

ZH_OBERGERICHT LE120070 vom 11. März 2013

ZH Obergericht, 2013-03-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120070

FR: ZH_OBERGERICHT LE120070 du 11 mars 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LE120070 del 11 marzo 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien standen seit dem 6. Juni 2012 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. August 2012 schlossen die Parteien eine Vereinbarung über sämtliche Nebenfolgen des Getrenntlebens, mit Ausnahme des Besuchsrechts (Urk. 14). Mit Urteil vom 13. August 2012 genehmigte die Vorinstanz die vorgenannte Teilvereinbarung der Parteien und fällte über das strittig gebliebene Besuchsrecht einen Entscheid (Urk. 16), dessen Begründung den Parteien am 10. bzw. 11. Oktober 2012 zugestellt wurde (Urk. 21/1-2).

E. 1.1

Die Gesuchstellerin beantragte in der Hauptverhandlung vom 13. August 2012 unter Verweis auf ihre schriftliche Eingabe vom 5. Juni 2012 ein unbegleitetes Besuchsrecht des Gesuchsgegners an jedem zweiten Sonntag. Anlässlich der anschliessenden Stellungnahme zu den Noven änderte die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin – da sie die Gesuchstellerin zuvor falsch verstanden habe – ihren eingangs genannten Antrag hinsichtlich des Besuchsrechts dahingehend, dass

- 9 - dem Gesuchsgegner lediglich ein Besuchsrecht im Beisein der Gesuchstellerin zu gewähren sei. Sie begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass der Gesuchsgegner aus psychischen Gründen nicht dazu in der Lage sei, die Tochter C. _____ alleine zu beaufsichtigen (Urk. 23 S. 7 und 10).

E. 1.2

Die Vorinstanz hat ein auf die Dauer von maximal sechs Monaten beschränktes begleitetes Besuchsrechts angeordnet. Sie erkannte, dass das samstägliche Besuchsrecht des Gesuchsgegners während den ersten drei Monaten immer im Beisein der Gesuchstellerin und während den darauffolgenden drei Monaten noch jeweils einmal pro Monat im Beisein der Gesuchstellerin auszuüben sei, sofern Letztere nicht auf ihre Anwesenheit verzichte (Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils). Die Vorinstanz begründete die angeordnete Besuchsrechtsregelung im Wesentlichen damit, dass die vom Gesuchsgegner eingeräumten gedanklichen Abschweifungen während seiner Aufsichtspflicht – auch mit Blick auf den an der Hauptverhandlung gemachten Eindruck – nicht als ausserordentlich gewertet werden könnten und keine Einschränkung seiner Aufsichtsfähigkeit gegenüber seiner Tochter C. _____ darstellten. Sodann bestünden keine Anhaltspunkte, dass sich die von der Gesuchstellerin geschilderten gefährlichen Vorfälle während der Aufsichtspflicht des Gesuchsgegners (Treppensturz, Anzünden von Gegenständen durch unbeaufsichtigtes Spielen mit dem Feuerzeug) häufen würden bzw. sich ähnliche oder gar gefährliche Situationen ereignen könnten, wenn dem Gesuchsgegner ein unbegleitetes Besuchsrecht eingeräumt würde. Zudem werde es auch der

Gesuchstellerin während ihrer eigenen Aufsichtspflicht gegenüber C._____ verunmöglicht sein, die Tochter keinen Moment aus den Augen zu lassen. Zwar beziehe der Gesuchsgegner aufgrund seiner Nervosität eine Invalidenrente, doch sei nicht ersichtlich, dass sich diese Nervosität negativ auf die Fähigkeit des Gesuchsgegners, die Tochter C._____ alleine zu beaufsichtigen, auswirken könnte. Darüber hinaus wohne der Gesuchsgegner zurzeit mit seinen drei bereits älteren Kindern aus erster Ehe und seinen Eltern zusammen. C._____ wäre deshalb, wenn sie den Gesuchsgegner in dessen Zuhause besuchen würde, oft auch von den Grosseltern und von ihren Halbgeschwistern umgeben (Urk. 23 S. 11 f.).

