

ZH_OBERGERICHT LE170053 vom 2. November 2017

ZH Obergericht, 2017-11-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170053

FR: ZH_OBERGERICHT LE170053 du 2 novembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE170053 del 2 novembre 2017

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Die Parteien heirateten am tt. November 2012 und haben eine gemeinsame Tochter, C.____, geboren am tt.mm.2011 (Urk. 5/1 S. 2).

E. 1.2

Die Parteien stehen sich seit März 2017 vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 5/1). Im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens wurden bereits mehrere vorsorgliche Massnahmebegehren behandelt (Prot. I S. 2, 5 und 10). Anlässlich

- 6 - der auf den 24. Mai 2017 angesetzten Verhandlung stellte der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegner) im Rahmen seiner Gesuchsantwort die eingangs wiedergegebenen Anträge um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Prot. I S. 15 f.). Über das Massnahmebegehren des Gesuchsgegners entschied die Vorinstanz mit der eingangs wiedergegebenen Verfügung vom 5. Juli 2017 (Urk. 5/89 [unbegründet] und Urk. 5/111 [begründet]).

E. 1.3

Gegen die Verfügung vom 5. Juli 2017 erhob die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 21. August 2017 innert Frist (vgl. Urk. 5/112/1) Berufung und stellte die vorstehend angeführten Berufungsanträge. Zusätzlich stellte sie das Gesuch, es sei ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen und ihr aufgrund der Ferienabwesenheit ihres Rechtsvertreters eine Frist zur Ergänzung der Berufungsschrift anzusetzen. Darüber hinaus ersuchte sie für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2 f.). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1-119). Der prozessuale Antrag um Ansetzung einer Frist zur Ergänzung der Berufungsschrift wurde mit Verfügung vom 1. September 2017 abgewiesen (Urk. 6). Nachdem der Gesuchsgegner sowie die Verfahrensbeteiligte zum Gesuch um aufschiebende Wirkung Stellung genommen hatten (Urk. 7 und Urk. 10), wurde dieses mit Verfügung vom 6. Oktober 2017 abgewiesen (Urk. 13). Da sich die Berufung – wie nachstehend zu zeigen sein wird – als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsentscheid kann gestützt auf die Akten ergehen (vgl. Art. 316 Abs. 1 ZPO).

E. 2

Vorbemerkungen

E. 2.1

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt dabei insofern eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, als dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015, E. 2.1). Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren mögli-

- 7 - chen Fehlern forschen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 30 ff.; ZWR 2014 S. 270, S. 271 f.). Vielmehr muss der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er anführt, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Ist die Berufung überhaupt nicht oder zumindest völlig unzureichend begründet, hat dies ein Nichteintreten zur Folge (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 38 mit weiteren Hinweisen).

E. 2.2

Neue Tatsachen können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Der im Berufungsverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 272 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 138 III 788 E. 4.2).

E. 2.3

Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Berufungsanträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositivziffern 1 (Obhut),

E. 3

Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen

E. 3.1

Die Gesuchstellerin erachtet die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen im Eheschutzverfahren als nicht gegeben. Es habe weder eine Gefährdung des materiellen Rechtsanspruchs auf Besuch und Betreuung der Tochter noch eine zeitliche Dringlichkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen bestanden (Urk. 1 S. 2 f. Ziff. 2).

- 8 -

E. 3.2

Hinsichtlich der allgemeinen Erwägungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend Kinderbelange im Eheschutzverfahren kann vollumfänglich auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 E. 1.2). 3.3.1 Die vorliegenden Massnahmen basieren auf dem materiellen Anspruch des Kindes und des Gesuchsgegners auf angemessenen persönlichen Kontakt (vgl. Art. 273 Abs. 1 ZGB). 3.3.2 Als Zweck der vorliegend angeordneten Besuchsrechtsregelung nannte die Vorinstanz neben der

Aufrechterhaltung der Vater-Kind-Beziehung insbesondere auch die Schaffung klarer Verhältnisse und einer angemessenen, regelmässigen und umsetzbaren Regelung. Es sei die höchst angespannte Situation zwischen den Parteien zu beruhigen. Dem Wohl von C. _____ sei denn auch am besten Rechnung getragen, wenn sie in Zukunft nicht bei jeder Übergabe den Streitereien der Parteien ausgesetzt sei. Das Besuchsrecht sei so auszugestalten, dass ein regelmässiger Ausbruch des zwischen den Parteien schwelenden Konflikts verhindert werden könne. Insbesondere in Fällen, in welchen die Eltern – wie vorliegend – stark zerstritten seien, sei die exakte Beachtung und Einhaltung des Besuchsrechts von grosser Bedeutung. Es gelte zu verhindern, dass laufend neue Konflikte, Unsicherheiten und unnötige Streitigkeiten das Besuchsrecht überschatten und dessen Qualität mindern würden. Es bestehe somit ein sehr grosses Interesse an der korrekten, regelmässigen und reibungslosen Durchführung des Besuchsrechts. Die Gefährdung des Anspruchs des Gesuchsgegners und von C. _____ auf einen regelmässigen Kontakt sei damit dargetan (Urk. 2 E. 3.3.4).

