

ZH_OBERGERICHT LY160029 vom 12. September 2016

ZH Obergericht, 2016-09-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY160029

FR: ZH_OBERGERICHT LY160029 du 12 septembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LY160029 del 12 settembre 2016

Erwägungen

E. 1

a) Im Rahmen eheschutzrichterlicher Massnahmen wurde u.a. mit Urteil des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster vom 26. Mai 2014 das aus der Ehe der Parteien hervorgegangene Kind C._____, geboren am tt.mm.2011, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut von A._____ gestellt (act. 5/4/30). B._____ wurde berechtigt erklärt, das Kind im Jahr 2014 am ersten und dritten Samstag eines jeden Monats von 9.00 Uhr bis 18.00 Uhr (Dispositiv Ziffer 3) bzw. ab 1. Januar 2015 am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Samstag, 9.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (Dispositiv Ziffer 4). Bei regelmässiger Ausübung des Besuchsrechts wurde B._____ berechtigt erklärt, das Kind zusätzlich ab dem 1. September 2014 jeden 2. und 4. Donnerstag des Monats von 14.00 Uhr bis 17.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (Dispositiv Ziffer 5). Überdies wurde B._____ berechtigt erklärt, das Kind im Jahr 2014 in den Schulferien während einer Woche und ab dem 1. Januar 2015 während 2 Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen (Dispositiv Ziffer 6). In der Folge gab es Probleme bei der Umsetzung des Besuchsrechtes, weshalb B._____ an das Gericht gelangte. Mit Urteil vom 14. April 2015 ordnete das Bezirksgericht Uster gestützt auf sein Gesuch die Vollstreckung des Besuchsrechtes an (act. 5/119/11). Danach gab es eine kurze Episode, während der er das Besuchsrecht ausüben konnte; insbesondere verbrachte er 2 Wochen Ferien mit dem Kind (act. 5/120 S. 3). Im August 2015 wurde das Besuchsrecht seitens der Mutter wieder eingestellt (act. 5/Protokoll S. 41), was am 21. Oktober 2015 zu einer Strafanzeige des Klägers und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagter) gegen die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend Berufungsklägerin) führte (act. 5/121/6).

- 6 - b) Seit dem 26. Februar 2015 stehen die Parteien im Scheidungsprozess vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichtes Uster. Gestützt auf das vorerwähnte Begehren des Berufungsbeklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen erging nach Anhörung der Parteien obige Verfügung vom 21. Juli 2016. Diese focht die Berufungsklägerin innerhalb der Berufungsfrist an (act. 2 i.V.m. act. 5/139 und act. 6).

E. 2

a) In prozessualer Hinsicht beantragte die Berufungsklägerin, der Berufung sei aufschiebende Wirkung zu erteilen. Da dieses Begehren nicht superprovisorisch gestellt wurde, musste darüber nicht sofort entschieden werden. b) Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet, weshalb auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache wird auch das Gesuch um aufschiebende Wirkung hinfällig.

E. 3

. a) Die Berufungsklägerin beantragte weiter, es sei ihr im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 2 S. 3). b) Die Berufung erweist sich – wie noch zu zeigen ist – im Sinne von Art. 312 Abs. 1 ZPO als offensichtlich unbegründet und überdies als aussichtslos i.S. des Art. 117 ZPO. Die unentgeltliche Rechtspflege ist deshalb zu verweigern (vgl. auch Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm ZPO, online- Version 8.4.2012, Art. 312 N 7).

E. 4

a) Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Sie ist ein vollkommenes, ordentliches Rechtsmittel, das die volle Überprüfung des angefochtenen Entscheides in allen Rechts- und Sachfragen zulässt; die Rechtsmittelinstanz prüft also mit freier Kognition (ZK ZPO-Reetz, 2. Auflage, Vor- 7 - bem. zu Art. 308-318 N 3 und 15; ZK ZPO-Reetz/Theiler, 2. Auflage, Art. 310 N 5 f.). Grundsätzlich gilt gemäss Art. 317 ZPO eine Beschränkung für die Geltendmachung von Noven im Berufungsverfahren. Ist allerdings der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, sind entgegen dem Wortlaut des Gesetzes neue Behauptungen auch in der Berufung unbeschränkt zulässig (vgl. dazu ZR 110/2011 S. 317, SJZ 107 [2011] S. 171). b) Gemäss Art. 276 Abs. 2 ZPO gelten Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, weiter. Für deren Aufhebung oder Änderung ist das Scheidungsgericht zuständig. Vorauszuschicken ist, dass die Anordnung vorsorglicher Massnahmen voraussetzt, dass diese nötig, geeignet und verhältnismässig sind (so z.B., statt vieler auch ZK ZPO-KOBEL, 2. Auflage, Art. 276 N 8). Es muss also ein Bedürfnis für die Anordnung solcher Massnahmen ausgewiesen werden. Ein solches wird von der Lehre verneint, wenn die Verhältnisse bereits angemessen geregelt sind (vgl. dazu auch FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Aufl., Bern 2011, Anh. ZPO Art. 276 N 4), es sei denn, die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich erheblich und dauernd geändert, so dass die geltende Regelung für die Dauer des Verfahrens nicht mehr angemessen erscheint (vgl. etwa BSK ZPO- Isenring/Kessler, 5. Auflage, Art. 179 N 1-3). c) Für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB gelangen die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO zur Anwendung (Art. 271 lit. a ZPO). In eherechtlichen Summarverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Es handelt sich hierbei um die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Sind allerdings Kinderbelange, worum es im vorliegenden Verfahren geht, zu regeln, gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen zu

- 8 - erforschen (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016 Erw. 2). d) Im summarischen Verfahren geht es darum, relativ rasch eine vorläufige Friedensordnung herzustellen. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen. Glaubhaftmachung bedeutet, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptung überzeugt sein muss, sondern dass es genügt, wenn auf Grund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die

fragliche Tatsache spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (vgl. auch FamPra 2010 S. 705 ff. = Urteil des Bundesgerichts 5A_117/2010 vom 5. März 2010, Erw. 3.3).

