

ZH_OBERGERICHT LE170050 vom 5. Dezember 2017

ZH Obergericht, 2017-12-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170050

FR: ZH_OBERGERICHT LE170050 du 5 décembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE170050 del 5 dicembre 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und Eltern der beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011 (6 Jahre alt), und D._____, geboren am tt.mm.2016 (1 Jahr alt). Mit Eingabe vom 31. Mai 2017 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsklagte (fortan: Gesuchstellerin) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Dietikon (fortan: Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 1). Betreffend den erstinstanzlichen Prozessverlauf kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 41 S. 2 ff.). Die Parteien schlossen anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 21. Juli 2017 unter Mitwirkung des Gerichts eine Trennungsvereinbarung (Urk. 29). Am 21. Juli 2017 erliess die Vorinstanz den eingangs zitierten Endentscheid (Urk. 41).

E. 2

Dagegen erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) am 14. August 2017 rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs genannten Berufungsanträge (Urk. 40 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 17. August 2017 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum Gesuch des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 46). Mit Eingabe vom 28. August 2017 erklärte die Gesuchstellerin, dass sie sich dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht widersetze. Gleichzeitig verlangte sie im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts für die beiden Kinder C._____ und D._____ sowie die Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft (Urk. 47). Mit Verfügung vom 4. September 2017 wurde der Berufung des Gesuchsgegners mit Ausnahme von Dispositiv-Ziffer 3.2 lit. c Absatz 2 die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 52). Für die Dauer des Berufungsverfahrens wurde ausserdem das Besuchsrecht im Sinne einer superprovisorischen Massnahme wie folgt abgeändert: "3.2 c) Besuchsrecht [...] Der Vater ist ab sofort berechtigt, die Kinder jeweils wöchentlich am Sonntag für 3 Stunden von 14.00 Uhr bis 17.00 Uhr in Begleitung des Grossvaters der Kinder mütterlicherseits zu sehen. Übergabeort ist der Treffpunkt am Hauptbahnhof Zürich. [...]" Darüber hinaus wurde beiden Parteien für die weitere Dauer des Berufungsverfahrens verboten, mit den Kindern C._____ und D._____ ins Ausland auszuwandern. Der Gesuchstellerin wurde alsdann Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten. Weiter wurde beiden Parteien Frist angesetzt, um zum jeweiligen Gesuch der Gegenpartei um Anordnung vorsorglicher Massnahmen sowie den prozessualen Anträgen Stellung zu nehmen (Urk. 52). Noch während laufender Frist des Gesuchsgegners zur Stellungnahme verlangte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 13. September 2017, es sei das mit Verfügung vom

E. 2.1

Schliesslich sind die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu beurteilen. Eine gesuchstellende Partei hat dann Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Es besteht zudem ein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der gesuchstellenden Partei notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

- 27 -

E. 2.2

Die Vorinstanz gewährte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 41 S. 15). Deren finanzielle Situation hat sich seither nicht verbessert. Die Gesuchstellerin ist nicht erwerbstätig, erhält aktuell vom Gesuchsgegner keine Unterhaltsbeiträge und wird von den Sozialbehörden unterstützt (Urk. 47 S. 8 f.). Der Gesuchsgegner erzielt unbestrittenermassen gemäss vorinstanzlichem Entscheid ein Einkommen als selbständiger Taxichauffeur von ca. Fr. 3'000.– pro Monat, wobei er weder in der Lage scheint, für seine eigenen Lebenshaltungskosten im Umfang von Fr. 3'540.– noch für diejenigen der Gesuchstellerin und der Kinder aufzukommen (Urk. 41 S. 14 und Urk. 40 S. 27). Nach dem Gesagten sind beide Parteien als mittellos zu betrachten und bedürfen – auch für das Berufungsverfahren – eines Rechtsvertreters. Ihre Standpunkte im Berufungsverfahren sind sodann nicht als im armenrechtlichen Sinne aussichtslos anzusehen. Es ist daher für das Berufungsverfahren beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Es wird beschlossen: 1. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin Dr. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 2. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 3. Der Antrag des Gesuchsgegners auf Bestellung eines Kindsvertreters für die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2016, wird abgewiesen. 4. Der Gesuchsgegner wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens für berechtigt erklärt, C._____ und D._____ wöchentlich am Sonntagnachmittag von 14.00 bis 17.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