3.3.3 Die Gesuchstellerin wendet ein, der Besuchsrechtsanspruch des Gesuchsgegners sei nicht gefährdet, da keine Entfremdung vorliege. Die Gesuchstellerin habe dem Gesuchsgegner das Besuchsrecht mit der Tochter nie verwehrt oder den Kontakt abreißen lassen, geschweige denn den Kontakt zur Tochter verweigert. Der Gesuchsgegner habe C. _____ noch nie so regelmässig betreut wie seit Mitte April 2017. Davor sei er zu 100% arbeitstätig gewesen und C. _____ sei von ihr betreut worden (Urk. 1 Ziff. 2.2 f.).

- 9 - 3.3.4 Diese Ausführungen genügen den Anforderungen an eine Berufungsschrift nicht (vgl. vorstehend E. 2.1). Die Gesuchstellerin geht nicht ausreichend auf die überzeugende Argumentation der Vorinstanz und der von ihr aufgezeigten konfliktbeladenen Situation bzw. deren drohenden Auswirkungen auf C. _____ ein. Aus den Akten ist ersichtlich, dass es im Zusammenhang mit der Handhabung des Kontaktrechts und den Übergaben immer wieder zu Auseinandersetzungen gekommen ist. Die erste Kontaktregelung wurde von der Beiständin mit den Parteien erarbeitet. Schon damals sprach die Beiständin von Schwierigkeiten bei der Umsetzung der vereinbarten Kontaktregelung aufgrund des gegenseitigen Misstrauens der Parteien (Urk. 5/17 S. 2). In der Folge informierte die KESB des Bezirks Horgen die Vorinstanz dahingehend, dass ein Kontakt zwischen dem Gesuchsgegner und C. _____ von der Gesuchstellerin nur noch in Begleitung zugelassen werde (Urk. 5/50). Die Parteien konnten sich mit Vereinbarung vom 20. bzw. 28. April 2017 für die Dauer bis zur Verhandlung vom 24. Mai 2017 dann auf eine Besuchsrechtsregelung einigen (Urk. 5/62), trotzdem entstanden wiederum Meinungsverschiedenheiten betreffend die Ausführung (vgl. Urk. 5/73/11, 5/81 und 5/82). Die Übergaben gestalteten sich schwierig und mussten unter Beisein von Drittpersonen stattfinden (so erfolgten Übergaben beispielsweise im Büro des Rechtsvertreters der Gesuchstellerin [vgl. Urk. 5/62 Ziff. 4.b]). Eine Kommunikation zwischen den Parteien besteht nicht und scheint derzeit nur über die Anwälte möglich (Prot. I S. 35 f., 39). Da die Vereinbarung vom 20. bzw. 28. April 2017 nur bis zum Tag der Hauptverhandlung, dem 24. Mai 2017, galt, bestand nach diesem Datum keine verbindliche Regelung betreffend das Kontaktrecht mehr. Inwiefern es bei der vorliegenden hochgradig konfliktbelasteten Situation an der Notwendigkeit einer Regelung des Kontaktrechts gefehlt haben soll, ist nicht ersichtlich. Da keine Regelung bestand und sich die Parteien auch anlässlich der Hauptverhandlung nicht einigen konnten (vgl. Prot. I S. 40), war der Anspruch des Gesuchsgegners und jener von C. _____ auf einen regelmässigen gemeinsamen Kontakt gefährdet. Die Vorinstanz erachtete die Voraussetzung der Gefährdung eines

Rechtsanspruchs nach dem Gesagten zu Recht als gegeben. 3.4.1 Die Vorinstanz begründete die zeitliche Dringlichkeit damit, dass sich das Eheschutzverfahren aufgrund des schwelenden Konfliktes in die Länge ziehen

