et contenu de la décision (consid. 2.3) ; cas d'application (consid. 2.5).
- Une menace pour le bien de l'enfant peut également être prise en compte lors de la réglementation des relations personnelles entre le parent et l'enfant, par exemple par l'instauration d'un droit de visite temporairement accompagné ou, si cela est exceptionnellement nécessaire, par le refus de tout contact (consid. 2.6).
- Le tribunal qui fixe à titre provisionnel l'entretien de l'enfant (art. 303 al. 1 CPC) est également compétent pour statuer sur l'exercice du droit aux relations personnelles (art. 304 al. 2 CPC). La réglementation du droit de visite ne peut pas être transférée à la curatrice (consid. 2.7).

Sachverhalt und Verfahren (Zusammenfassung)

Das Bezirksgericht belegte den Vater auf Gesuch seiner siebenjährigen Tochter superprovisorisch mit einem Kontakt- und Annäherungsverbot und begründete dies mit dem Schutz des Kindes und der Beruhigung der familiären Situation. Hintergrund war ein von der Tochter gegen den Vater erhobener Missbrauchsvorwurf. Im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs einigten sich die Parteien später darauf, dass das superprovisorisch angeordnete Kontaktverbot bis zum gegenteiligen Entscheid der noch zu ernennenden Beiständin bestehen bleibt. Im Endentscheid hob das Bezirksgericht das Kontakt- und Annäherungsverbot auf, wogegen die Tochter Berufung einreichte.

Aus den Erwägungen

2.2 Die Berufungsklägerin rügt, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör verletzt und sei in Willkür verfallen, indem sie vom Vergleich abgewichen sei und ohne Vorankündigung das Kontakt- und Annäherungsverbot aufgehoben habe.

In Kinderbelangen gelten der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz und die *Offizialmaxime* nach Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO (Bundesgerichtsurteil 5A_1031/2019 vom 26. Juni 2020 E. 5.1). Dabei entscheidet das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge. Eine Übereinkunft der Eltern in diesem Bereich verpflichtet das Gericht nicht. Ihr kommt der Charakter eines gemeinsamen Antrags zu, den das Gericht in seine Entscheidung einfließen lässt (vgl. Art. 285 Bst. d ZPO und Art. 133 Abs. 2 ZGB; zum Ganzen BGE 143 III 361 E. 7.3.1; Bundesgerichtsurteile 5A_1031/2019 vom 26. Juni 2020 E. 2.2, 5A_347/2019 vom 9. April 2020 E. 3.4.1). Verlangt ein Kind, wie vorliegend, vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 303 i.V.m. Art. 248 lit. d ZPO und einigen sich die Parteien in einem Vergleich über die strittigen Punkte, so bedarf dieser der gerichtlichen Genehmigung. Die Vereinbarung ist ins Dispositiv des Entscheids aufzunehmen (Art. 279 Abs. 2 ZPO analog). Dies ist vorliegend unterblieben. Das Bezirksgericht hat im Endentscheid einzig über die offenen Punkte (zukünftiger Kindesunterhalt) sowie über das Kontakt- und Annäherungsverbot entschieden, wobei sich

Vater und Tochter hinsichtlich Letzterem bereits geeinigt hatten. Im gerichtlichen Vergleich vom 24. März 2022 hatten die Parteien vereinbart, dass das angeordnete Kontaktverbot «bis zum gegenteiligen Entscheid der noch zu ernennende Beiständin» aufrechterhalten bleibt. Indes musste die Berufungsklägerin trotzdem damit rechnen, dass das Bezirksgericht die Vereinbarung – im Sinne von Anträgen – nicht genehmigen und insbesondere auch abändern könnte.