- 10 -

E. 1.3

a) Die Gesuchstellerin lässt in der Berufungsschrift ausführen, dass die von der Vorinstanz angeordnete Besuchsrechtsregelung nicht im Einklang mit dem Kindeswohl der Tochter C._____ stehe, da bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs die Bedürfnisse des Kindes und die Möglichkeiten des Gesuchsgegners zur unbeaufsichtigten Besuchsrechtsausübung nicht richtig beurteilt worden seien. Zunächst sei die Interpretation der Vorinstanz, wonach sie, die Gesuchstellerin, sich nach den Ausführungen des Gesuchsgegners zu seiner gedankenlosigkeit emotional dermassen ereifert habe, dass sie diesem nur noch ein begleitetes Besuchsrecht habe gewähren wollen, unzutreffend. Vielmehr sei die mit dem hiesigen Rechtssystem nicht vertraute, der deutschen Sprache nicht mächtige Gesuchstellerin von Anfang an von einem begleitetem Besuchsrecht ausgegangen, da dies für sie den Normalfall dargestellt habe, während die Rechtsvertreterin vom Normalfall eines unbegleiteten Besuchsrecht ausgegangen sei (Urk. 12 S. 7). Dass es der Gesuchstellerin schon seit langem klar gewesen sei, dass sie C._____ nicht unbeaufsichtigt dem Gesuchsgegner überlassen könne, gehe im Übrigen aus dem Protokollauszug der damaligen Vormundschaftsbehörde der Gemeinde D._____ vom 10. Mai 2011 (Urk. 25/12) hervor. Zu dem im vorinstanzlichen Verfahren beantragten Gutachten betreffend die Fähigkeit des Gesuchsgegners, die Tochter C._____ alleine zu beaufsichtigen, führt die Gesuchstellerin aus, dass im Interesse des Kindeswohls die Einholung eines solchen Gutachtens nachzuholen sei (Urk. 22 S. 8). Sodann habe die Vorinstanz den Umstand, dass in den wenigen Minuten, in denen der Gesuchsgegner die Tochter alleine habe beaufsichtigen müssen, gravierende Gefahrensituationen entstanden seien, zu Unrecht bagatellisiert, nachdem der Gesuchsgegner bestätigt habe, dass er manchmal unzuverlässig sei, nicht aufpasse und andere Gedanken habe (Urk. 22 S. 5). Dieser Umstand sei für die Besuchsrechtsausübung relevant. Dies ergebe sich insbesondere aus einer E-Mail vom 26. Juni 2012 von Rechtsanwältin Z._____, welche den Gesuchsgegner mit Bezug auf das IV-Verfahren unterstütze, in welcher diese ausgeführt habe, dass der Gesuchsgegner gemäss zwei Arztberichten wegen einer Hirnschädigung lediglich über einen Intelligenzquotienten von 52 verfüge und er deshalb nicht nur

- 11 - keiner Arbeit nachgehen könne, sondern darüber hinaus sogar von seiner Mutter beaufsichtigt werden müsse. Infolge seiner Hilflosigkeit habe der Gesuchsgegner offenbar Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung, was bedeute, dass der Gesuchsgegner nicht auf sich selber, geschweige denn auf seine Tochter aufpassen könne (Urk. 22 S. 8 f.). b) Zum Gesundheitszustand von C._____ führt die Gesuchstellerin unter Einreichung des Berichts des ...spitals ... 13. März 2012 betreffend die Entwicklungsuntersuchung von C._____ (Urk. 25/4) aus, dass diese unter einer Behinderung leide, aufgrund welcher

sprachliche und psychomotorische Schwächen bestünden und das Entwicklungsalter von C._____ bei einem Intelligenzquotienten um 50 demjenigen eines dreieinhalbjährigen Kindes entspreche. Die medizinischen Abklärungen am ...spital ... seien noch im Gang (Urk. 22 S. 10 f.). C._____ sei wegen der intensiven medizinischen Betreuungsnotwendigkeit denn auch im Sinne von Art. 308 ZGB verbeiständet. c) Hinsichtlich der Wohnsituation des Gesuchsgegners macht die Gesuchstellerin geltend, dass der Gesuchsgegner ihr am 16. Oktober 2012 per SMS mitgeteilt habe, dass er nicht mehr bei seiner Mutter wohne. Deshalb greife auch das Argument der Vorinstanz, wonach der Gesuchsgegner mit seinen (erwachsenen) Kindern aus früherer Ehe bei seinen Eltern wohne und bei der Beaufsichtigung von C._____ unterstützt werde, heute nicht mehr (Urk. 22 S. 12). d) Zur bisherigen Ausübung des Besuchsrechts lässt die Gesuchstellerin ausführen, dass der Gesuchsgegner die Tochter in der Zeitspanne vom

E. 1.4

a) Der Gesuchsgegner stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe die Prüfung der Bedürfnisse von C._____ und der Möglichkeiten des Gesuchsgegners zur unbeaufsichtigten Besuchsrechtsausübung richtig angewendet (Urk. 29 S. 3). Es sei zwar zutreffend, dass er manchmal unaufmerksam sei. Jedoch könne aus der Aussage, wonach er manchmal andere Gedanken habe und deshalb nicht aufpasse, wenn er auf seine Tochter aufpassen sollte