- 10 - dürfte. Der von der KESB am 1. Februar 2017 in Auftrag gegebene Abklärungsbericht über die sozialen und familiären Verhältnisse des kjz Horgens (Urk. 5/5/3) habe die Betreuungssituation nicht ermitteln können, weshalb die Parteien ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Eltern beantragt hätten. Zwar habe das Gericht noch nicht entschieden, ob ein Gutachten notwendig sei oder nicht. Auf jeden Fall sei die zeitliche Dringlichkeit bezüglich Regelung der Obhut, des Besuchsrechts und der Aufgabenerweiterung der Beiständin zu bejahen (Urk. 2 E. 1.3). 3.4.2 Die Gesuchstellerin entgegnet, da der Gesuchsgegner erst mehr als zwei Monate nach Rechtshängigkeit des Eheschutzverfahrens eine vorsorgliche Regelung begehrt habe, könne von einer zeitlichen Dringlichkeit nicht gesprochen werden. Dies umso weniger, als der Gesuchsgegner C._____ seit der Trennung mittwochnachmittags und jedes zweite Wochenende samstags oder sonntags regelmässig habe unbegleitet betreuen können. Von der Geburt der Tochter bis Mitte April 2017 hätten gar keine Konflikte mit Bezug auf das Besuchsrecht bestanden. Seit der Trennung im April 2017 habe sie dem Gesuchsgegner das Besuchsrecht sodann nie verwehrt oder den Kontakt abreißen lassen. Der Sachverhalt im von der Vorinstanz zitierten obergerichtlichen Entscheid OGer ZH LE160028 vom 20. September 2016 sei nicht mit der vorliegenden Situation vergleichbar, wo ein regelmässiges Besuchsrecht seit Mitte April 2017 nachgewiesen sei. Der Nachweis sei mit dem Besuchsprotokoll vom 22. April 2017 und den Aussagen der Parteien anlässlich der Hauptverhandlung erbracht. Alle aktenkundigen Konflikte zwischen den Parteien seien alte Geschichten, welche nicht die Besuchsrechtsausübung seit Mitte April 2017 betreffen und damit keine Dringlichkeit einer vorsorglichen Massnahme begründen würden (Urk. 1 S. 2 f. Ziff. 2). 3.4.3 Wie bereits in der Präsidialverfügung vom 6. Oktober 2017 dargelegt wurde (Urk. 13 E. 6.b), ging die Vorinstanz zu Recht von einer zeitlichen Dringlichkeit aus. Auf diese Erwägungen kann verwiesen werden. Das Recht von C._____ und des Gesuchsgegners auf einen regelmässigen und möglichst konfliktfreien Kontakt gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB setzt – insbesondere aufgrund der konfliktbehafteten Verhältnisse – eine Regelung des Besuchsrechts voraus. Da ab dem 25.

- 11 - Mai 2017 keine Regelung des Besuchsrechts mehr existierte und anlässlich der Verhandlung vom 24. Mai 2017 auch keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden konnte und es im Verfahren zu Weiterungen kommen wird (so wird die Vorinstanz die Anträge bzw. Empfehlung auf Erstellung eines Erziehungsfähigkeitsgutachten zu prüfen haben [vgl. die diesbezüglichen Anträge in Urk. 5/72 S. 8 und Prot. I S. 29 [Gesuchsgegner], Prot. I S. 19 [Kindsvertreter], Urk. 5/73/6 S. 5 [... Familiencoaching]), ging die Vorinstanz zu Recht von einer zeitlichen Dringlichkeit aus. Der Umstand, dass die vor der Hauptverhandlung vereinbarten Besuchstage durchgeführt worden seien (wobei – wie schon erwähnt – auch hierbei Unstimmigkeiten aufkamen [vgl. vorstehend E. 3.3.4]), ändert daran nichts.

E. 3.5

Gemäss den vorstehenden Erwägungen sind die Voraussetzungen für die vorsorgliche Regelung des Besuchsrechts erfüllt. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch die Vorinstanz ist damit nicht zu beanstanden.