E. 5

a) Die Vorinstanz erwog u.a., es seien derzeit keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach das Kindeswohl von C._____ durch den persönlichen Verkehr mit dem Kläger derart gefährdet wäre, wie es die Beklagte vorbringe. Auch beständen derzeit zu wenig konkrete Hinweise dafür, dass sich der Kläger bisher nicht um das Kind gekümmert habe bzw. in einer Art und Weise, die das Wohl von C._____ rechtserheblich gefährde. Vielmehr sei eine gewisse Beeinflussung von C._____ durch die Beklagte nicht auszuschliessen, welche ihren offenen Konflikt mit dem Kläger so ausübe, dass auch C._____ dies mitbekomme. Dies zeige sich beispielsweise anhand der Art und Weise, wie die Beklagte C._____ von der angeblichen Wiederverheiratung des Klägers berichtet habe (vgl. 5/Prot. S. 43). Aus den Vorbringen der Beklagten sei nicht schlüssig ersichtlich geworden, inwiefern das – mithin seit Monaten nicht mehr ausgeübte – Besuchsrecht des Klägers das Kindeswohl von C._____ derart gefährde, dass als ultima ratio eine Sistierung des Besuchsrechts angezeigt wäre. Vielmehr müsse dereinst davon ausgegangen werden, dass der Kläger nur unwesentlichen Einfluss auf die offenbar bestehenden Defizite und Probleme von C._____ haben konnte, da er seit der Trennung der Parteien keinen regelmässigen Kontakt mehr zu seinem Kind

- 9 - gehabt habe. Eine Weiterführung der von der Beklagten in Eigenregie vorgenommenen Sistierung sei nicht angezeigt, folglich sei das Gesuch der Beklagten um Sistierung des Besuchsrechts abzuweisen (act. 6 Erw. 2.2.5.7- 2.2.5.8). b) Die Berufungsklägerin brachte im Zusammenhang mit dem Antrag auf aufschiebende Wirkung vor, vorliegend stelle sich die zentrale Frage, ob vor dem Vorliegen eines kinderpsychiatrischen Gutachtens, welches Auskunft über den psychischen, emotionalen und physischen Zustand sowie die Entwicklung des fünfjährigen Sohnes C._____ in Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts durch dessen Vater und Kläger gebe, das Besuchsrecht ausgeübt werden solle, oder ob dieses wie beantragt bis zur Erstellung der Expertise zu sistieren sei. Bei der Besuchsgewährung stehe das Kindeswohl zuoberst. Ohne die konkreten Empfehlungen eines kinderpsychiatrischen/-psychologischen Gutachtens, welches das Bezirksgericht Unter in Auftrag gegeben habe resp. geben werde, bestehe das Risiko, dass das vorzeitige, autoritativ festgelegte Besuchsrecht den als äusserst labil und fragil zu bezeichnenden Gesundheitszustand des Sohnes C._____ sowie dessen Psyche verschlechtern und ihm schaden könnte. Daher sei fachärztlicher Rat dringend erforderlich, was offenbar auch das Gericht anerkannt habe. Ziel sei es, eine behutsame Anbahnung und einen stufenweisen Aufbau des Besuchsrechts zwischen Vater und Sohn sicherzustellen. Denn im Fall eines voreiligen, wenig durchdachten oder unkoordinierten Vorgehens könne das Kindeswohl von C._____ beeinträchtigt und gefährdet werden, wodurch die Vater-Sohn-Beziehung einen empfindlichen Rückschlag erleide. Sei der Scherbenhaufen einmal angerichtet, sei dieser in der Regel mühselig, d.h. nur mit grossem Zeit- und Ressourcenaufwand aller Beteiligten zu kitten. Das von Anfang an Einbeziehen und Abstellen auf ein kinderpsychiatrisches Gutachten solle verhindern, dass ein solches Szenario überhaupt eintrete oder zumindest die Eintretenswahrscheinlichkeit auf ein Minimum reduzieren. Daher erweise es sich mit Blick auf das Kindeswohl von C._____ als

verhältnismässig und sachgerecht, wenn das im Eheschutzverfahren mit Urteil und Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 26.