- 12 - (vgl. Urk. 19 S. 7), nicht auf seine Unfähigkeit, die Tochter alleine zu beaufsichtigen, geschlossen werden (Urk. 19 S. 3). b) Zu den drei von der Gesuchstellerin als gefährlich beschriebenen Situationen lässt der Gesuchsgegner ausführen, dass diese nicht zwingend den Schluss zuließen, dass der Gesuchsgegner nicht in der Lage sei, eine gewisse Zeit mit der Tochter alleine zu sein. Zudem könnten sich diese Vorfälle auch bei Eltern ohne Invalidität ereignen, denn eine absolute und unumschränkte Beaufsichtigung sei keinen Eltern möglich, auch der Gesuchstellerin nicht (Urk. 29 S. 4). Darüber hinaus sei der Vorfall betreffend unbeaufsichtigtes Überqueren der Strasse falsch geschildert worden. Der Gesuchsgegner habe nicht die Strasse überquert und sich von seiner Tochter abgewandt. Er sei auf der gegenüberliegenden Strassenseite gestanden. Wegen des Verkehrs habe er die Strasse nicht überqueren können. C._____, welche mit der älteren Tochter der Gesuchstellerin auf der gegenüberliegenden Strassenseite gestanden sei, habe versucht, zu ihm zu gelangen. Das Verhalten von C._____ sei weder auf das Verhalten des Gesuchsgegners noch auf dessen Gesundheitszustand zurückzuführen. Zum Vorfall mit dem Feuer sei anzumerken, dass die Streichhölzer üblicherweise an einem Platz aufbewahrt würden, der C._____ nicht zugänglich sei. Da sowohl die Gesuchstellerin als auch der Gesuchsgegner Raucher seien, bleibe offen, wem der Umstand, dass sich die Streichhölzer nicht an ihrem üblichen Platz befunden hätten, anzulasten sei. Abgesehen davon hätten sich über eine Zeitspanne von mehr als sechseinhalb Jahren lediglich drei Vorfälle ereignet, was als sehr gering zu werten sei. Sodann sei der Verweis der Gesuchstellerin auf den Protokollauszug der damaligen Vormundschaftsbehörde der Gemeinde D._____ vom 10. Mai 2011 unbehelflich. Einerseits stamme dieser Auszug aus dem Jahre 2011 und wiedergebe damit nicht die aktuelle Situation, andererseits sei der Kontext dieser Äusserung überhaupt nicht klar (Urk. 29 S. 6). c) Mit Bezug auf den Entwicklungsstand von C._____ macht der Gesuchsgegner geltend, dass dem Bericht über die Entwicklungsuntersuchung von C._____ nichts entnommen werden könne, was gegen ein Besuchsrecht ohne Anwesenheit der Gesuchstellerin spreche. Gegenteilig würden sich bei

C._____

- 13 - im Sozialverhalten offenbar keine Defizite zeigen, weshalb in Bezug auf den Umgang mit der Tochter nicht eine über das Normalmass hinausgehende Aufmerksamkeit erforderlich sei (Urk. 29 S. 6 f.). d) Zu den von der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren neu eingereichten Unterlagen über die geistige Behinderung des Gesuchsgegners (Urk. 25/1-3) lässt dieser ausführen, dass diese Unterlagen in Verletzung der Eigentums- und Persönlichkeitsrechte des Gesuchsgegners und damit widerrechtlich beschafft worden seien, weshalb diese Unterlagen nicht als Beweismittel verwertbar seien (Urk. 29 S. 6). Zudem gehe aus der eingereichten E-Mail von Rechtsanwältin Z. _____ (Urk. 25/1) nicht hervor, in welcher Form eine Beaufsichtigung des Gesuchsgegners notwendig sein soll. Ferner lasse sich aus dem Umstand, dass der Gesuchsgegner eine Hilflosenentschädigung beantragt habe, nichts in Bezug aufs Besuchsrecht entnehmen (Urk. 29 S. 7). e) Hinsichtlich der bisherigen Ausübung des Besuchsrechts bestätigt der Gesuchsgegner, dass er C. _____ in der Zeitspanne vom 8. September 2012 bis zum 6. Oktober 2012 nicht besucht habe. Grund sei ein Streit zwischen den Parteien gewesen. Da er ohne die Anwesenheit der Gesuchstellerin die Tochter nicht besuchen können, habe er auf die Besuche verzichtet. Ab November 2012 bis jetzt habe er die Tochter C. _____ jedoch wöchentlich besucht (Urk. 29 S. 8).

2. Rechtliches

E. 2

Hiergegen erhob die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 22. Oktober 2012 (Urk. 22) innert Frist Berufung, wobei sie oben angeführte Anträge stellte. Mit Beschluss vom 3. Dezember 2012 wurde der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Sodann wurde dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchsgegner) mit Verfügung vom

E. 2.1

Eltern, denen die Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dem Gericht steht bei der Festsetzung des Besuchsrechts ein grosser Ermessensspielraum zu (Art. 4 ZGB; BGE 122 III 404 E. 3a mit Hinweisen; ZR 103 Nr. 35). Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechtes gilt immer das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist (BGE 131 III 212 und daselbst zit. Entscheide). Wie die Verweigerung und der Entzug des Besuchsrechts bedarf auch die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts konkreter Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kindeswohls. Das begleitete Besuchsrecht als solches muss verhältnismässig sein (BSK