E. 4

Besuchsrecht

E. 4.1

Mit der Trennungsvereinbarung vom 20. bzw. 28. April 2017 wurde dem Gesuchsgegner vom 22. April 2017 an bis zur Hauptverhandlung vom 24. Mai 2017 an jedem Mittwochnachmittag sowie an jedem Samstag bzw. Sonntag ein Besuchsrecht eingeräumt (vgl. Urk. 5/62 Ziff. 4 in Verbindung mit Urk. 5/17 S. 2). Die Vorinstanz ordnete im angefochtenen Entscheid das folgende Besuchsrecht an (Urk. 2, Dispositivziffer 2): - jeden Mittwoch nach Kindergartenschluss bis 18.00 Uhr; - jedes zweite Wochenende von Freitag nach Kindergartenschluss bis Sonntag, 18.00 Uhr. Als Begründung führte die Vorinstanz aus, dass weder das Alter von C._____ noch die Persönlichkeit, der Wohnort oder die Freizeit des Gesuchsgegners gegen ein gerichtsübliches Besuchsrecht sprechen würden. C._____ gehe gerne zu ihrem Vater und komme glücklich zurück. Sodann habe der Gesuchsgegner dargestellt, dass er geschäftlich flexibel sei und somit Zeit habe, sich angemessen um C._____ zu kümmern. Die Gesuchstellerin dagegen bringe nichts Stichhaltiges vor, das gegen ein gerichtsübliches Besuchsrecht inklusive Übernachtungen - 12 - sprechen würde. Vielmehr habe das Gericht den Eindruck, dass die Gesuchstellerin nicht fähig sei, ihre eigene konfliktgeladene Beziehung zum Gesuchsgegner vom Verhältnis des Gesuchsgegners zur Tochter zu trennen. So gebe die Gesuchstellerin an, es wäre für C._____ ein Schock von Mutter und Schwester getrennt zu werden, lasse aber die Tochter offenbar auch über Nacht bei Drittpersonen. Mit Besuchen beim Vater werde C._____ gerade nicht, wie von der Gesuchstellerin behauptet, aus ihrem sozialen Umfeld herausgerissen. Der Gesuchsgegner sei Teil ihres sozialen Umfelds. Festzuhalten sei zwar, dass der Gesuchsgegner durch sein Verhalten (mit Verweis auf den Abklärungsbericht vom 12. April 2017 [Urk. 5/67 Ziff. 5]) sicherlich nicht dazu beitrage, dass sich die Situation entspanne. Es sei aber enorm wichtig für das Kind, dass es zum Vater eine Beziehung aufbauen und diese verbessern könne. Eine kürzere Bemessung der Dauer des Besuchsrechts sei nicht angemessen. Vor allem bei jüngeren Kindern sei es wichtig, dass ein regelmässiger Kontakt erfolge und der Abstand zwischen zwei Besuchen nicht allzu lange sei. Auch brauche es die Übernachtung, damit sich in der Beziehung zwischen dem Gesuchsgegner und C._____ ein eigener Alltag einspielen könne. Bei einem Nachmittagsbesuch von wenigen Stunden sei dies nicht möglich (Urk. 2 E. 3.3.3).

E. 4.2

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass dem Kindsvater ein regelmässiges Besuchsrecht zusteht. Uneinig sind sich die Parteien jedoch hinsichtlich der zeitlichen Ausgestaltung.

4.3.1 Die Gesuchstellerin erachtet die Ausdehnung des Besuchsrechts bereits aufgrund von C._____s Alters als nicht gerechtfertigt (Urk. 1 S. 8 Ziff. 4). Entgegen dem sinngemässen Vorbringen der Gesuchstellerin gibt es keinen Grundsatz, welcher bei Kindern in C._____s Alter Übernachtungen ausschliessen würde. Wie bereits die Vorinstanz korrekt festhielt, bemisst sich die Ausgestaltung des Besuchsrechts am Kindeswohl und stellt eine Ermessensausübung im konkreten Einzelfall dar. Sodann stellen die in der Literatur aufgeführten Altersgrenzen keine Richtlinien dar, sondern sind lediglich als Orientierungshilfen zu verstehen. Immerhin ist festzuhalten, dass in der Praxis in den letzten Jahren eine deutliche Tendenz zur Erweiterung des Besuchsrechts zu beobachten ist (vgl. BSK ZGB I-