- 28 - Das vorgenannte Besuchsrecht des Gesuchsgegners wird für die ersten 7 Besuchstreffen dahingehend eingeschränkt, als es der Gesuchsgegner nur in Begleitung ausüben darf. Die Kosten des begleiteten Besuchsrechts sind von den Parteien je hälftig zu tragen. 5. Für die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2016, wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens eine Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet. Der Beistand wird damit beauftragt. - die schrittweise Wiederaufnahme der Kontakte des Gesuchsgegners zu den Kindern C._____ und D._____ im Rahmen des vorstehend unter Dispositiv-Ziffer 4 angeordneten Besuchsrechts zu organisieren; - die Durchführung der begleiteten Besuchstreffen insoweit zu überwachen, als er in regelmässigen Abständen die Einhaltung und die Durchführung der Besuche bei der zuständigen Fachstelle oder Drittperson in Erfahrung zu bringen hat; - nötige weitergehende Massnahmen zu beantragen. Die KESB Dietikon wird mit dem Vollzug der Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB beauftragt.

E. 2.3

Ein Blick in das vorinstanzliche Protokoll zeigt, dass die an der Hauptverhandlung anwesenden Parteien von der Vorinstanz nicht befragt wurden (Prot. I S. 5 ff.). Auch finden sich in den übrigen Vorakten keine Hinweise auf eine gerichtliche Anhörung der Parteien. Das Eheschutzverfahren ist – von klaren und unbestrittenen Verhältnissen abgesehen – mündlich und die Parteien haben persönlich zu erscheinen (Art. 273 Abs. 1 und 2 ZPO). Nebst den Urkunden dienen die Parteiverhöre in erster Linie als Beweismittel (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 9). Erst der direkte Kontakt ermöglicht dem Gericht, einen persönlichen Eindruck von den Parteien zu erhalten, und dient der Prozessbeschleunigung, was dem Charakter des summarischen Verfahrens entspricht (ZK ZPO - Sutter-Somm/Hostettler, Art. 273 N 5). Eine Parteibefragung ist in der Regel auch deshalb zweckmässig, weil die Parteien meist mehr wissen, als sich aus den Vorträgen ihrer Anwälte ergibt. Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, ergibt sich die Pflicht zur Anhörung der Eltern direkt aus dem Gesetz (Art. 297 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Sie dient folglich einerseits der Sachverhaltsfeststellung und ist in Kinderbelangen eine Konsequenz der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime. Andererseits wird damit ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Eltern konkretisiert. Dadurch werden in einem besonders delikaten Bereich erhöhte Anforderungen an das rechtliche Gehör gestellt. Anzuhören sind die Eltern persönlich, nicht nur ihre Vertreter (BSK ZPO - Steck, Art. 297 N 7). Es ist somit generell von einem Obligatorium der Anhörung der Eltern im strittigen Eheschutzverfahren auszugehen (OGer ZH LE170017 vom 11. Oktober 2017, E. III.2.3.; OGer ZH LE150044 vom 09.10.2015, E. III./5.2.1; OGer ZH LE140020 vom 20.11.2014, E. II./3.1; OGer ZH LE130028 vom 26.11.2013, E. II./3.4.a). Unterbleiben darf die Anhörung eines Elternteils höchstens bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit (beispielsweise wegen unbekanntem Aufenthalts, Urteilsunfähigkeit, Krankheit; BK ZPO II - Spycher, Art. 297 N 10). Allenfalls ist die obligatorische Anhörung in solchen Fällen umständehalber ausnahmsweise schriftlich durchzuführen (BSK ZPO - Steck, Art. 297 N 10). Ein Ver-

- 23 - zicht auf die Anhörung der Eltern kommt grundsätzlich nicht in Frage. Unterbleibt die persönliche Anhörung der Eltern, ist dies als Rechtsverletzung anfechtbar (BSK ZPO - Steck, Art. 297 N 11).