- 14 - ZGB I-Schwenzer, Art. 273 N 26 m.w.H.). Eine bloss abstrakte Gefahr einer möglichen ungünstigen Beeinflussung des Kindes reicht nicht aus, um den persönlichen Verkehr nur in begleiteter Form zuzulassen. Denn ein Besuch unter Aufsicht einer Begleitperson hat nicht denselben Wert wie ein unbegleiteter, der in der Regel ungezwungener erfolgt. Sodann führt namentlich die gegen den Willen des berechtigten Elternteils angeordnete Begleitung nicht selten zur Verbitterung des Berechtigten, wodurch wiederum die reibungslose Abwicklung des Besuchsrechts und damit dieses selbst in Frage gestellt wird. Daher ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Anordnung dieser Massnahme

am Platz. Auf jeden Fall darf die Eingriffsschwelle beim begleiteten Besuchsrecht nicht tiefer angesetzt werden, als wenn es um die Verweigerung oder den Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr überhaupt ginge. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass im letzteren Fall der Grund, der eine Gefahr für das Kindeswohl befürchten lässt, derart ist, dass die Gefährdung weder durch die Anordnung einer Begleitung noch durch andere Massnahmen (beispielsweise eine Weisung) ausgeschlossen werden kann. Das begleitete Besuchsrecht ist als Alternative zur Verweigerung des Besuchsrechts zu verstehen und nicht als solche zum ordentlichen, unbegleiteten Besuchsrecht (BGE 122 III 404, 408). Das begleitete Besuchsrecht darf nicht Selbstzweck sein und ist als vorübergehende Massnahme für eine begrenzte Dauer anzuordnen. Im Idealfall sollte es nicht länger als ein Jahr dauern (Empfehlungen des Amtes für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich, ZvW 1999 S. 24), doch das Bundesgericht hat die Anordnung auch schon auf sieben Jahre hinaus gutgeheissen (BGE 120 II 229, 235).

E. 2.2

Gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB kann weiter bei Problemen im Zusammenhang mit der Besuchsrechtsgestaltung ein Beistand für das Kind ernannt werden mit der Aufgabe, auf eine Konfliktvermeidung bei der Besuchsausübung hinzuwirken oder die Durchführung der Besuchskontakte im Einzelnen zu bestimmen. Der Beistand hat dabei nach Massgabe der ihm vom Richter erteilten Weisungen den persönlichen Verkehr zu überwachen. Er ist grundsätzlich jedoch nicht ermächtigt, die Besuchsordnung anstelle des Richters zu ändern, und der Richter darf ihm eine solche Änderung auch nicht übertragen (BGE 118 II 241). Auch darf die Besuchsrechtsbeistandschaft nicht zu einer Delegation der behördlichen Verantwort-

- 15 - tung auf die mit der Durchführung solcher Massnahmen betrauten Stellen führen (BSK ZGB I-Breitschmid Art. 307 N 14). Die Abgrenzung ist dabei nicht immer einfach. Mindestens die Art und Häufigkeit und der Umfang der Besuche ist in jedem Fall vom Richter zu regeln (vgl. Y. Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, Diss. Freiburg 1996, S. 316f). 3. Vorab ist festzuhalten, dass von der Einholung eines medizinischen Gutachtens betreffend die Fähigkeit des Gesuchsgegners, die Tochter C._____ alleine zu beaufsichtigen, wie dies von der Gesuchstellerin beantragt wird, abgesehen werden kann. Im Eheschutzverfahren geht es in erster Linie darum, möglichst rasch eine optimale Situation für die Kinder zu schaffen. In aller Regel vermag das Gericht die ihm übertragene Aufgabe ohne Beizug eines Sachverständigen zu erfüllen. Ein Gutachten hat es nur dann einzuholen, wenn es an die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeit stösst und zur Entscheidungsfindung eine Fachmeinung benötigt, wobei ihm bezüglich dieser Frage ein gewisses Ermessen zukommt. Im Eheschutzverfahren holt das Gericht bei strittigen Kinderbelangen ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit des betreffenden Elternteils ein, wenn es Zweifel an dieser hat und die Erziehungsfähigkeit nicht selbständig beurteilen kann. Die Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens ist in Betracht zu ziehen, wenn aussergewöhnliche Umstände vorliegen, welche die Entwicklung des Kindes ernstlich gefährden. Vorliegend wird weder ein Erziehungsfähigkeitsgutachten noch ein kinderpsychiatrisches Gutachten beantragt, sondern ein Gutachten über die Fähigkeit des Gesuchsgegners, seine Tochter unbeaufsichtigt zu betreuen. Die Frage, ob der Gesuchsgegner über die nötige Aufsichtsfähigkeit zur Beaufsichtigung seiner Tochter verfügt, vermag das Gericht in Ausübung seines pflichtgemässen Ermessens selbständig zu beantworten. In einem nächsten Schritt ist deshalb zu prüfen, ob die vorinstanzliche Be-

suchsrechtsregelung im Einklang mit dem Kindeswohl steht. Es ist zu untersuchen, ob die Regelung den Bedürfnissen von C._____ und den Möglichkeiten des Gesuchsgegners entspricht. Dabei ist insbesondere näher auf den Entwicklungsstand von C._____ und auf die persönlichen Verhältnisse des Gesuchsgegners einzugehen.