- 10 - Mai 2014 dem Kläger eingeräumte Besuchsrecht vorerst bis zum Vorliegen des Gutachtens sistiert werde. Diese Priorisierung sei höher zu gewichten, als das Persönlichkeitsrecht des Klägers auf die Durchführung des Besuchsrechts; dies gelte erst recht, weil der Aufschub der Vollstreckbarkeit der Durchführung des Besuchsrechts und die damit zusammenhängende Errichtung einer Beistandschaft absehbar seien (act. 2 S. 4-5). Auf die weiteren Vorbringen ist, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

E. 6

Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht, wobei es in erster Linie dem Interesse des Kindes dient und oberste Richtschnur für seine Ausgestaltung das Kindeswohl ist, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist. Der aus Art. 273 Abs. 1 ZGB fliessende Anspruch kann gestützt auf Art. 274 Abs. 2 ZGB verweigert oder entzogen werden, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet wird, wenn ihn der betreffende Elternteil pflichtwidrig ausgeübt hat, wenn sich dieser nicht ernsthaft um das Kind gekümmert hat oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen. Eine Gefährdung des Wohls des Kindes im genannten Sinn liegt dann vor, wenn dessen ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Bei der Beschränkung des persönlichen Verkehrs ist stets das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten. So darf er in der Regel nicht allein wegen elterlichen Konflikten dauerhaft eingeschränkt werden, jedenfalls soweit das Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut ist. Der gänzliche Ausschluss eines Elternteils vom persönlichen Verkehr kommt schliesslich nur als ultima ratio in Frage; er ist einzig dann statthaft, wenn sich die nachteiligen Auswirkungen eines Besuchsrechts nicht anderweitig in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen. Als gerechtfertigt hat das Bundesgericht dies beispielsweise erachtet bei einem sich im Strafvollzug befindenden und an einer Persönlichkeitsstö-

- 11 - rung leidenden Vater oder bei einem Vater, der die inzwischen 14- bzw. 16-jährigen und ein Besuchsrecht strikt ablehnenden Kinder als Algerienkämpfer während zehn Jahren nicht mehr gesehen hatte (vgl. hierzu BGer 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014 Erw. 4.2-4.3; BGer 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016 Erw. 5.1). Bei der Berücksichtigung des Willens des Kindes ist zunächst dessen Alter bzw. dessen Fähigkeit zu autonomer Willensbildung, welche ungefähr ab dem 12. Altersjahr anzunehmen ist, sodann aber auch das Aussageverhalten und namentlich die Konstanz des geäusserten Willens zentral. Je konstanter die Willenskundgebungen vorgebracht werden und je mehr sie mit nachvollziehbaren und auf das Kindeswohl zielenden Argumenten unterlegt sind, desto stärker können sie bei der Urteilsfindung gewichtet werden, jedoch nur als eines von mehreren und nicht als einziges Kriterium. Andernfalls würde der Kindeswille dem Kindeswohl gleichgesetzt, obwohl sich die beiden Elemente durchaus widersprechen können, und wäre im Übrigen Erpressungsversuchen Tür und Tor geöffnet. Bei älteren Kindern rückt ein konstant und nachdrücklich geäussertes Wille in den Vordergrund (BGer 5A_367/2015 vom 12. August 2015 Erw. 5.1.3).

E. 7

a) Die Vorinstanz erwog, aus den Ausführungen der Parteien gehe hervor, dass das Besuchsrecht des nicht obhutsberechtigten Klägers seit August 2015 nicht mehr durch ihn ausgeübt werden können, weil die Beklagte dies verhindert habe. Die Beklagte bringe vor, dass die Verhaltensauffälligkeiten von C._____ im Kindergarten, zuhause und gegenüber seinem unmittelbaren Beziehungsumfeld die direkte Folge der Ausübung des Besuchsrechts durch den Kläger seien und der Kontakt zum Kläger für C._____ eine Belastung darstelle. Einem Bericht von Frau D._____, einer Therapeutin, sei – so die Vorinstanz – zu entnehmen, dass C._____ seit August 2015 den Kindergarten in Uster besuche (act. 5/Prot. S. 29, act. 5/123/1). Üblicherweise beginne das neue Kindergartenjahr jeweils Mitte August eines jeden Jahres. Die Beklagte habe das Besuchsrecht des Klägers seit August 2015 faktisch aufgehoben und der Kläger habe C._____ offenbar seither nur einige wenige Male auf dem Kindergartenweg, einmal im Kindergarten und einmal auf dem Vorplatz zu Hause bei der Mutter anlässlich einer Geschenk-

- 12 - übergabe an C._____s Geburtstag gesehen. Vor diesem Hintergrund habe die Beklagte nicht glaubhaft dargelegt, inwiefern das Besuchsrecht des Klägers kausal für die Verhaltensauffälligkeit von C._____ im Kindergarten, zuhause oder gegenüber seinem unmittelbaren Beziehungsumfeld seien bzw. inwiefern ein Zusammenhang zwischen der Notwendigkeit einer Sistierung des Besuchsrechts und der von ihr angestrebten "Genesung" von C._____ bestehe. Die Beklagte habe im Eheschutzverfahren vor gut zwei Jahren eine Vereinbarung unterzeichnet, in welcher über die zum Urteil erhobene Besuchsrechtsregelung eine gütliche Einigung abgeschlossen worden sei (vgl. Geschäfts-Nr. EE140030-I, act. 5/4/28). Die Beklagte könne nicht glaubhaft darlegen, was sich konkret im kurzen Zeitraum zwischen Mai 2014 und August 2015 verändert bzw. verschlechtert haben solle. Vielmehr ergebe sich aus den Ausführungen der Beklagten, dass die gesundheitlichen Probleme von C._____ – welche denn seitens des Gerichts auch nicht angezweifelt würden – sich in einem Zeitraum entwickelt oder verstärkt haben, in welchem der Kläger nur einen unwesentlichen bzw. gar keinen Einfluss auf C._____ gehabt habe, habe er ihn doch seit dem Sommer 2015 kaum mehr gesehen, geschweige denn, alleine mit ihm stunden- oder tageweise Zeit verbracht (act. 6 Erw. 2.2.5.3). Zur Wohnsituation des Berufungsbeklagten führte die Vorinstanz aus, auch die Behauptungen der Beklagten im Zusammenhang mit der Wohnsituation des Klägers überzeugten beim jetzigen Verfahrensstand nicht, sofern sie denn überhaupt einen Einfluss auf den Sistierungsantrag hätten (act. 6 Erw. 2.2.5.5) b) Dazu führte die Berufungsklägerin aus, die Erwägungen und Schlussfolgerungen, wonach die Beklagte nicht glaubhaft genug dargelegt habe, dass sich die gesundheitlichen Probleme des Sohnes C._____ in der Zeitspanne von Mai 2014 bis August 2015 verändert bzw. verschlechtert hätten und erst in einem Zeitraum entstanden sein sollten, als der Vater/Kläger gar keinen Einfluss mehr auf C._____ gehabt hätte, weil er ihn seit Sommer 2015 kaum mehr gesehen habe, gingen fehl. Damit werde dem unbestrittenen Umstand, dass der Kläger auch nach August 2015 mehrmals punktuell Kontakt zu C._____ gehabt habe, indem er unangemeldet im oder vor dem Kindergar-