E. 2.4

Darüber hinaus ist die Bedeutung der im Bereich der Kinderbelange geltenden sogenannten uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO besonders hervorzuheben. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um die prozessrechtliche Grundnorm zur Ermittlung des Sachverhalts bezüglich der Kinderbelange. Das Gericht hat auch ohne Parteienantrag sämtliche Tatsachen, die für die Anordnung über die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln. Wegleitend ist die Erkenntnis, dass in familienrechtlichen Angelegenheiten für die Kinder ein verstärktes Bedürfnis nach Schutz und ein erhöhtes Interesse an der materiellen Wahrheit besteht, deren Findung gefördert werden soll (BSK ZPO - Steck, Art. 296 N 3). Das Gericht ist dabei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, alle nötigen Abklärungen zu treffen. Es muss daher – unabhängig von Kostenüberlegungen oder Arbeitsbelastung – jede Sachverhaltsabklärung vornehmen, die notwendig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu erstellen. Es hat insbesondere durch Befragung der Parteien nachzuprüfen, ob ihre Vorbringen und Beweisofferten vollständig sind (ZK ZPO - Schweighauser, Art. 296 N 11; BSK ZPO -

Steck, Art. 296 N 12). Als Beweismittel zur "Erforschung" des Sachverhalts zu nennen sind in erster Linie die Anhörung der Eltern und (je nach Alter) der Kinder (vgl. Art. 297 ZPO) sowie die förmliche Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO (OGer ZH LE170017 vom 11. Oktober 2017, E. III.2.4.; OGer ZH LE150044 vom 09.10.2015, E. III./5.2.1). Denkbar sind jedoch auch diverse andere Beweiserhebungen (Befragung von Lehr- oder Vertrauenspersonen, Abklärungsberichte von Fachpersonen, Gutachten, angeordnete Beratungen, Beizug eines Sachverständigen etc.). Dabei sind die Gerichte gemäss ausdrücklicher Bestimmung nicht an die Beweismittel der Zivilprozessordnung gebunden (Art. 168 Abs. 2 ZPO; sog. Freibeweis). Das Gericht entscheidet zudem ohne Bindung an die Parteianträge (sog. Oficialmaxime; Art. 296 Abs. 3 ZPO).

- 24 -

E. 2.5

Vorliegend hat die Vorinstanz die Parteien insbesondere nie zu den Kinderbelangen befragt. Persönliche Aussagen der Parteien zur aktuellen gesundheitlichen Situation der Kinder, zur schulischen Situation von C._____ und zum streitgegenständlichen Aufenthaltsbestimmungsrecht fehlen gänzlich. Vielmehr genehmigte die Vorinstanz die Vereinbarung der Parteien vom 21. Juli 2017, ohne diese anzuhören. Zwar stellte die Vorinstanz den Parteien anlässlich der Verhandlung zur Wahl, ob sie angesichts der fortgeschrittenen Zeit basierend auf der Einschätzung des Gerichts zur Sach- und Rechtslage Konventionsgespräche führen wollten oder ob die Verhandlung abgebrochen und zur Fortsetzung der Verhandlung mit Replikrecht und Parteibefragung erneut vorgeladen werden sollte (Prot. I S. 18). Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die Vorinstanz die Parteien trotz Unterzeichnung einer vollständigen Trennungsvereinbarung zur Durchführung einer Parteibefragung erneut hätte vorladen müssen, um die Angemessenheit der Vereinbarung zu überprüfen und diese zu genehmigen. Wie dargelegt, kommt ein Verzicht auf die Anhörung der Eltern grundsätzlich nicht in Frage (vgl. vorstehend E. IV.2.3.). 3.1. Der Gesuchsgegner beanstandet weiter, dass die Vorinstanz C._____, geboren am tt.mm.2011, nicht angehört habe. Trotz des für die Kinder einschneidenden Entscheids, ob sie ihr Leben in der Schweiz in ihrer gewohnten Umgebung und mit einem vorzüglichen Schulsystem weiterführen dürfen oder ob sie in ein ihnen trotz früherer Besuche letztlich fremdes und fernes Land ziehen sollen, seien die Interessen der Kinder im vorinstanzlichen Verfahren nicht gewahrt worden. Ihnen sei weder ein Kinderanwalt zugeteilt noch sei C._____ angehört worden (Urk. 40 S. 22; Urk. 74 S. 3). Die Gesuchstellerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass weder die Bestellung eines Kindsvertreters noch die Anhörung von C._____ bei vorliegender Ausgangslage notwendig erscheine (Urk. 58 S. 27 und S. 32). 3.2. Soweit der Gesuchsgegner moniert, es sei den Kindern kein Prozessbeistand bestellt worden, kann auf die vorstehenden Erwägungen (vgl. E. II.4.) verwiesen werden. Auch wenn die Parteien vor Vorinstanz die Anhörung von C._____ nicht beantragt hatten, hat eine Kinderanhörung grundsätzlich in allen