- 16 - 4. Zum Vorbringen des Gesuchsgegners, wonach die von der Gesuchstellerin eingereichten Urkunden betreffend dessen Gesundheitszustand (Urk. 25/1-3) rechtswidrig erlangt worden und deshalb nicht verwertbar seien, ist folgendes festzuhalten. Gemäss Art. 152 Abs. 2 ZPO werden rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Es wird zwischen formell und materiell rechtswidrigen Beweismitteln unterschieden. Bei letzteren handelt es sich um solche, die unter Verletzung der materiellen Rechtsordnung beschafft wurden, so beispielsweise gestohlene Urkunden (KUKO ZPO-Schmid, Art. 152, N 14). Der Gesuchsgegner macht geltend, die Gesuchstellerin habe die fraglichen Urkunden ohne Einwilligung des Gesuchsgegners beschafft, ohne indes näher auszuführen, wie die Gesuchstellerin in den Besitz der Urkunden gelangt sein soll. Damit handelt es sich beim Vorbringen des Gesuchsgegners um eine blosser Behauptung, weshalb die fraglichen Urkunden im vorliegenden Verfahren verwertbar sind. 5. Zum Entwicklungsstand von C._____ lässt sich den Akten folgendes entnehmen. Mit Beschluss vom 10. Mai 2011 der damaligen Vormundschaftsbehörde der Gemeinde D._____ (Urk. 25/12) wurde für C._____ eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1-3 ZGB errichtet (Ziffer 1 des vorgenannten Beschlusses). Die elterliche Sorge wurde in Bezug auf schulische und therapeutische Fragen eingeschränkt und der Beiständin übertragen (Ziffer 4 des Beschlusses). C._____ trat im August 2011 in E._____ in den Sprachheilkindergarten ein (Urk. 25/4). Seit August 2012 besucht sie den gewöhnlichen Kindergarten (Urk. 19 S. 6). Sie besucht zweimal wöchentlich eine logopädische Therapie (Urk. 25/6). Im März 2012 wurde C._____ dem Kinderspital Zürich zur entwicklungspsychiatrischen Abklärung zugewiesen. Dem diesbezüglichen Bericht vom

E. 6

Dezember 2012 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 28), welche dieser mit Eingabe vom 20. Dezember 2012 innert Frist erstattete, wobei er oben angeführte Anträge stellte (Urk. 29). Die Berufungsantwort des Gesuchsgegners wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 30). 3. Die Dispositiv-Ziffern 1-3 und 5-9 des vorinstanzlichen Eheschutzentscheidens blieben unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind, wovon Vormerk zu nehmen ist.

- 7 - II. A. Vorbemerkungen 1. Vorliegend ist einzig das Besuchsrecht des Gesuchsgegners strittig. Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten und somit auch hinsichtlich des Besuchsrechts den uneingeschränkten Offizial- und Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO), weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. 2. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. B. Noven / Untersuchungsmaxime 1. Die Gesuchstellerin reicht mit der Berufungsbegründung zahlreiche Unterlagen zum Gesundheitszustand der Tochter und des Gesuchsgegners ein (vgl. Urk. 25/1-2, 25/4, 25/6-7 und 25/12). Sie führt diesbezüglich aus, dass es sich hierbei zwar um ältere medizinische Unterlagen handle, doch hätte die Vorinstanz die Ausführungen der Gesuchstellerin, wonach der Gesuchsgegner aufgrund seiner psychischen Erkrankung und seiner

Gedankenverlorenheit nicht in der Lage sei, die Tochter alleine zu beaufsichtigen, ernst nehmen müssen. So hätte der Vorderrichter im Rahmen seiner richterlichen Fragepflicht in der persönlichen Befragung nachfragen müssen und aufgrund der Untersuchungsmaxime fundierte Abklärungen durch einen Gutachter oder zumindest eine geeignete Fachstelle anordnen müssen (Urk. 22 S. 4, 8 und 11). 2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die

- 8 - Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat indes eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Allerdings können die Parteien vorbringen, in der ersten Instanz sei die Untersuchungsmaxime verletzt worden, indem gewisse Fakten unberücksichtigt geblieben seien. Falls dies zutrifft, sind die entsprechenden Vorbringen zu berücksichtigen (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414). Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Auch hier können mit Vorbringen, wonach die Untersuchungsmaxime im erstinstanzlichen Verfahren verletzt worden sei, bisher unberücksichtigte Behauptungen und Beweismittel vorgebracht werden (F. Hohl, a.a.O., Rz 2415). 3. Die Gesuchstellerin macht in ihrer Berufung sinngemäss eine Verletzung der Untersuchungsmaxime geltend. Nach dem vorstehend Erwogenen sind deshalb die Unterlagen zum Gesundheitszustand der Tochter und des Gesuchsgegners im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen, obwohl diese keine Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO darstellen. C. Besuchsrecht 1. Prozesshintergrund / Parteistandpunkte

E. 8

September 2012 bis zum 6. Oktober 2012 nur einmal besucht habe, nämlich am 6. Oktober 2012 für zwei Stunden (Urk. 22 S. 13).