- 13 - ten aufgetaucht und C._____ aufgelaert sei, zu wenig Rechnung getragen. Des Weiteren werde ausser Acht gelassen und vom Gericht verkannt, dass die Schwierigkeiten bereits vorher anlässlich resp. wegen der Besuche von C._____ bei seinem Vater/Kläger

angefangen und sich insbesondere danach immer wieder bemerkbar und fortgesetzt hätten. Diese Probleme, die Rede sei von den stark ausgeprägten Verhaltensauffälligkeiten und -störungen bei C._____, hätten sich infolge des Aussetzens der Besuche keinesfalls in Luft aufgelöst, weshalb es absurd sei, im Nachgang zu behaupten, dafür sei die Beklagte verantwortlich, welche C._____ seither allein betreut habe. Diese Argumentation sei unzutreffend und entspreche keinesfalls den geschilderten Geschehnissen und tatsächlichen Gegebenheiten (act. 2 S. 10). Es gehe ihr einzig und allein darum, das Kindeswohl von C._____ zu wahren und dessen Meinung, seinen Vater nicht sehen und besuchen zu wollen, zu respektieren; das Kindeswohl sehe sie aufgrund der Begegnungen mit dem Vater und der unmittelbar daraus resultierenden Folgerscheinungen im Verhalten und Benehmen von C._____ als gefährdet an. C._____ sei jeweils emotional stark aufgewühlt von den Besuchen zurückgekommen, habe die Mutter/Beklagte grundlos beschimpft, geschlagen, angeschrien und sei nur schwerlich wieder zu beruhigen gewesen. Dies habe sich auch auf seine Verhaltensweise im Kindergarten niedergeschlagen, wo er sich gegenüber den anderen Gspänli respektlos und aggressiv verhalten (er habe andere gebissen) und sich desinteressiert und passiv aufgeführt habe. Er habe sich zusehends isoliert, kaum mit der Lehrperson gesprochen, sei nicht zugänglich gewesen, habe sich verschlossen, was auch zu Problemen beim Stuhlgang und zu Inkontinenz geführt habe. Diese Verhaltensauffälligkeiten fänden ihren Ursprung und ihre Ursache in den Begegnungen mit dem Vater, der mit seinem Status- und Machogehabe alles andere als ein Vorbild für C._____ sei, diesem keine Werte wie Respekt, Anstand vorlebe und vermittele, in undurchsichtigen Kreisen verkehre, wodurch sich C._____ leicht beeinflussen und aus der Bahn werfen lasse. Seit sich der Kontakt mit dem Vater/Kläger reduziert habe, hätten sich parallel dazu der Zustand und die Verhaltensauffälligkeiten von C._____ spür-

- 14 - und sichtbar verbessert, er scheine also auf dem Weg der Besserung und Gesundung zu sein (act. 2 S. 10-11). Weshalb die Wohnverhältnisse des Klägers keinen Einfluss auf das Besuchsrecht haben sollten, sei mehr als fragwürdig und bestritten. Dass sich stabile Wohn- und Lebensverhältnisse eines Elternteils positiv auf ein Kind auswirkten, Orientierung und Halt geben, scheine klar zu sein. Das heisse umgekehrt, seien die Verhältnisse un-aufgeräumt, chaotisch, wechselnd, bleibe davon ein 5jähriges Kind keinesfalls unberührt, dies könne sich auf dessen psychisches, emotionales, allenfalls physisches Wohlbefinden niederschlagen. Der Lebenswandel des Klägers sei alles andere als stabil, was sich nicht nur bei seinen undurchschaubaren Wohnverhältnissen zeige, an welchen Adressen er regelmässig nicht anzutreffen sei, sondern komme vor allem bei seiner sehr wahrscheinlichen oder eben vorgetäuschten (?) "Wiederverheiratung" am Besten zum Ausdruck (act. 2 S. 12).