- 13 - Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 15). C._____ wird im November 2017 sechs Jahre alt. Ein Wochenendbesuchsrecht ist bei Kindern in ihrem Alter verbreitet und durchaus altersgerecht (vgl. BGer 5A_620/2016 vom 7. März 2017, E. 5). 4.3.2 Die Gesuchstellerin wirft der Vorinstanz im Weiteren vor, keine ausreichenden Abklärungen vorgenommen zu haben. Sie überschätze die Fähigkeiten des Gesuchsgegners samt dessen Wohn- und Arbeitssituation. Es sei unklar, wo sich die Wohnung des Gesuchsgegners befinde; auch sei deren Zustand unbekannt. Die Gesuchstellerin kritisiert im Weiteren, dass die Wohnung nicht begutachtet wurde. Schliesslich hält sie fest, dass man auch nichts über das soziale Umfeld des Gesuchsgegners wisse. Zu beachten sei sodann, dass C._____ noch nie in der neuen Wohnung gewesen sei (Urk. 1 S. 6 f. Ziff. 3.3). Wie bereits in der Präsidialverfügung vom 6. Oktober 2017 aufgezeigt wurde, ist der Gesuchstellerin die Adresse der neuen Wohnung des Gesuchsgegners in D._____ bereits spätestens seit dem 19. Juni 2017 bekannt (vgl. Urk. 13 E. 7). Umstände, welche Zweifel an einem kindgerechten Zustand der Wohnung we- cken könnten, ergeben sich aus den Akten nicht. Auch nennt die Gesuchstellerin keine solchen. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, der Vorinstanz pauschal vor- zuwerfen, keine ausreichenden Abklärungen vorgenommen zu haben. Auch im Berufungsverfahren blieb unklar, weshalb die Gesuchstellerin der Ansicht ist, Übernachtungen in der Wohnung des Gesuchsgegners seien für C._____ nicht möglich, Besuche während des Tages dagegen schon. Sodann scheint die Ge- suchstellerin selber davon auszugehen, dass Übernachtungen in der aktuellen Wohnung nicht gegen das Kindeswohl von C._____ sprechen, beantragt sie sub- eventualiter doch selber eine Übernachtung (Urk. 1 S. 2, 5 oben und 8). Gemäss den übereinstimmenden Ausführungen des Gesuchsgegners und der Verfahrens- beteiligten soll C._____ im Übrigen Ende August und anfangs September 2017 mehrfach beim Gesuchsgegner übernachtet haben (Urk. 7 Ziff. 3 und Urk. 10 Ziff. 5). Vor diesem Hintergrund bestand und besteht jedoch kein Anlass, die Wohn- verhältnisse des Gesuchsgegners begutachten zu lassen. Auch der Einwand, dass die Vorinstanz das soziale Umfeld des Gesuchsgegners nicht näher geprüft habe bzw. die Vorinstanz seine Fähigkeiten überschätze,

- 14 - vermag nicht zu überzeugen. Hinsichtlich des sozialen Umfeldes bestehen in den Akten nämlich wiederum keinerlei Anhaltspunkte, welche eine entsprechende Abklärung erfordern würden. Sodann erfolgt die Kritik in Bezug auf die Betreuungsfähigkeit des Gesuchsgegners ohne Nennung von konkreten Beispiel- en. So erklärt die Gesuchstellerin nicht, wann C._____ nach einem Besuchstag beim Vater hungrig nach Hause gekommen sei oder wann er sie im "verfrorenen Zustand" der Mutter übergeben haben soll (vgl. Urk. 1 S. 8 Ziff. 3.4). Diesen Aussagen steht zudem die Einschätzung von E._____ vom ... Familiencoaching entgegen, welche im Besuchsprotokoll vom 22. April 2017 festhielt, dass der Gesuchsgegner die Bedürfnisse seiner Tochter erkenne und adäquat auf C._____ eingehe (Urk. 5/73/8, S. 2 des Protokolls vom 22. April 2017). Im Verlaufsbericht vom 18. Mai 2017 wird sodann festgehalten, dass der Gesuchsgegner die Kontakte zu C._____ vollumfänglich bedürfnis- und altersgerecht gestalte und über differenzierte Reflexionsmöglichkeiten bezüglich seines Handelns und seiner Rolle verfüge (Urk. 5/73/6 S. 2; vgl. auch S. 4). Aus dem Besuchsprotokoll vom 7. Mai 2017 ergeht zudem, dass der Gesuchsgegner es war, der – als C._____ an einem regnerischen Tag im Ballettkleid zum Besuchstag erschienen war – die Gesuchstellerin darum bat, C._____ wärmere Kleider zu bringen (Urk. 5/73/8, S. 1 des Protokolls vom 7. Mai 2017). Der Gesuchsgegner erklärte vor Vorinstanz sodann, trotz seiner 100%igen Arbeitstätigkeit sehr flexibel zu sein. Er könne auch von zu Hause aus arbeiten und müsse keine fixe Stundenanzahl pro Woche erreichen

(Prot. I S. 38). Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid in der Folge fest, der Gesuchsgegner habe dargetan, dass er geschäftlich flexibel sei. Seine Lebensausgestaltung stehe einem regelmässigen Besuchsrecht nicht entgegen (Urk. 2 E. 3.3.3; vgl. Prot. I S. 38). Damit setzt sich die Gesuchstellerin wiederum nicht auseinander und erklärt nicht, inwiefern es dem Gesuchsgegner nicht möglich sein soll, C._____ trotz seiner flexiblen Arbeitszeiten zu betreuen. Die dem Gesuchsgegner von der Gesuchstellerin vorgeworfene mangelnde Praxiserfahrung im Umgang mit C._____ findet in den Akten schliesslich keinen Halt. Vielmehr ist aus den Besuchsrechtsprotokollen ersichtlich, dass der Gesuchsgegner C._____ gut betreut und diese jeweils eine erfüllte Zeit mit ihm verbringen kann. Es ist folglich nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz im