Sodann ist zu berücksichtigen, dass vorliegend superprovisorisch über das Kontakt- und Annäherungsverbot nach Art. 28b ZGB entschieden worden war (Art. 261 ff. ZPO; vgl. Bundesgerichtsurteil 5A_608/2018 vom 11. Februar 2019 E. 1.1). Werden entsprechende Massnahmen ohne vorgängige Anhörung der verletzenden Person superprovisorisch angeordnet, hat das Gericht den am Verfahren beteiligten Personen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, allfällige weitere Beweise zu erheben und anschliessend neu zu entscheiden. Dies führt zu einem neuen Entscheid der sachlich zuständigen Behörde innert Tagen oder wenigen Wochen, welcher an die Stelle der superprovisorisch angeordneten Massnahme tritt (Art. 265 Abs. 2 ZPO; BGE 140 III 529 E. 2.2.1, 140 III 289 E. 2.6.1). Zwar würde ein gerichtlicher Vergleich hinsichtlich vorsorglicher Massnahmen die superprovisorische Entscheidung regelmässig ebenfalls hinfällig machen und den Prozess unmittelbar beenden (vgl. Art. 242 ZPO), indes sind hier, wie vorerwähnt, Kinderbelange betroffen, über welche die Parteien nicht frei verfügen können. Auch wenn sich die Parteien in einem Vergleich für die vorsorgliche Aufrechterhaltung der superprovisorischen Massnahme ausgesprochen hatten, ersetzt dies nicht den anschliessenden Gerichtsentscheid in der Sache, weil die zu schützende Person ein Kind war. Die Berufungsklägerin musste also damit rechnen, dass sich das Gericht nochmals mit dem Kontakt- und Annäherungsverbot befasst. Die Vorinstanz ist demnach mit der Aufhebung des Kontakt- und Annäherungsverbots nicht in Willkür verfallen und hat auch nicht das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt, weil sich diese von sich aus nochmals dazu hätte äussern können. Selbst bei einer allfälligen Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre diese hier als geheilt zu betrachten, weil sich die Berufungsklägerin in der Berufung umfassend zum Kontakt- und Annäherungsverbot äussern konnte und die Berufungsinstanz den Sachverhalt und die Rechtslage frei überprüfen kann. Selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung wäre von einer Rückweisung abzusehen, weil dies zu einem formalistischen Leerlauf führen würde, was mit dem

(der Anhörung gleichgestellten) Interesse der Tochter an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wäre (BGE 142 II 218 E. 2.8; Bundesgerichtsurteil 2C_756/2019 vom 14. Mai 2020 E. 3.2). Ausserdem entsprach die von den Parteien gewählte Lösung, den Entscheid über das Kontakt- und Annäherungsverbot der noch nicht bestimmten Beiständin zu überlassen, nicht der gesetzlichen Ordnung, gemäss welcher dafür entweder das Gericht oder die Kindesschutzbehörde zuständig ist (Art. 301a Abs. 5 ZGB; vgl. auch nachstehende E. 2.7).

2.3 Mithin ist die Aufhebung des Kontakt- und Annäherungsverbots materiell zu prüfen. Zum Schutz gegen Gewalt, Drohungen oder Nachstellungen kann die klagende Person dem Gericht beantragen, der verletzenden Person insbesondere zu verbieten: sich ihr anzunähern oder sich in einem bestimmten Umkreis ihrer Wohnung aufzuhalten (Ziff. 1; Annäherungsverbot); sich an bestimmten Orten, namentlich bestimmten Strassen, Plätzen oder Quartieren, aufzuhalten (Ziff. 2; Ortsverbot); mit ihr Kontakt aufzunehmen, namentlich auf telefonischem, schriftlichem oder elektronischem Weg, oder sie in anderer Weise zu belästigen (Ziff. 3; Kontaktverbot; Art. 28b Abs. 1 ZGB). Dies setzt zunächst eine Persönlichkeitsverletzung im Sinne von Art. 28 ZGB voraus (Meili, Basler Kommentar, 7. A., 2022, N. 4 zu Art. 28b ZGB). Die Persönlichkeit kann durch «Gewalt» verletzt werden, indem das Opfer unmittelbar in seiner physischen, psychischen, sexuellen oder sozialen Integrität beeinträchtigt wird (Meili, a.a.O., N. 4 zu Art. 28b ZGB). Indes reicht laut dem Gesetzeswortlaut auch bereits eine ernst zu nehmende «Drohung», welche die physische, psychische, sexuelle oder soziale Integrität des Opfers oder eines ihm nahestehenden Menschen verletzen könnte (Bundesgerichtsurteil 6B_414/2016 vom 29. Juli 2016 E. 2.4.1 mit Hinweis auf BBl 2005 6874, 6883, 6884). «Nachstellungen» sind bei zwanghaftem Verfolgen und Belästigen einer Person über eine längere Zeit gegeben (Meili, a.a.O., N. 4 zu Art. 28b ZGB). In jedem Fall ist eine gewisse Intensität erforderlich (Meili, a.a.O., N. 4 zu Art. 28b ZGB). Ob die Persönlichkeit verletzt wird, ist nicht nach dem subjektiven Empfinden des Betroffenen, sondern nach einem objektiven Massstab zu beurteilen (Bundesgerichtsurteil 5A_758/2020 vom 3. August 2021 E. 6.2.2). Die Anordnung von Massnahmen setzt kein Verschulden voraus (Meili, a.a.O., N. 7 zu Art. 28b ZGB). Weil mit der Anordnung von Massnahmen zum Schutz des Opfers in grundrechtlich geschützte Positionen der verletzenden Person eingegriffen wird, muss das Gericht den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten: Es hat die Mass-

nahmen anzuordnen, die für die verletzte Person genügend wirksam sind und für die verletzende Person am wenigsten einschneidend sind (Art. 5 Abs. 2, Art. 36 Abs. 3 BV; BGE 144 III 257 E. 4.1). Ferner müssen die Schutzmassnahmen das auferlegte Verhalten (Gebot, Verbot) hinreichend klar umschreiben (BGE 144 III 257 E. 4.4.1). (...)

