

mittel ohne Beschränkung zuzulassen. Die Bestätigung von Dr.med. X. vom 16. September 2002 muss daher entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners im vorliegenden Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden.

Justizkommission, 28. März 2003

*§§ 208 Ziff. 1 und 4 ZPO. – Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission die Beschwerde nicht zulässig.*

*Aus den Erwägungen:*

2. Die Vorinstanz räumte dem Beschwerdegegner «ab sofort» das Recht ein, die Tochter A. während der Dauer eines Monats wöchentlich am Mittwochnachmittag von 15.00 Uhr bis 17.00 Uhr und nach Ablauf eines Monats wöchentlich am Mittwochnachmittag von 14.30 Uhr bis 17.30 Uhr zu besuchen oder zum Besuche abzuholen. Es erhebt sich zunächst die Frage, ob es sich dabei um eine vorläufige Verfügung oder um einen Teilentscheid handelt.

a) Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid u.a. aus, der Beschwerdegegner beantrage zwar, es sei ihm das Besuchsrecht einstweilen, d.h. unter dem Vorbehalt der Abänderung oder Ergänzung in der definitiven Verfügung, einzuräumen. Eine derartige «vorläufige Festlegung» sei jedoch nicht möglich. Im Gegensatz zu Unterhaltsbeiträgen könne ein Besuchsrecht nämlich rückwirkend nicht mehr korrigiert werden. Hingegen rechtfertige sich angesichts der gegebenen Umstände, die Beschwerdefrist auf fünf Tage zu verkürzen.

b) Der Beschwerdegegner bringt diesbezüglich vor, die Vorinstanz halte in der angefochtenen Verfügung unter Erwägung 2 fest: «Die Parteien sind sich darin einig, dass dem Gesuchsteller – einstweilen – ein begleitetes Besuchsrecht zusteht». In Erwägung 4 werde anschliessend ausgeführt, eine «derart vorläufige Festlegung» sei nicht möglich, da im Gegensatz zu Unterhaltsbeiträgen ein Besuchsrecht nicht rückwirkend korrigiert werden könne. In der Folge werde dem Beschwerdegegner in Dispositiv-Ziff. 1 ab sofort das Recht eingeräumt, seine Tochter zu besuchen bzw. zum Besuche abzuholen. Trotz des Widerspruchs zwischen Erwägung 2 und 4 und der gewählten Formulierung in Dispositiv-Ziff. 1 handle es sich bei dem von der Vorinstanz angeordneten Besuchsrecht um ein einstweiliges, das für die Dauer des Prozesses bis zu dessen Erledigung gelten solle, mithin also bis zum definitiven Entscheid über den persönlichen Verkehr. Eine andere Interpretation sei vor dem Hintergrund der gesetzlichen Regelung nicht zulässig. Es gelte nämlich

zu beachten, dass die eheschutzrichterliche Instanz unter Hinweis auf Art. 273 ZGB den persönlichen Verkehr zwischen den Kindern und demjenigen Elternteil zu regeln habe, dem die Obhut oder die elterliche Sorge nicht zu- stehe. Nachdem im vorliegenden Fall bislang über die Obhut, die von beiden Parteien beantragt werde, nicht entschieden worden sei, bestehe keine rechtliche Grundlage für die Festlegung eines definitiven Besuchsrechts. Da nicht davon auszugehen sei, dass die Vorinstanz eine gesetzeswidrige Anordnung habe treffen wollen, sei das angeordnete Besuchsrecht als einstweiliges zu interpretieren bzw. zu qualifizieren. Gegen die Anordnung eines einstweiligen Besuchsrechts könne keine Beschwerde geführt werden, mit der Folge, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei.

c) Die Beschwerdeführerin äusserte sich nicht zu dieser Frage.