- 25 - familienrechtlichen Verfahren stattzufinden (ZK ZPO - Schweighauser, Art. 298 N 24). Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, so ist das Kind gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO durch das Gericht oder eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich anzuhören, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Dies gilt insbesondere auch, wenn über den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes zu befinden ist. Das Bundesgericht geht im Sinne einer Richtlinie davon aus, dass die Anhörung des

Kindes in der Regel ab dem sechsten Altersjahr möglich ist (BGE 131 III 663 E. 1.2.3.). Ob die Vorinstanz den am tt.mm.2011 geborenen, im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids knapp sechsjährigen C._____ hätte anhören müssen, kann offengelassen werden, nachdem er jedenfalls im heutigen Zeitpunkt die massgebliche Altersgrenze überschritten hat.

E. 4

Nach dem Gesagten verletzte die Vorinstanz das rechtliche Gehör, indem sie die Parteien zu den Kinderbelangen nicht anhörte. Die im Rahmen der Befragung gemachten Aussagen der Parteien stellen ein zulässiges Mittel der Glaubhaftmachung von Parteivorbringen dar. Das Recht auf Beweis bildet das Korrelat zur Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast. Indem zu den umstrittenen Kinderbelangen keine Anhörung der Parteien stattgefunden hat, wurde den Parteien die Möglichkeit verwehrt, ihrer Glaubhaftmachungspflicht nachzukommen. Die Vorinstanz wird jedenfalls eine Anhörung gemäss Art. 297 Abs. 1 ZPO und allenfalls auch eine Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO durchzuführen haben. Weiter wird sie auch den sechsjährigen C._____ anzuhören haben. Alsdann wird sie zu entscheiden haben, ob das Verfahren spruchreif ist oder ob weitere Beweismassnahmen zu treffen sind und ob die von den Parteien anlässlich der Verhandlung vom 21. Juli 2017 getroffene Vereinbarung genehmigungsfähig ist.

E. 4.1

Ein begleitetes Besuchsrecht ist als Alternative zur Verweigerung des Besuchsrechts zu verstehen und nicht als solche zum ordentlichen, unbegleiteten Besuchsrecht (BSK ZGB I - Schwenger/Cottier, Art. 273 N 26). Denn ein Besuch unter Aufsicht einer Begleitperson hat nicht denselben Wert wie ein unbegleiteter, der in der Regel ungezwungener erfolgt. Die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts bedarf konkreter Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kindeswohls. Eine bloss abstrakte Gefahr einer möglichen ungünstigen Beeinflussung des Kindes reicht nicht aus, um den persönlichen Verkehr nur in begleiteter Form ausüben zu lassen. Es ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Anordnung dieser Massnahme am Platz (BGer 5A_102/2017 vom 13. September 2017, E. 4). Das begleitete Besuchsrecht ist insbesondere indiziert bei Verdacht auf sexuelle Übergriffe, Gewaltanwendungen, Entführungsgefahr, Suchtabhängigkeit oder psychischer Erkrankung, negativer Beeinflussung des Kindes, Überforderungen und Ängsten des Kindes sowie bei stark gestörtem Verhältnis unter den Eltern (BSK ZGB I - Schwenger/Cottier, Art. 273 N 26). Es ist insbesondere auch in Fällen zweckmässig, in denen es nach fehlendem Kontakt um das erneute Anbahnen einer Beziehung zwischen dem Kind und einem Elternteil geht (FamKomm Scheidung / Schreiner, Anh. Psych N 274).