- 15 - Rahmen des Massnahmenentscheids im Eheschutzverfahren keine weiteren Abklärungen vornahm. 4.3.3 Die Gesuchstellerin argumentiert weiter, dass C._____ im Rahmen der bis- herigen Besuchsrechtsregelung noch nicht beim Gesuchsgegner übernachtet habe. Sie habe C._____ auch schon auf die Möglichkeit einer Übernachtung beim Gesuchsgegner vorbereiten wollen, worauf diese aber mit deutlichem Unbehagen reagiert und Angst bekommen habe. Die Angst gründe wahrscheinlich auf Erfahrungen aus Übernachtungen, welche C._____ vor dem Eheschutzverfahren alleine mit dem Gesuchsgegner verbracht habe und im Rahmen dieser Übernachtungen vernachlässigt und dadurch wohl auch verängstigt worden sei (Urk. 1 S. 4 Ziff. 3.1). Die von der Gesuchstellerin behauptete Angst von C._____ blieb völlig unsubstantiiert. So legte die Gesuchsgegnerin weder dar, wie sich diese manifestiert, noch beschreibt sie, um was für Ängste es sich handeln soll. Aus den Akten ergeben sich jedenfalls weder solche Ängste noch Anhaltspunkte für die von der Gesuchstellerin suggerierten negativen Erfahrungen von C._____ beim Gesuchsgegner. Vielmehr ist ein gutes Verhältnis zwischen dem Gesuchsgegner und C._____ ersichtlich (vgl. insbesondere die Besuchsprotokolle [Urk. 5/73/8], den Verlaufsbericht vom 18. Mai 2017 [Urk. 5/73/6 S. 4] und den Abklärungsbericht vom 12. April 2017 [Urk. 5/73/10 S. 5 Ziff. 6]). Auch die Gesuchstellerin selber erklärt, dass C._____ ihren Vater liebe (Prot. I S. 35), die Zeit mit dem Gesuchsgegner genieße und von den Besuchen positiv zurückkehre (Prot. I S. 13 Ein- schub 5). Zudem ist nicht ersichtlich, dass es C._____ an Vertrauen zum Gesuchsgegner mangelt. Es ist klar, dass Übernachtungen in einer fremden Wohnung ein gewisses Unbehagen bei einem erst fast sechs Jahre altem Kind hervorruft. Dies ist jedoch absolut normal und stellt alleine sicherlich keine Gefährdung von C._____ dar. Dies umso weniger, als aus den Akten bekannt ist, dass C._____ teilweise bei Drittpersonen übernachtet (vgl. die diesbezüglichen Ausführungen der Gesuchstellerin in Urk. 1 S. 6 Ziff. 3.3). Aufgrund der positiven Rückmeldungen aus den Besuchsprotokollen kann davon ausgegangen werden, dass es dem Gesuchsgegner gelingt, C._____ schnell an die neue Situation zu gewöh-

- 16 - nen. Bis zur Hauptverhandlung fanden regelmässige Besuchstage ohne Übernachtungen statt. Diese verliefen jeweils gut (vgl. Besuchsprotokolle Urk. 5/73/8). Eine Überforderung von C._____ mit der Situation war nicht erkennbar. Über diese Phase hinaus war es deshalb nicht angezeigt, weitere Besuchstage ohne Übernachtungen anzuordnen. Eine schonende Angewöhnung von C._____ an die neue Situation erschien nicht als notwendig. Wie die Vorinstanz sodann bereits überzeugend festhielt, ist es insbesondere auch bei jüngeren Kindern wichtig, dass ein regelmässiger Kontakt erfolgt und der Abstand zwischen zwei Besuchen nicht allzu lange ist. Zudem braucht es

Übernachtungen, damit sich in der Beziehung zwischen dem Gesuchsgegner und C._____ ein (neuer) eigener Alltag ein- spielen kann (Urk. 2 E. 3.3.3). Auch erscheint das von der Vorinstanz angeordnete Besuchsrecht – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin – nicht als unverhältnismässig ausgeprägt. Immerhin sah C._____ ihren Vater, als die Parteien noch zusammen lebten, täglich. Ein reger Kontakt ist, wie bereits erwähnt, zu begrüssen und wird auch von E._____, ... Familiencoaching, empfohlen (Urk. 573/6 S. 5). Weshalb auf deren Einschätzung nicht abgestützt werden können soll, ist nicht ersichtlich. Immerhin fanden fünf Kontakte sowie mehrere Telefongespräche zur Auftragsklärung statt und war die Fachbegleitung bei Besuchstagen anwesend (vgl. Urk. 5/73/8). Die Übernachtung bereits von Freitag auf Samstag bringt zudem den Vorteil, dass der Gesuchsgegner C._____ im Kindergarten abholen und damit die Gefahr einer konfliktbehafteten Übergabe verhindert werden kann.