d) Über die Frage der Zuteilung der Obhut ist noch nicht entschieden. Tatsache ist aber, dass diese von der Mutter faktisch ausgeübt wird und der Beschwerdegegner dies vorläufig akzeptiert. Vor diesem Hintergrund beantragte der Beschwerdegegner in der Vernehmlassung vom 3. Juli 2003 denn auch ein vorläufiges Besuchsrecht. Nur so lässt sich erklären, weshalb die Vorinstanz, ohne die Frage der (vorläufigen) elterlichen Obhut zu klären, über das Besuchsrecht entschieden hat. Denn die richterliche Regelung des persönlichen Verkehrs des nicht obhutsberechtigten Elternteils setzt voraus, dass über die Obhutzuteilung entschieden wurde bzw. sich die Eltern darüber einig sind (und der Richter dies genehmigt hat). Die Vorinstanz hat die angefochtene Verfügung zwar ausführlich begründet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen, was darauf hindeutet, dass es sich um einen Teilentscheid handeln könnte. In Erwägung 2 der angefochtenen Verfügung erklärt sie aber ausdrücklich, dass dem Beschwerdegegner – «einstweilen» – ein begleitetes Besuchsrecht eingeräumt werden soll. Offenbar waren sich denn auch die Parteien darin einig; umstritten war einzig die Ausgestaltung dieses «einstweiligen» Besuchsrechts. Wenn die Vorinstanz in Erwägung 4 der angefochtenen Verfügung ausführt, im Gegensatz zum Unterhaltsrecht könne beim Besuchsrecht keine einstweilige Verfügung erlassen werden, verkennt sie, dass der Einzelrichter im summarischen Verfahren – wie der Eheschutzrichter (vgl. § 135 Abs. 2 Ziff. 4 ZPO) – bei ausgewiesenem, nicht aufschiebbarem Handlungsbedarf eine provisorische, bis zum definitiven Entscheid über die vorsorgliche Massnahme geltende Anordnung treffen darf (ZR 100 [2001], Nr. 36, S. 119). Dies gilt insbesondere auch für das Besuchsrecht, drängen sich doch gerade in diesem Bereich oft kurzfristige Regelungen auf, beispielsweise wenn sich die Parteien uneinig darüber sind, bei welchem Elternteil das Kind die Festtage verbringen soll. Dabei handelt es sich jedoch nicht um jene vorsorglichen Vorkehren, die eigentlicher Gegenstand des summarischen Verfahrens sind, sondern um vorläufige Anordnungen als Zwischenentscheid für die Dauer eines beliebigen summarischen Verfahrens (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 1d zu § 204 ZPO). Hinzu kommt,

dass in zusammengehörenden Regelungsbereichen grundsätzlich von der Ausfällung von Teilentscheiden abgesehen werden sollte (ZR 100 [2001], Nr. 36, S. 119; vgl. zur Zulässigkeit von Teilentscheiden auch Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 242 und 439; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel und Frankfurt am Main 1990, N 439 und 780; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, 7. Kap. N 95 und 13. Kap. N 150 f.; Walder, Zivilprozessrecht, 4. A., Zürich 1996, § 25 FN 4 und § 35 Anm. 82). Solange über die Frage der Zuteilung der Obhut noch nicht entschieden wurde, ist ein Teilentscheid über die Ausgestaltung des Besuchsrechts unzulässig. Schliesslich ergibt sich auch aus Dispositiv-Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung, dass es sich bloss um einstweilige Anordnungen des Eheschutzrichters handelt, wurde doch dem Beschwerdegegner bloss «bis auf Weiteres» ein (begleitetes) Besuchsrecht eingeräumt.

3. Gemäss § 208 Ziff. 1 ZPO ist die Beschwerde nur gegen Erledigungsverfügungen des Kantonsgerichtspräsidiums im summarischen Verfahren zulässig. Im vorliegenden Fall liegt jedoch – wie soeben dargelegt – lediglich eine vorläufige Verfügung vor, der eine definitive zu folgen hat, die ihrerseits beschwerdefähig sein wird. Gegen vorläufige Verfügungen ist nach konstanter Praxis der Justizkommission – wie gegen superprovisorische (JZ 1994/74.132; JZ 1998/98.159; JZ 2000/106.170; JZ 2000/126.200) – die Beschwerde nicht zulässig (JZ 1994/101.181; JZ 1999/166.289). Es kann deshalb darauf nicht eingetreten werden.

Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, die angefochtene Verfügung stelle eine prozessleitende dar, wäre die Beschwerde nicht zulässig. Zum einen sind Beschwerden gegen prozessleitende Verfügungen, die im Laufe des summarischen Verfahrens ergehen, ausgeschlossen, da zusammen mit dem Endentscheid auch das ganze vorausgegangene Verfahren gerügt werden kann (Heinrich Baumgartner, Die Rechtsmittel des zugerischen Zivilprozessrechts, Diss. Zürich 1949, S. 64). Zum andern sind gemäss § 208 Ziff. 4 ZPO prozessleitende Verfügungen generell nur in den in dieser Bestimmung aufgeführten Fällen zulässig. Hier liegt indes keiner der in der genannten Vorschrift angeführten Beschwerdegründe vor.

Justizkommission, 21. Oktober 2003