2.5 Im Zentrum der vorliegenden Schutzmassnahmen nach Art. 28b ZGB steht ein Missbrauchsvorwurf. Die siebenjährige Tochter behauptet, von ihrem Vater bei einer Begebenheit in der Badewanne in sexuelle Handlungen miteinbezogen worden zu sein. Für den Kindsvater, dem im parallelen Strafverfahren sexuelle Handlungen mit einem Kind vorgeworfen werden, gilt die Unschuldsvermutung (Art. 10 Abs. 1 StPO). Allerdings scheint sich der Tatverdacht durch die erlebnisbasierten und klaren Schilderungen der Tochter sowie die kinderpornographischen Fotos auf den elektronischen Geräten des Berufungsbeklagten zu erhärten. Die Berufungsklägerin wurde durch ihren Vater mutmasslich einmal in ihrer psychischen und physischen Integrität verletzt. Diese Konstellation weicht vom üblichen Schema im Sinne von Art. 28b ZGB ab, da dieses auf wiederkehrende Gewalt und Bedrohungen ausgerichtet ist. Die Gefahr, dass der Vater hier nochmals sexuelle Handlungen an seiner Tochter vornehmen könnte, ist nach der Trennung der Eltern jedenfalls unter Aufrechterhaltung weiterer Schutzmassnahmen (z.B. eines begleiteten Besuchsrechts) verschwindend klein. Der Vater wird nicht als aggressiv, gewalttätig oder grob beschrieben. Aufgrund der Akten ist er eher passiv und lebt zurückgezogen. Er hat mit der schwierigen Situation offenbar ebenfalls psychisch zu kämpfen. Zwar versuchte er mehrmals, zur Kindsmutter Kontakt aufzunehmen, wollte damit aber bloss die Beziehung retten. Dies unterliess er, nachdem ihm die Kindsmutter klar signalisiert hatte, dass sie keinen Kontakt mehr wünscht. Zudem hielt er sich weitgehend an die Anordnungen der Beiständin und nahm nicht mehr direkten Kontakt zu seiner Tochter auf, schickte ihr auch keine Briefe oder versuchte, jedenfalls nach dem angefochtenen Entscheid, nicht mehr, sie anzurufen. Es ist nicht zu erwarten, dass der Kindsvater von sich aus ohne Erlaubnis der Beiständin oder der Gerichte bzw. Behörden wieder Kontakt zu seinem Kind aufzunehmen versucht. Seit dem Wegzug aus dem Wallis besteht auch eine gewisse räumliche Distanz, so dass ein zufälliges Aufeinandertreffen von Vater und Tochter sehr unwahrscheinlich erscheint. Damit besteht keine latente Gefahr mehr für eine Persönlichkeitsverletzung und

es bedarf keines eigentlichen Schutzes. Die Rahmenbedingungen gemäss Art. 28b ZGB mögen zu Beginn des Verfahrens, als die Ausgangslage und der konkrete Tatvorwurf unbekannt gewesen sind, erfüllt gewesen sein, sind es aber jetzt jedenfalls nicht mehr. (...)

2.6 Damit ist die Aufhebung des Kontakts- und Annäherungsverbots jedenfalls unter dem Titel nach Art. 28b ZGB zu bestätigen. Dies bedeutet aber nicht, dass es dem Kindsvater ohne weiteres erlaubt ist, wieder mit seiner Tochter Kontakt aufzunehmen und dass jegliche Wiederaufnahme der Beziehung mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Zwar haben grundsätzlich Eltern und Kind Anspruch auf persönliche, direkte und private Kontakte. Wird das Wohl des Kindes aber durch den persönlichen Verkehr gefährdet, kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Dabei verbietet das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 389 Abs. 2 i.V.m. Art. 275 Abs. 2 ZGB), aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs die gänzliche Unterbindung, wenn die negativen Auswirkungen durch eine besondere Ausgestaltung des Besuchsrechts begrenzt werden können (Bundesgerichtsurteil 5A_68/2020 vom 2. September 2020 E. 3.2). So dient ein begleitetes Besuchsrecht als Übergangslösung dazu, der Gefährdung des Kindes vorzubeugen, Krisensituationen zu entschärfen und Ängste abzubauen. Es scheidet aus, wenn von vornherein klar ist, dass die Besuche nicht innert absehbarer Zeit ohne Begleitung ausgeübt werden können (vgl. BGE 119 II 201 E. 3; Bundesgerichtsurteile 5A_68/2020 vom 2. September 2020 E. 3.2, 5A_728/2015 vom 25. August 2016 E. 2.2).