E. 13

März 2012 sind die von der Gesuchstellerin gemachten Ausführungen betreffend den Entwicklungsstand von C._____ zu entnehmen, insbesondere, dass das Entwicklungsalter von C._____ demjenigen eines dreieinhalbjährigen Kindes entspricht. Weiter geht daraus hervor, dass C._____ grobmotorisch insgesamt ungeschickt wirkt und beispielsweise die Treppe im Nachstellschritt hinuntersteigt (Urk. 25/4 S. 3 f.). Aus dem logopädischen Überweisungsbericht des Sprachheilkindergartens vom 8. August 2012 geht hervor, dass C._____s Sprachverständi-

- 17 - gungsleistungen sowohl im Schweizer- als auch im Hochdeutsch sehr stark eingeschränkt sind. Ferner ist dem Bericht zu entnehmen, dass die Grob- und Feinmotorik von C._____ nicht altersentsprechend sind. Auch sei die Raumwahrnehmung auffällig, weshalb C._____ Distanzen offenbar schlecht einschätzen könne. So habe sie sich beispielsweise mehrmals nacheinander den Kopf unter dem Tisch angeschlagen (Urk. 25/6

S. 2). 6. Zu den persönlichen Verhältnissen des Gesuchsgegners ist den Akten zu entnehmen, dass dieser von 1985 bis 1990 in einem Wohnheim gelebt hat und damals verbeiständet gewesen ist. Der Gesuchsgegner verfügt infolge einer Gehirnschädigung über einen Intelligenzquotienten von 52 und ist arbeitsunfähig (Urk. 25/1). Er bezieht eine Invalidenrente sowie eine Hilflosenentschädigung (Urk. 12 S. 2). Vor Vorinstanz führte er ausserdem aus, dass er an Nervosität leide (Urk. 19 S. 9). Nachdem der Gesuchsgegner die unsubstantiierte Behauptung der Gesuchstellerin, wonach er nicht mehr bei seiner Mutter und seinem Stiefvater wohne und mal da mal dort schlafe, bestritten hat, ist nach wie vor davon auszugehen, dass er zusammen mit seinen drei älteren Kindern aus erster Ehe, seiner Mutter und seinem Stiefvater zusammenwohnt (vgl. Urk. 19 S. 7). 7. Würdigung 7.1. Die Gesuchstellerin hat bereits in der persönlichen Befragung anlässlich der Hauptverhandlung vom 13. August 2012 Zweifel an der Aufsichtsfähigkeit des Gesuchsgegners geäussert und hat in diesem Zusammenhang den Vorfall mit dem Feuerzeug sowie dem Treppensturz von C._____ geschildert. Ihr war damit die Tatsache, dass der Gesuchsgegner manchmal gedanklich abschweift, während er auf C._____ aufpasst, schon vor dessen eigenen Ausführungen dazu bewusst. Dem Protokollauszug der damaligen Vormundschaftsbehörde der Gemeinde D._____ vom 10. Mai 2011 ist im Übrigen zu entnehmen, dass die Gesuchstellerin bereits im Zusammenhang mit dem Verfahren betreffend die Verbeiständung von C._____ gegenüber der Vormundschaftsbehörde ausführte, dass sie C._____ bei einer allfälligen Abwesenheit unmöglich dem Vater überlassen könne, da dieser nicht in der Lage sei, C._____ angemessen zu versorgen (Urk. 25/12). Entgegen dem Vorbringen des Gesuchsgegners ist es unerheblich,

- 18 - dass der Bericht fast zwei Jahre alt ist, da die geistige Beeinträchtigung des Gesuchsgegners, welche für die Frage seiner Aufsichtsfähigkeit von Bedeutung ist, unverändert geblieben ist. Nach dem Gesagten ist nicht davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner im Zuge ihrer emotionalen Erieferung über die Ausführungen des Gesuchsgegners betreffend seine Gedankenlosigkeit kein unbegleitetes Besuchsrecht gewähren wollte. Vielmehr erscheint die Erklärung der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, wonach sich zwischen ihr und der Gesuchstellerin ein Missverständnis betreffend den ursprünglichen Antrag eines unbegleiteten Besuchsrechts ergeben hat, glaubhaft. 7.2. Die Argumentation der Gesuchstellerin, wonach sich aufgrund der Tatsache, dass der Gesuchsgegner Anspruch auf eine Hilflosenentschädigung habe, ergebe, dass er nicht in der Lage sei auf sich selber, geschweige denn auf seine Tochter aufzupassen, ist zu kurz gegriffen. Aufgrund des Umstandes, dass eine Person, welche gemäss Art. 9 ATSG hilflos ist und deshalb für alltägliche Lebensverrichtungen dauernd der Hilfe Dritter oder der persönlichen Überwachung bedarf, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass diese nicht fähig ist, alleine ein Kind mit einem Entwicklungsalter von dreieinhalb Jahren zu beaufsichtigen. 7.3. a) Die von der Gesuchstellerin als gefährlich geschilderten Vorfälle ereigneten sich alle anlässlich der Treffen zwischen C._____ und dem Gesuchsgegner. Die Parteivorbringen hinsichtlich des Vorfalls betreffend die Überquerung der Strasse divergieren erheblich voneinander, weshalb sich der Sachverhalt nicht abschliessend ermitteln lässt. Unabhängig davon ist anhand dieses Vorfalls jedoch ersichtlich, dass – entgegen dem Gesuchsgegner – bei der Beaufsichtigung von C._____ eine erhöhte Aufmerksamkeit nötig ist, da sie offenbar nicht in der Lage ist, die Gefahren des Strassenverkehrs abzuschätzen und sich entsprechend zu verhalten. Die Vorinstanz zieht aus dem Umstand, dass sich der Treppensturz und der Vorfall mit dem Feuerzeug