E. 4.2

Es ist allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig und von hohem Wert ist und bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen kann. Andererseits darf das Kindeswohl durch Besuchskontakte nicht gefährdet werden. Mit Verfügung vom 4. September 2017 betreffend super-provisorische Massnahmen wurde aufgrund der glaubhaften Schilderungen der Gesuchstellerin davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien erhebliche Kommunikationsprobleme und ein hohes Konfliktpotential betreffend die Besuchskontakte bestünden, weshalb es sich mit Blick auf das Kindeswohl rechtfertigte, das Besuchsrecht einstweilen weiterhin lediglich in Begleitung des Grossvaters der

Kinder stattfinden zu lassen (Urk. 52 S. 3). Mittlerweile ist der Grossvater mütterlicherseits offenbar nach Australien zurückgekehrt (Urk. 66/1-2), weshalb das begleitete Besuchsrecht seit Mitte September 2017 nicht mehr durchgeführt werden konnte (Urk. 74 S. 6, S. 14 und Urk. 79). Auch wenn bei der Gesuchstelle-

- 19 - rin viel Misstrauen gegenüber dem Gesuchsgegner vorhanden sein mag, ist es wichtig, so rasch als möglich eine vertrauensvolle Beziehung zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern wieder zu stärken und zu vertiefen und damit die Bedenken der Gesuchstellerin zu verringern. Konkrete Hinweise darauf, dass es den Kindern bei ihrem Vater nicht gut gehen oder dieser sie nicht ihrem Alter oder ihren Bedürfnissen entsprechend betreuen würde, liegen keine vor. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, die begleiteten Besuche so rasch als möglich fortzuführen und so die Wiederannäherung zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern in Überwachung eines Beistands zu fördern, und zwar wöchentlich am Sonntag für drei Stunden von 14.00 bis 17.00 Uhr (vgl. Urk. 29). Wie bereits die Vorinstanz festhielt, ist den Parteivorbringen bis auf die zwischen ihnen bestehenden Kommunikationsschwierigkeiten nichts zu entnehmen, was auf eine Kindeswohlgefährdung durch den Vater hinweisen würde (Urk. 41 S. 12). Das begleitete Besuchsrecht kann daher grundsätzlich nur eine Übergangslösung darstellen und ist für eine begrenzte Dauer anzuordnen (BGer 5A_728/2015 vom 25. August 2016, E. 2.2.). Ziel der Anordnung ist wie gesagt, die Wiederannäherung zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern zu erreichen (Urk. 47 S. 6, Urk. 55/2, Urk. 58 S. 11, Urk. 71 S. 6). Es erscheint daher angemessen, die ersten sieben Besuchsrechtskontakte zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern begleitet durchzuführen. Dies entspricht einem persönlichen Verkehr von 21 Stunden, was für eine Annäherung und die Wiederaufnahme der Vater-Kind-Beziehung ausreichend erscheint. Bei durchschnittlich vier Besuchen pro Monat wird diese begleitete Übergangsphase maximal zwei Monate dauern. Anschliessend, d.h. ab dem achten Besuchsrechtskontakt ist der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, die Kindern jeweils am Sonntagnachmittag von 14.00 Uhr bis 17.00 Uhr unbegleitet zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Das begleitete Besuchsrecht ist von der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) umgehend zu installieren. Die KESB wird zu entscheiden haben, ob das begleitete Besuchsrecht in einem Besuchstreff, in Begleitung einer gemeinsamen Vertrauensperson der Parteien oder durch eine von ihr zu beauftragende – und von den Parteien je hälftig zu bezahlende (Art. 276 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 308 Abs. 2 ZGB) – professionelle Kontaktbegleitung erfolgen soll.