E. 8

a) Wie bereits erwähnt, kann der persönliche Verkehr verweigert oder entzogen werden, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet wird, wenn ihn der betreffende Elternteil pflichtwidrig ausgeübt hat, wenn sich dieser nicht ernsthaft um das Kind kümmert oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen (Art. 274 Abs. 2 ZGB). b) Die Verhaltensauffälligkeiten von C._____ im Kindergarten, zuhause und gegenüber seinem unmittelbaren Beziehungsumfeld sieht die Berufungsklägerin als direkte Folge der Ausübung des Besuchsrechts. Die von ihr beschriebenen Auffälligkeiten von C._____ (vgl. Ziff. 7 b vorstehend), welche auch anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung ausgiebig thematisiert wurden (vgl. act. 5/122 S. 3), dauern offenbar auch heute noch an,

obwohl das Besuchsrecht ab Sommer 2015 nicht mehr ausgeübt werden konnte und der Berufungsbeklagte C._____ nur noch kurz und wenige Male sehen konnte. Zweifellos liegt eine konfliktgeladene Familiensituation vor. Die Berufungsklägerin hatte ihren Sohn unter ständiger Kontrolle, auch mit Hilfe von Betreuungspersonen, so dass jegliche Kontaktaufnahme mit dem Vater verhindert bzw. unterbunden wurde (Vater: act. 5/120 S. 7). Die Kommunika-

- 15 - tion zwischen den Eltern fand nur beschränkt und zeitweise überhaupt nicht statt (vgl. act. 5/Prot. S. 45; act. 5/119 Prot. S. 7; act. 5/121/2). Wie sich aus den Akten ergibt, machte sich bspw. die Berufungsklägerin sehr Sorgen, wo und wie der Berufungsbeklagte das Besuchsrecht am konkreten Besuchstag ausübte und hatte Mühe, den Vater betreffend Absprachen in Kinderbelangen an jenen Tagen zu erreichen (vgl. dazu act. 5/121/1 S. 2). Auch in der Klageantwort vom 27. Juni 2016 wurde seitens der Berufungsklägerin auf die Unmöglichkeit einer vernünftigen Kommunikation zwischen den Eltern hingewiesen (act. 5/136 S. 11), was sich im Übrigen auch in den eingereichten SMS zwischen den Parteien widerspiegelt (act. 5/121/2, act. 5/137/4=act. 4/23). Der gegenseitige Vorwurf der Eltern bezüglich der Orientierung/Nichtorientierung des Kindes über die "Wiederverheiratung" des Berufungsbeklagten erlaubt einen Einblick in ihr Spannungsfeld. Wie altersgerecht hätte informiert werden müssen, ist vorliegend nicht weiter zu erörtern. Ob sich die Mutter gegenüber ihrem Sohn altersadäquat abzugrenzen vermag, muss vorliegend nicht geprüft werden. Die Berufungsklägerin hat offenbar Mühe mit der Situation, dass der Vater von C._____ wieder eine neue Beziehung mit einer Frau eingegangen und aus dieser Beziehung ein weiteres Kind hervorgegangen ist. Ihre Verletzlichkeit zeigt sich u.a. in ihren Ausführungen zu den über Facebook ins Netz gestellten Fotos von der Hochzeitsfeier ihres Ehegatten mit der neuen Lebenspartnerin und in der am 3. März 2016 erhobenen Strafanzeige gegen den Berufungsbeklagten wegen Bigamie (act. 5/97/1). Es ist nicht auszuschliessen, dass sie bei der Verarbeitung dieser Problematik bewusst oder unbewusst auf das Verhalten ihres Sohnes einwirkt. Ein 5jähriger wird wegen der Wiederverheiratung des Vaters nicht derart aus dem Gleichgewicht geworfen, wie dies die Berufungsklägerin dartut (act. 2 S. 11), denn er vermag die Konsequenzen einer "Wiederverheiratung" des Vaters für sich selbst nicht abzuschätzen. In Anbetracht der vorhandenen Emotionen und Konflikte lässt das Verhalten von C._____ auf einen Loyalitätskonflikt schliessen. In diesem Zusammenhang ist seine Aussage gegenüber seinem Vater, er wolle ihn nicht mehr sehen, weil dieser eine andere Frau geheiratet habe (act. 122 S. 4), zu sehen. Der

- 16 - Vorinstanz ist beizupflichten. Der Umstand, dass C._____ seinen Vater nicht sehen will, ist auf die schwierige Situation zwischen den Parteien zurückzuführen (act. 6 Erw. 2.2.5.5). Die Beklagte führte anlässlich der persönlichen Befragung vor Vorinstanz aus, sie möchte keinen Kontakt zwischen dem Kläger und C._____ und seit Herbst 2015 habe sie auch keine Versuche unternommen, das Besuchsrecht durchzuführen, da sie C._____ nicht zwingen könne, den Kläger zu sehen (Prot. S. 40 und 43 f.). Hiezu ist zu bemerken, dass der Kindeswille nicht mit dem Kindeswohl gleichzusetzen ist. Ausserdem ist eine autonome Willensbildung, wie bereits erwähnt (vgl. Ziffer 6 vorstehend), erst ungefähr ab dem 12. Altersjahr anzunehmen. C._____ ist aber erst 5 Jahre alt. Zudem kann ein Kind nicht in Eigenregie bestimmen, ob und zu welchen Bedingungen es Umgang mit dem nicht sorge- oder obhutsberechtigten Elternteil haben möchte (vgl. dazu BGer 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014 Erw. 4.4.). Die Berufungsklägerin vermochte nicht aufzuzeigen, dass ein solch ausgeprägter Loyalitätskonflikt bei C._____ vorliegt, dass ein Besuchsrecht