ereigneten, als die Gesuchstellerin jeweils kurzzeitig anderweitig beschäftigt war, den Schluss, dass sich solche Vorfälle ohne Weiteres auch dann ereignen könnten, wenn C._____ von der Gesuchstellerin oder ei-

- 19 - ner Drittperson betreut und nur kurz unbeaufsichtigt bleibt. Diese Schlussfolgerung lässt jedoch den Gesundheitszustand des Gesuchsgegners gänzlich ausser Acht. Vor dem Hintergrund, dass dieser über einen Intelligenzquotienten von 52 verfügt, ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner aufgrund seiner geistigen Behinderung nicht im gleichen Mass wie Personen ohne geistige Beeinträchtigung in der Lage ist, gefährliche Situationen vorauszusehen und in adäquater Weise darauf zu reagieren. Deshalb ist die Gefahr, dass sich gefährliche Situationen bei einem unbegleiteten Besuchsrecht des Gesuchsgegners häufen könnten, nicht von der Hand zu weisen, zumal er vor Vorinstanz einräumte, dass er während der Aufsichtspflicht gegenüber C._____ manchmal nicht aufpasse, weil er anderen Gedanken nachgehe. Daran ändert auch nichts, dass der Gesuchsgegner kurz darauf in Abrede gestellt hat, während der Aufsichtspflicht gegenüber C._____ unzuverlässig zu sein (Urk. 19 S. 7). b) Nachdem sich der Treppensturz und der Vorfall mit dem Feuerzeug während einer bloss kurzzeitigen Abwesenheit der Gesuchstellerin ereigneten, kann entgegen der Vorinstanz nicht mehr der Schluss gezogen werden, dass die gedanklichen Abschweifungen des Gesuchsgegners nicht als ausserordentlich gewertet werden könnten und deshalb keine Einschränkung seiner Aufsichtsfähigkeit gegenüber seiner Tochter C._____ darstellten. Es bestehen vielmehr durchaus Anhaltspunkte, dass sich die von der Gesuchstellerin geschilderten gefährlichen Vorfälle während der Aufsichtspflicht des Gesuchsgegners häufen würden bzw. sich ähnliche oder gar gefährliche Situationen ereignen könnten, wenn dem Gesuchsgegner ein unbegleitetes Besuchsrecht eingeräumt würde. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das Vorbringen des Gesuchsgegners, wonach sich innerhalb der vergangenen sechs Jahre lediglich drei gefährliche Vorfälle ereignet hätten, unbehelflich ist. Von Relevanz ist vielmehr, dass sich die gefährlichen Vorfälle durchwegs während der Aufsichtspflicht des Gesuchsgegners und der kurzen Abwesenheit der Gesuchstellerin ereigneten. c) Mit Bezug auf den Vorfall mit dem Feuerzeug ist zweierlei festzuhalten. Einerseits zeigt die Tatsache, dass der Gesuchsgegner im Zeitpunkt dieses Vorfalls offenbar am Computer beschäftigt war (vgl. Urk. 19 S. 4), dass er C._____

- 20 - nicht die nötige Aufmerksamkeit entgegengebracht hat, sondern mit sich selbst beschäftigt war. Andererseits wird anhand dieses Ereignisses erneut ersichtlich, dass C._____ einen erhöhten Betreuungsbedarf hat als andere siebenjährige Kinder, da ihr Entwicklungsalter lediglich dreieinhalb Jahre beträgt. So ist davon auszugehen, dass sich ein siebenjähriges Kind der Gefahren, welche sich durch das Herumspielen mit einem Feuerzeug ergeben, bewusst ist, während ein dreieinhalbjähriges Kind noch nicht in der Lage ist, solche Gefahren abzuschätzen. Generell ist ein dreieinhalbjähriges Kind im Vergleich zu einem siebenjährigen Kind viel weniger in der Lage, gefährliche Situationen vorauszusehen und entsprechend zu handeln, weshalb bei der Beaufsichtigung wie erwähnt eine erhöhte Aufmerksamkeit erforderlich ist. An dieser Stelle sei noch darauf hingewiesen, dass es unerheblich ist, wer das Feuerzeug herumliegen liess. Denn hätte der Gesuchsgegner der Tochter die nötige Aufmerksamkeit entgegengebracht, wäre es nicht zu diesem Vorfall gekommen. d) Vor dem Hintergrund, dass C._____ grobmotorisch ungeschickt ist und sie offenbar Distanzen schlecht einschätzen kann, ist ferner davon auszugehen, dass sie sich schneller verletzt als Kinder ohne Behinderung. Es ist denn auch