- 20 - 5.1. Gemäss Art. 315a Abs. 1 ZGB trifft das Gericht, welches für die Eheschutzmassnahmen zuständig ist und die Beziehung der Eltern zu den Kindern gestaltet, auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die Kindes- schutzbehörde mit dem Vollzug. Erfordern es die Verhältnisse, so wird dem Kind ein Beistand ernannt. Dem Beistand können dabei besondere Befugnisse und Aufgaben übertragen werden, insbesondere die Überwachung des persönlichen Verkehrs (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Ordnet der Richter eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB an, so hat er die Pflichten des Beistandes klar zu umschreiben (BGE 118 II 241 E. 2; BGer 5C.68/2004 vom 26. Mai 2004, E. 2.4). Der Beistand kann mit der Überwachung des persönlichen Verkehrs im Sinne der Regelung von Über- und Rückgaben der Kinder im einzelnen betraut werden (BGE 118 II 241 E. 2). Er hat im Rahmen der gerichtlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung die für einen reibungslosen Verlauf der einzelnen Besuche nötigen Modalitäten so festzusetzen, dass Spannungen abgebaut, negative Beeinflussungen vermieden und die

Beteiligten bei Problemen beraten werden (BSK ZGB I - Breit- schmid, Art. 308 N 14). 5.2. Wie sich den Akten und Eingaben der Parteien entnehmen lässt, bestehen zwischen diesen Kommunikationsprobleme in Bezug auf die gemeinsamen Kinder C._____ und D._____, die einer reibungslosen Kindsübergabe entgegenstehen und das Wohl der Kinder beeinträchtigen (Urk. 40 S. 6 ff., Urk. 47 S. 2 ff., Urk. 55/2, Urk. 61 S. 4). Aufgrund der Geschehnisse und des bisherigen Verhal- tens beider Parteien können Zweifel an einer Beruhigung der Situation nicht voll- ständig ausgeräumt werden. Es wird daher an den Parteien sein, im Rahmen des noch laufenden Eheschutzverfahrens den Nachweis zu erbringen, dass sie im Stande sind, ihre Konflikte zum Wohl ihrer Kinder in den Hintergrund zu stellen, künftige Kindsübergaben ohne Auseinandersetzungen durchzuführen und einen kontinuierlichen und reibungslosen Kontakt des Gesuchsgegners zu seinen Kin- dern aufzubauen. Um den Parteien eine gewisse Hilfestellung zu gewähren und die Möglichkeit weiterer Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit den Kindsübergaben zu reduzieren, erscheint unter den gegebenen Umständen die Anordnung einer Besuchsbeistandschaft angemessen. Der Beistand ist damit zu beauftragen, die Wiederaufnahme der Kontakte von C._____ und D._____ zum

- 21 - Gesuchsgegner im Rahmen des anzuordnenden Kontaktrechts zu organisieren. Weiter hat er die begleiteten Treffen insoweit zu überwachen, als er in regelmäs- sigen Abständen die Einhaltung und die Durchführung der Besuche bei der zu- ständigen Stelle oder Drittperson in Erfahrung bringt. IV. 1. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet das vorinstanzliche Urteil (Urk. 41), mit welchem die anlässlich der Verhandlung vom 21. Juli 2017 ge- schlossene, eingangs zitierte Trennungsvereinbarung der Parteien genehmigt wurde (Urk. 29).