E. 4.4

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das von der Vorinstanz angeordnete Besuchsrecht als angemessen erscheint. Eine Kindswohlgefährdung ist nicht ersichtlich. Folglich ist die Berufung abzuweisen.

E. 5

Rechtsanwalt Dr. iur. Z._____ wird für seine Bemühungen als Kindsvertreter mit Fr. 500.– aus der Gerichtskasse entschädigt.

- 22 -

E. 5.1

Die Gesuchstellerin unterliegt mit ihrer Berufung und wird kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 [GebV OG]). Für die vorliegend durch einen Anwalt wahrgenommene Kindsvertretung von C._____ erfolgt die Entschädigung nach den Ansätzen für anwaltliche Parteivertretungen, das

- 17 - heisst gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV; vgl. OGer ZH LE160042 vom 19.01.2017, E. IV/2 mit weiteren Hinweisen). Unter Berücksichtigung der massgeblichen Bestimmungen erscheint eine Entschädigung im Umfang von Fr. 500.– als angemessen. Da die Kosten des Kindsvertreters Gerichtskosten darstellen (vgl. Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), resultieren gesamthaft Gerichtskosten von Fr. 3'500.–.

E. 5.2

Als Folge der Kostenverteilung hat die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 und §13 der AnwGebV) ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner eine volle Parteientschädigung von Fr. 500.– zu bezahlen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzusatz von 8%, das heisst Fr. 40.–, geschuldet.

E. 5.3

Die Vorinstanz gewährte den Parteien mit Verfügung vom 18. Juli 2017 die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 5/99). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche

Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand. Mittellos ist eine Person, welche die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn sie die Mittel angreift, die sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie benötigt. Bei der entsprechenden Prüfung ist die gesamte finanzielle Lage der gesuchstellenden Partei einzubeziehen. Der Teil der finanziellen Mittel, welcher das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige überschreitet, muss mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens verglichen werden, für das um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzie-

- 18 - ren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (statt vieler OGer ZH LE150028 vom 4. Dezember 2015, E. IV/4.2 mit Verweis auf Bühler, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, 2001, S. 182 f. und 185).

E. 5.4

Die Gesuchstellerin stellt auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Da sich ihre Berufung nach dem Gesagten jedoch als aussichtslos erweist, ist ihr Armenrechtsgesuch für das Berufungsverfahren abzuweisen.

E. 5.5

Auch der Gesuchsgegner erneuerte im Berufungsverfahren sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 7 S. 2). Er verweist auf das Verfahren vor Vorinstanz, in dem ihm die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden sei, und trägt vor, finanziell nicht in der Lage zu sein, neben seinem und C.____s Unterhalt auch noch für Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen (Urk. 10 Ziff. 8). Die Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens werden vollumfänglich der Gesuchstellerin auferlegt. Sodann wird die Gesuchstellerin verpflichtet, dem Gesuchsgegner eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. vorstehend E. 5.2). Damit ist das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos und abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Unter Hinweis auf Art. 122 Abs. 2 ZPO ist sein Gesuch um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. Y.____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin trotz zugesprochener voller Parteientschädigung zu behandeln. Hierbei ist zu prüfen, ob der Gesuchsgegner in der Lage wäre, die Kosten seiner Rechtsanwältin zu bezahlen, sollte die Parteientschädigung von der Gesuchstellerin nicht einbringlich sein. Der Gesuchsgegner verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 4'440.– (Urk. 5/77/3, vgl. auch Urk. 2 E. 5.5.2.2). Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich zudem folgender Bedarf (vgl. auch Urk. 2 E. 5.5.4): 1) Grundbetrag Fr. 1'200.– Zuschlag Fr. 300.–

- 19 - 2) Mietzins Fr. 1'700.– 3) Krankenkasse (KVG) Fr. 292.– 4) Haftpflicht- und Hausratversicherung Fr. 30.– 5) Mobilitätskosten Fr. 100.– 6) auswärtige Verpflegung Fr.