nicht auszuschliessen, dass der Treppensturz in einem Zusammenhang mit der Behinderung von C._____ steht. Auch dieser Vorfall zeigt, dass hinsichtlich der Beaufsichtigung der Tochter eine erhöhte Aufmerksamkeit erforderlich ist. 7.4. Nach den vorstehenden Erwägungen ist eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls von C._____ bei einem unbegleiteten Besuchsrecht des Gesuchsgegners nicht von der Hand zu weisen. Weil durch keine mildere Massnahme eine genügende Beaufsichtigung von C._____ während den Besuchszeiten des Gesuchsgegners gewährleistet ist, ist weiterhin ein begleitetes Besuchsrecht anzusetzen. 7.5. Für C._____ besteht wie bereits erwähnt eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1-3 ZGB. Deshalb ist der Beiständin die Organisation, Koordination und Umsetzung des begleiteten Besuchsrechts, insbesondere die Bestimmung einer Drittperson, welche das Besuchsrecht begleiten soll oder allenfalls die Organisation des Besuchsrechts in einem Besuchstreff zu übertragen. Da der Ge-

- 21 - suchsgegner bei seiner Mutter und seinem Stiefvater wohnt, besteht die Möglichkeit, die Begleitung des Besuchsrechts an die Grossmutter von C._____ zu delegieren. Der Umstand, dass es zwischen den Parteien seit der Trennung offenbar zu Konflikten gekommen ist, zeigt, dass die Ausübung des Besuchsrechts im Beisein der Gesuchstellerin längerfristig nicht angängig ist. 7.6. Grundsätzlich ist ein begleitetes Besuchsrecht zu befristen. Angesichts des provisorischen Charakters von Eheschutzmassnahmen ist vorliegend jedoch von einer solchen Befristung abzusehen. Die Entwicklung der Verhältnisse zwischen dem Gesuchsgegner und seiner Tochter ist indes regelmässig von der zuständigen Beiständin zu prüfen. Sollte sie im Laufe der Zeit zum Ergebnis gelangen, dass der Gesuchsgegner in der Lage ist, das Besuchsrecht selbstverantwortlich wahrzunehmen, indem er seine Tochter hinreichend zu beschäftigen vermag und ihr die nötige Aufmerksamkeit entgegenbringt, besteht jederzeit die Möglichkeit, ein Abänderungsverfahren einzuleiten. Aufgrund des summarischen Charakters des Verfahrens ist das im Rahmen von eheschutzrechtlichen Massnahmen angeordnete Besuchsrecht leicht abzuändern (Maier, Aktuelles zu Eheschutzmassnahmen, Scheidungsgründen und Kinderbelangen anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, in: AJP 1/2008 S. 87). 7.7. Abschliessend bleibt festzuhalten, dass der Umfang des Besuchsrechts von keiner Partei beanstandet wurde und der gängigen Praxis entspricht, weshalb es keinen Grund gibt, vorliegend davon abzuweichen. D. Unentgeltliche Prozessführung 1. Auch der Gesuchsgegner stellt für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 29 S. 2). Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist. Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, in-

- 22 - dem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie benötigt (BGE 128 I 225 E. 2.5.1; BGer vom 1. Juli 2009, 4D_30/2009 E. 5.1). 2. Der Gesuchsgegner macht unter Verweis auf die im vorinstanzlichen Verfahren eingereichten Belege (Urk. 13/1-8) zu seinen finanziellen Verhältnissen geltend, dass sich seine finanzielle Situation seit Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens nicht verändert habe, weshalb er weiterhin als prozessarm gelte (Urk. 29 S. 8). Davon ist auszugehen. Sodann konnte nicht von vorneherein gesagt werden, dass die Gewinnaussichten des

Gesuchsgegners im Berufungsverfahren beträchtlich geringer waren als die Verlustgefahren. Ausserdem war er auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung seiner Interessen angewiesen. Damit ist dem Gesuchsteller auch im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und die von ihr beantragte Rechtsvertretung beizugeben. III. 1. Schliesslich sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zu regeln (Art. 106 ZPO). Anlass zum vorliegenden Berufungsverfahren gab einzig die Regelung des Besuchsrechts zwischen dem Gesuchsgegner und der Tochter. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichtes sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Nach dem Gesagten sind die Parteien je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten, weshalb ihnen die Gerichtskosten je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen sind (Art. 106 ZPO). 2. Infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts des Staates (Art. 123 ZPO). In Anwendung der §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2

- 23 - lit. b, 8 Abs. 1 und 12 der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebV OG) ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr auf Fr. 4'500.– festzusetzen. Es wird beschlossen:

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