E. 4.3

Im vorinstanzlichen Verfahren wurde den Kindern kein Prozessbeistand bestellt. Dazu sah sich die Vorinstanz nicht veranlasst, waren doch im vorinstanz- lichen Verfahren weder die elterliche Obhut strittig noch wurde von den Parteien ein Antrag auf Einsetzung eines Kindsvertreters gestellt. Wie noch zu zeigen sein wird, ist das vorliegende Verfahren zur Vervollständigung des Sachverhalts, ins- besondere zur Anhörung der Parteien und von C._____ an die Vorinstanz zurück-

- 13 - zuweisen (vgl. nachstehend E. IV.5.). Entsprechend wird die Vorinstanz aufgrund der Anhörung der Parteien bzw. von C._____ zu beurteilen haben, ob sie die Ein- setzung eines Kindsvertreters als notwendig erachtet (Art. 299 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 ZPO). Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Bestellung eines Kindsvertreters für das vorliegende Berufungsverfahren, weshalb der Antrag des Gesuchsgeg- ners abzuweisen ist. III. 1. Vorsorgliche Massnahmen betreffend Kinderbelange können unter den all- gemeinen Voraussetzungen nach Art. 261 ff. ZPO grundsätzlich auch im Ehe- schutzverfahren erlassen werden (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 14 f.). Sie regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens und müssen daher umgehend erlassen werden. Bereits das Eheschutzverfahren dient der schnellen Schaffung einer einstweiligen Rege- lung und zielt nicht auf die endgültige Regelung der Verhältnisse ab. Dies gilt für vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren noch stärker; es besteht eine noch stärkere zeitliche Dringlichkeit und deren erwartete Geltungsdauer ist noch kürzer. Im Eheschutzverfahren geht es darum, möglichst rasch eine optimale Si- tuation für die Kinder zu schaffen (BGer 5A_57/2014 vom 16. Mai 2014, E. 4.6). Daher müssen vorsorgliche Massnahmen, die von Gesetzes wegen sofort voll-

streckbar sind (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO), grundsätzlich zulässig sein, um einer möglichen Kindeswohlgefährdung zu begegnen bzw. den Anspruch des Kindes auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem Gesuchsgegner zu schützen. Dabei ist der besondere eherechtliche Kontext zu beachten. Wie auch bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren kommt dem Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) in Eheschutzverfahren eine geringe Bedeutung zu, geht es doch darum, die möglichen Konfliktpunkte zwischen den Parteien sofort durch eine "Friedensordnung" zu be- seitigen. Insofern genügt es zu prüfen, ob das Anliegen der gesuchstellenden Partei berechtigt ist. Des Nachweises eines nicht leicht wieder gutzumachenden

- 14 - Nachteils im engeren Sinne von Art. 261 ZPO bedarf es dazu nicht (FamPra.ch 2013, S. 214). Die weiteren glaubhaft zu machenden Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind das Vorliegen eines materiellen An- spruchs zivilrechtlicher Natur, eine Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs sowie das Bestehen einer zeitlichen Dringlichkeit. Schliesslich ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; die Massnahme soll nicht weiter gehen, als es zum Schutz des Anspruchs notwendig ist (ZK ZPO - Huber, Art. 261 N 17 ff.). Letztere ist vorliegend gewahrt, da die beantragten vorsorglichen Massnahmen nur für eine sehr beschränkte Dauer gelten, nämlich höchstens bis zum Ab- schluss des hängigen Eheschutzverfahrens.

E. 5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verfahren nicht spruchreif ist. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO - Reetz/Hilber, Art. 318 N 35). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt keine Anhörung bzw. Parteibefragung stattgefunden hat und die Berufungsinstanz da- her durch eine nachträgliche Parteibefragung im Rechtsmittelverfahren faktisch

- 26 - die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen würde. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Rückweisung des Entscheids an die Vorinstanz zwecks Vervollstän- digung des Sachverhalts (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

E. 6

Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 21. Juli 2017 wird aufgehoben und die Sache wird zur Vervoll- ständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Er- wägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

E. 7

Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.

E. 8

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfah- rens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

- 29 -

E. 9

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kindes- und Erwachsenen- schutzbehörde des Bezirks Dietikon sowie an die Vorinstanz, je gegen Emp- fangsschein. Nach

unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 10

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 5. Dezember 2017
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. N. Gerber
versandt am: bz

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