100.– 7) Kommunikationskosten Fr. 158.– 8) Unterhaltsbeiträge an F. _____ Fr. 0.– 9) Unterhaltsbeiträge an C. _____ Fr. 430.– 10) Steuern Fr. 350.– Total Fr. 4'660.– Der Grundbetrag (1) ergibt sich aus dem Kreisschreiben. Der zivilprozessuale Notbedarf ist jedoch grosszügiger zu bemessen als der betriebsrechtliche. Die unentgeltliche Rechtspflege hat gerade den Zweck, zu verhindern, dass ein Gesuchsteller die für den Prozess notwendigen Mittel durch Nichterfüllung notwendiger Verpflichtungen, Eingehung neuer Schulden oder unzumutbare Verfügungen über Vermögenswerte beschaffen muss (Bühler, in: Schöbi [Hrsg.], a.a.O., S. 156 f.). Dies führt dazu, dass zum betriebsrechtlichen Grundbedarf einerseits Bedarfspositionen wie zum Beispiel laufende Steuern oder Schuldverpflichtungen hinzuzuzählen sind und andererseits ein genereller Zuschlag auf den Grundbetrag sowie ein Notgroschen im Sinne eines Freibetrages gewährt werden, welche die Mittellosigkeit nicht ausschliessen (OGer ZH LE160066 vom 1. März 2017, E. IV/2.1; BK ZPO Bühler, Art. 117 N 117 ff.; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 56). Um den Bedarf des Gesuchsgegners nicht auf das absolute Minimum zu beschränken, rechtfertigt es sich vorliegend, einen Zuschlag von 25% auf den Grundbetrag von Fr. 1'200.– zu gewähren und ihm einen Betrag von Fr. 350.– für die Steuern (10) anzurechnen (bei einem geschätzten steuerbaren Einkommen von Fr. 40'000.– [Einkommen und Unterhaltsbeiträge für C. _____ gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid, abzüglich Kinderabzüge, Berufsauslagen, Versicherungsprämien], inklusive Kirchensteuer in der Gemeinde D. _____; vgl. den Steuerrechner auf www.steuern.ch). Die Positionen 2 und 3 sind ausgewiesen (Urk. 5/73/1 und 5/73/18). Für die Hausratversicherung wird gerichtsüblich ein Betrag von Fr. 30.– und für die Kommunikationskosten ein Betrag von Fr. 158.– angerechnet. Der vom Gesuchsgegner für die Mobilitätskosten geltend gemachte Betrag von Fr. 100.– für die öffentlichen Verkehrsmittel erscheint

- 20 - sodann angemessen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist dem Gesuchsgegner für die auswärtige Verpflegung (6) ein Betrag von Fr. 100.– einzusetzen. Im Rahmen der Prüfung der Mittellosigkeit des Gesuchsgegners ist ihm jedoch kein Betrag für Unterhaltszahlungen an den Sohn F. _____ anzurechnen. Die Leistung dieser Unterhaltsbeiträge wurde weder behauptet (vgl. Prot. I S. 39 und Urk. 7 Ziff. 8) noch belegt. Damit weist der Gesuchsgegner unter Berücksichtigung des Kinderunterhaltsbeitrages an C. _____ in der Höhe von Fr. 430.– (9) einen Bedarf von monatlich Fr. 4'660.– auf. Wird dieser Betrag seinem Einkommen gegenübergestellt, resultiert ein monatliches Manko von Fr. 220.–. Der Gesuchsgegner ist demnach nicht in der Lage, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Auch verfügt er über kein Vermögen (vgl. Urk. 5/73/19-20). Seine Prozessstandpunkte können nach den vorstehenden Erwägungen sodann nicht als aussichtslos bezeichnet werden und er war als nicht rechtskundige Partei im vorliegenden Verfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Dem Gesuchsgegner ist daher im Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

E. 5.6

Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung im Umfang von Fr. 540.– zugesprochen (vorstehend E. 5.2). Diese ist voraussichtlich uneinbringlich, zumal die Gesuchstellerin vorliegend wegen Aussichtslosigkeit zwar nicht im Armenrecht prozessiert (vorstehend E. 5.4), ihr jedoch vor Vorinstanz die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde (vgl. Urk. 5/99), sie momentan kein

Einkommen erzielt (Urk. 5/71/1; vgl. auch Urk. 2 E. 5.5.2) und hoch verschuldet ist (vgl. Urk. 5/73/21). Deshalb ist die Parteientschädigung der Rechtsvertreterin des Gesuchsgegners aus der Gerichtskasse zu bezahlen, unter Legalzession des Anspruchs gegenüber der Gesuchstellerin auf den Kanton (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO). Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1, 3, 4, 5 und 6 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom

E. 6

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz sowie an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 7

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG 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, 2. November 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Knoblauch versandt am: mc

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