des Vaters aufgrund einer ausserordentlichen psychischen Belastung mit dem Kindeswohl nicht vereinbar wäre. Zur Bemerkung der Vorinstanz, sie habe nicht glaubhaft darzulegen vermocht, dass die neue Beziehung des Klägers das Kindeswohl von C._____ gefährde (act. 6 Erw. 2.2.5.5), brachte die Berufungsklägerin nichts vor. Eine Gefährdung des Kindeswohls muss deshalb vorliegend verneint werden. Eine pflichtwidrige Ausübung des Besuchsrechts durch den Vater liegt auch nicht vor, hatte er doch seit Sommer 2015 gar keine Gelegenheit mehr, sein Besuchsrecht auszuüben. Wie bereits die Vorinstanz ausführte, ist C._____ dem Berufungsbeklagten nicht egal. Die kurzen Kontaktaufnahmen auf dem Kindergartenweg und das gestellte Vollstreckungsbegehren bezüglich der Ausübung des Besuchsrechts veranschaulichen dies. Die Vorinstanz kam daher zu Recht zum Schluss, dass der Berufungsbeklagte dem Gericht glaubhaft dargelegt hat, dass er sich im Rahmen seines Besuchsrechts um seinen Sohn C._____ kümmern will (act. 6 Erw. 2.2.5.6.). Es sind auch keine anderen wichtigen Gründe im Sinne von Art. 274 Abs. 2 ZGB auszumachen, die eine Sistierung des Besuchsrechts rechtfertigen würden. Daran vermö-

- 17 - gen auch die Vorbringen der Berufungsklägerin zur Wohnsituation des Berufungsbeklagten bzw. die von ihr geäusserten Bedenken bezüglich Ehrlichkeit und Offenheit des Berufungsbeklagten (act. 2 S. 12) etwas zu ändern. Die behaupteten Charakterschwächen des Vaters von C._____, die behaupteten Verurteilungen und der behauptete Kontakt zu dubiosen Kollegen bzw. das Aufhalten in zweifelhaften Kreisen und Milieus (act. 2 S. 13) vermögen eine Sistierung des Besuchsrechts nicht zu rechtfertigen. Eine Beeinflussung von C._____ durch diese Kollegen wird nicht geltend gemacht. Auch wenn der Berufungsbeklagte in der Vergangenheit straffällig war, kann hieraus nicht auf eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls geschlossen werden (vgl. dazu BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, 5. Auflage, Art. 274 N 10). Selbst Gefängnisinsassen dürfen ihre Besuchsrechte ausüben. c) Es gibt keine Anzeichen dafür, dass die Vorinstanz das Verfahren nicht korrekt geführt hat. Ob der Berufungsbeklagte effektiv nochmals geheiratet hat bzw. ob er bei einer früheren Ausübung seines Besuchsrechts C._____ bei den Grosseltern "abgeliefert" hat, war für die Frage der Sistierung des Besuchsrechts nicht relevant. Deshalb hatte die Vorinstanz keine Veranlassung, diesbezüglich weitere Fragen an den Berufungsbeklagten zu stellen (vgl. act. 2 S. 13-14). d) Der gänzliche Ausschluss des persönlichen Verkehrs bis zur Erstattung des Gutachtens ist gestützt auf obige Erwägungen mit dem Bundesrecht nicht vereinbar. Der seit August 2015 – abgesehen von ganz kurzen Begegnungen – bestehende Kontaktabbruch zwischen Vater und Sohn verlangt dringend eine Wiederaufnahme des Besuchsrechts. Ansonsten besteht die Gefahr, dass durch einen längeren Kontaktunterbruch eine Entfremdung zum Kindsvater stattfindet. Die regelmässigen Kontakte zum Vater sind höher zu werten als die damit verbundenen, von der Berufungsklägerin dargestellten Belastungen für das Kind. Anzumerken ist sodann, dass eine stabile, kontinuierlich wachsende Beziehung eines Kindes zu seinem Vater ebenfalls einen gewichtigen Aspekt des Kindeswohl beschlägt. Es geht daher nicht

- 18 - an, dem Kind die Chance dazu von vornherein zu verbauen. Das scheint die Mutter zu verkennen.

E. 9

Im Zusammenhang mit dem vor Vorinstanz gestellten Antrag auf Sistierung des dem Vater eingeräumten Besuchsrechts verlangte die Berufungsklägerin die Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens, welches mit Blick auf das Kindeswohl von C._____ Auskunft über dessen körperliche, emotionale und psychische Entwicklung im

Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts durch den Kläger gebe und welche Massnahmen vorzuziehen seien, um eine dem Kind gerechte Betreuung zu gewährleisten (act. 5/89 S. 3). Wie sich aus den Erwägungen der Vorinstanz ergibt, beabsichtigt das Gericht eine Begutachtung bzw. Abklärung beider Parteien und C._____ (act. 6 Erw. 2.7). Darin ist aber kein Widerspruch zur Verneinung einer Kindeswohlgefährdung zu sehen, wie dies die Berufungsklägerin glaubt. Damit wird nicht zum Ausdruck gebracht, "dass die Auffälligkeiten von C._____ zumindest in den Besuchen beim Kläger begründet sein könnten" (act. 2 S. 11). Es geht in der Begutachtung nicht nur um die Beurteilung der Beziehung Vater-Kind sondern auch um die Beziehung Mutter-Kind. Letztere besteht seit dem Spätsommer 2015 praktisch ungeschmälert.