Vorliegend besteht eine gewisse Gefährdung des Kindes durch eine Besuchsrechtsausübung. Das Kind will seinen Vater aktuell nicht sehen und unter Berücksichtigung der Ausgangslage ist dies nicht einfach nur auf einen durch die Mutter befeuerten Loyalitätskonflikt zurückzuführen. Indes kann das Berufungsgericht hier nicht an Stelle der Vorinstanz oder der Kindesschutzbehörde über eine entsprechende Besuchsrechtsregelung und die Strategie des Therapiesettings oder die Kontaktaufnahme entscheiden, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

2.7 Regelt das Gericht den Unterhalt bei Veränderung der Verhältnisse, so entscheidet es auch über die elterliche Sorge und die übrigen Kinderbelange (vgl. Art. 304 Abs. 2 ZPO; Art. 275 Abs. 2, Art. 298b Abs. 3 und Art. 298d Abs. 3 ZGB; BGE 145 III 436 E. 4; Büchler,

in: Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I, ZGB, 4. A., 2022, N. 3 zu Art. 275 ZGB; Schwenger/Cottier, Basler Kommentar, 7. A., 2022, N. 7a zu Art. 275 Abs. 1 ZGB). Vorliegend hat die Tochter in ihrem Gesuch vom 11. Februar 2022 gestützt auf Art. 303 Abs. 1 ZPO die vorsorgliche Regelung des Kindesunterhalts und in Ziff. 4 ausdrücklich eine solche des Besuchsrechts beantragt. Mithin war das Bezirksgericht im Sinne der Kompetenzattraktion auch zuständig, über die elterliche Sorge, die Obhut und die Ausübung des persönlichen Verkehrs mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil zu befinden (Art. 304 Abs. 2 ZPO). Der Kindsvater hat in seiner Stellungnahme vom 8. März 2022 entsprechende Anträge zur Besuchsrechtsausübung gestellt. Im Endurteil hat das Bezirksgericht erkannt, es obliege der Beiständin, den Kontakt zwischen Vater und Tochter in Zusammenarbeit mit der Psychologin und in Berücksichtigung des Kindeswohls so rasch als möglich wieder aufzubauen, ohne indes das Besuchsrecht zu regeln. Dadurch hat es implizit der Beiständin übertragen, den persönlichen Verkehr zwischen Vater und Tochter zu regeln. Dieses Vorgehen ist mit der gesetzlich vorgesehenen Kompetenzordnung unvereinbar, weil die Kindesschutzbehörde einzig für den Vollzug von gerichtlich ausgesprochenen Kindesschutzmassnahmen zuständig ist (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Indem das Bezirksgericht das Besuchsrecht nicht geregelt hat, hat es auch die entsprechenden Parteianträge nicht behandelt. Treffend hat die Beiständin in ihrem Bericht festgehalten, es brauche eine autoritative Regelung des Besuchsrechts. Zudem ist für sie nicht klar, welche Strategie bei der Therapie und der Kontaktaufnahme verfolgt werden soll, zumal die Fachmeinungen diesbezüglich auseinandergehen. Für die Beiständin wird es ohne gerichtliche oder behördliche Regelung des persönlichen Verkehrs zwischen Tochter und Vater nicht möglich sein, ihr Mandat auszuüben. (...)

Die Sache ist daher an das Bezirksgericht zurückzuweisen, um den Entscheid im Sinne der Erwägungen zu ergänzen. Es hat dabei auch zu berücksichtigen, welches der von der Beiständin erwähnten Szenarien mit dem Kindeswohl sowie den rechtlich geschützten Interessen von Kind und Vater am besten vereinbar ist und wie der persönliche Verkehr ausgestaltet werden soll (Art. 273 f. ZGB). Dabei ist die Meinung des Kindes, wenn möglich mit einzubeziehen (Art. 314a Ziff. 1 ZGB). Gestützt auf die konkrete Regelung des Besuchsrechts wird das Bezirksgericht den Auftrag an die Beiständin zu formulieren haben.