E. 10

Die Parteien waren bislang nicht in der Lage, das Besuchsrecht zu regeln (act. 1 S. 3; act. 77 S. 4, act. 120 S. 3, act. 120 S. 7; Prot. S. 33 und 41). Die Kindsübergaben seien – so die Berufungsklägerin – nie einfach gewesen (Prot. S. 44). Aufgrund der heutigen Situation ist es deshalb angezeigt, dass das Besuchsrecht von einem Beistand angeordnet und überwacht wird. Der Beistand hat dafür zu sorgen, dass das Besuchsrecht in geregelten Bahnen abgewickelt werden kann. Wie die Berufungsklägerin selbst ausführte, geht es darum, auf behutsame Weise ein auf Vertrauen basierendes Besuchsrecht mit dem Berufungsbeklagten aufzubauen (vgl. act. 2 S. 15). Der Beistand hat im Rahmen der gerichtlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung die für einen reibungslosen Verlauf der einzelnen Besuche nötigen Modalitäten festzulegen. Diese müssen so ausgestaltet sein, dass Spannungen abgebaut und negative Beeinflussungen vermieden werden. Gegen

- 19 - die Anordnung einer Beistandschaft i.S.v. Art. 308 Abs. 2 ZGB hat auch die Berufungsklägerin nichts einzuwenden (act. 2, bzw. vor Vorinstanz act. 5/122 S. 2 bzw. act. 5/136 S. 13). Sie wehrt sich aber, dass eine Erziehungsbeistandschaft gestützt auf Art. 308 Abs. 1 ZGB eingerichtet wird. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

E. 11

a) Die Vorinstanz erwog u.a., es ergebe sich aus den Ausführungen der Parteien und deren Rechtsvertreter, dass die Parteien bezüglich ihres gemeinsamen Sohnes nicht kommunizierten und sich diese Situation für C._____ – als fünfjähriges Kind – zu keinem Dauerzustand entwickeln dürfe. Werde im jetzigen Zeitpunkt nicht mit geeigneten Kinderschutzmassnahmen Unterstützung geboten, sei zu befürchten, dass C._____ womöglich im Laufe des weiteren Scheidungsprozesses gar keinen Kontakt mehr zu seinem Vater haben werde und sich eine nachhaltige Entfremdung einstelle. Im Sinne der Verhältnismässigkeit, wonach die Errichtung einer Beistandschaft für die Sicherstellung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Kläger und dem Sohn C._____ im vorliegenden Fall die mildeste Massnahme darstelle, um dem Kindeswohl möglichst gerecht zu werden und der drohenden Entfremdung zwischen dem Kläger und dem Sohn C._____ entgegenzuwirken, lägen Verhältnisse vor, welche die Ernennung eines Beistandes nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für die weitere Dauer des Verfahrens rechtfertigten. Durch den Einzug einer Drittperson als Beistand könne insbesondere den Befürchtungen der Beklagten begegnet werden, welche das Kindeswohl von C._____ in Gefahr sehe und Bedenken bei einer unkontrollierten Ausübung des Besuchsrechts durch den Kläger habe (act. 5/Prot. S. 26) (act. 2 Erw. 2.4.4.1-2.4.4.2). Die Berufungsklägerin führte aus, die Anordnung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB entbehre jeglicher Grundlage.

Aus den Akten gehe nir- gends hervor, dass sie sich nicht oder zu wenig um den Sohn C._____ und dessen Entwicklung kümmere oder mit ihrer Aufgabe als Mutter und Erzie- herin überfordert sei. Im Gegenteil werde ihr von dritter Seite immer wieder attestiert, wie gewissenhaft, umsichtig und fürsorglich sie sich um C._____

- 20 - kümmere und sich für ihn einsetze. Sie sei aktiv engagiert, gehe von sich aus auf Behörden, Lehrer und Fachpersonen zu, wenn sie Rat und Unter- stützung brauche, was ihre grundsätzliche Kooperationsbereitschaft bei- spielhaft untermaure. Es bestehe kein Anlass, sei auch nirgends dokumen- tiert oder vorgebracht worden, ihr Hilflosigkeit, Überforderung, Vernachlässi- gung oder Erziehungsmängel vorzuhalten. Das Kindeswohl liege ihr sehr am Herzen. So lasse sie beispielsweise C._____ psychologisch sowie logopä- disch abklären, suche im medizinischen Not- und Bedarfsfall den Kinderarzt auf (z.Bsp. bei schwerer Grippe), stehe in ständigem Kontakt mit dessen Lehrerinnen, der Schulpflege Uster, der Schulsozialarbeiterin Frau E._____ sowie der KESB Uster. Es gelinge ihr, mit Organisationsgeschick, grossem Engagement und Weitsicht den Spagat zwischen Mutter, Hausfrau und Er- werbstätige erfolgreich zu meistern. Diese Bemühungen und Erfolge, obschon sie entscheiderelevant seien, seien vom Gericht nicht berücksichtigt worden. Unter den genannten Umständen erweise sich die Einrichtung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB sachlich nicht für ange- zeigt und unverhältnismässig. Selbst die Klägerseite ziele mit ihrer Zweck- verfolgung zur Errichtung einer Beistandschaft hauptsächlich in Richtung ei- ner Besuchsrechtsbeistandschaft. Es müsse angenommen werden, dass der Kläger und die Vorinstanz die unterschiedlichen Anwendungsbereiche von Abs. 1 und Abs. 2 verkannt hätten (act. 2 S. 19-20). "Die Unterstützung der Eltern in ihrer Sorge um das Kind C._____ mit Rat und Tat" gemäss Dispositiv Ziffer. 4 des Urteils (act. 6 S. 22) braucht es ihrer Ansicht nach deshalb nicht (act. 2 S. 2 Berufungsantrag 3). b) Erfordern es die Verhältnisse, so ernennt die Kindesschutzbehörde dem Kind einen Beistand, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt (Art. 308 Abs. 1 ZGB). Sie kann dem Beistand besondere Be- fugnisse übertragen, insbesondere die Überwachung des persönlichen Ver- kehrs (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Vorauszuschicken ist, dass der Berufungsbe- klagte eine Errichtung der Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB verlangte (act. 77 S. 2) und die Vorinstanz im Übrigen diesbezüglich, aufgrund der Untersuchungsmaxime, nicht an die Parteianträge gebunden

- 21 - war. Die Erziehungsbeistandschaft als allgemeinste Form einer Beistand- schaft i.S.v. Art. 308 ZGB soll durch ambulante, aber kontinuierliche Be- handlung erzieherische Missstände abbauen durch Kontakte mit Eltern und Kind. Als Instrumente dienen Vermittlung, Anleitung und Weisung gegen- über Eltern (und unter ihnen), dem Kind und Dritten. Das elterliche oder fa- miliäre Umfeld bleibt dabei erhalten, soll aber durch stete persönliche Kon- takte (insbes. auch Hausbesuche) beobachtet werden. Der Beistand ist Ver- trauens- und Anspruchsperson aller Beteiligten und soll insbesondere auch zum Kind eine tragfähige Beziehung aufbauen (BSK ZGB I-Breitschmid, 5. Auflage, Art. 308 N 4). Vorliegend sollen die Eltern in ihrer Sorge um das Kind C._____ mit Rat und Tat durch den Beistand unterstützt werden. Bei dieser Umschreibung der Unterstützung der Eltern handelt es sich zwar eher um eine Erziehungsaufsicht im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB. Die Gefähr- dung des Kindeswohl durch das Verhalten der Eltern und die fehlende Kommunikationsfähigkeit zwischen den Eltern (vgl. act. 2 S.16) lassen aber vorliegend befürchten, dass ab und an auch imperative Anordnungen nötig sein werden (vgl. dazu BKS ZGB I-Breitschmid, 5. Auflage, Art. 307 N 24, Art. 308 N 5), was eine Beistandschaft nach

Art. 308 Abs. 1 erfordert. Ob die Berufungsklägerin ihre Aufgaben und Pflichten als Mutter sehr gewissenhaft, pflichtbewusst und umsichtig ausführt, mag aus ihrer Sicht und ihrem persönlichen Verständnis des Kindeswohls zutreffen, spielt aber für die Anordnung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB keine Rolle. Es geht vielmehr darum, die von ihr erwähnten Spannungen und Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien bezüglich des Kindes (die Mutter legt bspw. Wert auf Strukturgebung, act. 5/Protokoll S. 40) mit Rat und Tat mit Hilfe des Beistandes zu überwinden (BSK I-Breitschmid, 5. Auflage, Art. 308 N 14). Zwischen den Parteien bestehen Konflikte im Zusammenhang mit dem väterlichen Besuchsrecht, und es sind auch weitere erhebliche, das Kindeswohl gefährdende Auseinandersetzungen dazu zu befürchten. Im Übrigen hat der Schulpsychologische Dienst Uster am 11. April 2016 der Berufungsklägerin für die Bewältigung des Familienalltags eine Erziehungsberatung nahegelegt (act. 5/137/2 S. 2). Die Anordnung einer Erziehungsbei-

- 22 - standschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB ist deshalb angebracht. Gegen die gemäss Dispositiv Ziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils (vgl. act. 6 S. 22 f.) dem Beistand übertragenen Aufgaben ist sachlich nichts einzuwenden und erscheinen unter allen massgeblichen Gesichtspunkten auch angezeigt. Dies führt zur Abweisung der Berufung.

E. 12

Ob die der Berufungsklägerin mit Urteil vom 14. April 2015 des Bezirksgerichtes Uster bei Nichtgewährung des Besuchsrechts angedrohte Strafe gemäss Art. 292 StGB (act. 5/119/11 Dispositiv Ziffer 2) angebracht ist (vgl. act. 2 S. 11), ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

E. 13

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Berufungsklägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine hälftige Aufteilung der Kosten unter den Eltern gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO ist vorliegend nicht angezeigt, da auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet wurde. Mangels Umtrieben ist dem Berufungsbeklagten keine Parteienentschädigung zuzusprechen.

E. 14

Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Da es vorliegend um die Sistierung des Besuchsrechts und die Anordnung einer Beistandschaft gestützt auf Art. 308 Abs. 1 ZGB im Scheidungsverfahren geht, kommt § 5 GebV OG zur Anwendung (§ 6 GebV OG). Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird die Gebühr nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles bemessen (§ 5 GebV OG). In analoger Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG kann die Gebühr sodann bis auf die Hälfte ermässigt werden. Das tatsächliche Streitinteresse, nämlich die Betroffenheit der Berufungsklägerin und vor allem die Auswirkungen des Besuchsrechtsstreits auf das Kind, sind schwerwiegend. Schwierigkeiten bot die Berufung hingegen keine und der Aufwand des Gerichts hielt sich in Grenzen. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist deshalb auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

- 23 - Es wird beschlossen:

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