

ZH_OBERGERICHT LY170041 vom 12. April 2018

ZH Obergericht, 2018-04-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY170041

FR: ZH_OBERGERICHT LY170041 du 12 avril 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LY170041 del 12 aprile 2018

Erwägungen

E. 1

Mit Eheschutzurteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 15. März 2016 wurden die zum damaligen Zeitpunkt noch minderjährigen Kinder der Parteien, D._____, geboren am tt. März 1998, G._____, geboren am tt.mm.2000, H._____, geboren am tt.mm.2002, und C._____, geboren am tt.mm.2009, unter die alleinige Obhut der damaligen Gesuchstellerin und heutigen Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) gestellt (Urk. 6/15/1 S. 2). Die elterliche Sorge verblieb bei beiden Parteien. Hinsichtlich des Besuchsrechts vereinbarten die Parteien Folgendes (Urk. 6/15/1 S. 3): "4.3 Dem Vater und Ehemann soll das Recht zustehen, seine Tochter C._____ jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Zudem soll er C._____ in geraden Jahren vom 24. auf den 25. Dezember sowie an Pfingsten und in ungeraden Jahren vom 31. auf den 1. Januar sowie an Ostern zu sich oder mit sich auf Besuch nehmen können. Des Weiteren soll ihm das Recht zustehen, C._____ während den Schulferien drei Wochen zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Ausübung dieser Besuchsrechte stellt mit Blick auf das berufliche Engagement des Ehemannes keine Verpflichtung dar. Bezüglich der Kinder D._____, G._____ und H._____ soll angesichts deren Alters auf die Installierung eines fixen Besuchsrechts verzichtet werden. Die Ehefrau und Mutter verpflichtet sich, den Kontakt zwischen dem Vater und den Kindern zu fördern."

E. 2

Am 18. April 2017 reichte die Klägerin bei der Vorinstanz die Scheidungsklage ein (Urk. 6/1-4). Am 26. Juni 2017 stellte der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) folgendes Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 6/14 S. 2): "Es sei dem Beklagten das Recht einzuräumen, die gemeinsame Tochter C._____, geb. tt.mm.2009, während der Dauer des Verfahrens jeden Sonntag von 09.00 Uhr bis Montagmorgen (Schulbeginn) zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

- 5 - Der Klägerin sei für jeden einzelnen Fall der Weigerung, die Tochter meinem Mandanten auf Besuch zu geben, eine Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB anzu-drohen." Für den weiteren Prozessverlauf ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 2 S. 2). Am 22. August 2017 fällte die Vorinstanz das eingangs wieder-gegebene Urteil (Urk. 6/28). Am 31. August 2017 verlangte die Klägerin die Begründung (Urk. 6/30). Der begründete Entscheid wurde den Parteien am 13. September 2017 zugestellt (Urk. 6/31 = Urk. 2).

E. 2.1

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 (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

E. 2.2

Für das Verfahren der Prüfung der Voraussetzungen zur Gewährung des Armenrechts kommt die Untersuchungsmaxime zur Anwendung. Indes wird diese beschränkt durch das Antragsprinzip (Art. 119 Abs. 1 ZPO) und die Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Danach obliegt es der ansprechenden Partei, in ihrem Gesuch ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und mit aussagekräftigen Belegen glaubhaft zu machen. Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchen auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO demgegenüber nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges

- 19 - oder unklares Gesuch zu verbessern. Vielmehr kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden, wenn der Gesuchsteller seinen Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt (BGer 4D_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3. mit weiteren Hinweisen).

E. 2.3

Die Klägerin unterlässt es, ihr Gesuch - auch nur ansatzweise - zu begründen (vgl. Urk. 1). Daher ist auf das Gesuch nicht einzutreten. 3. Der Beklagte stellt ebenfalls ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 9 S. 2). Für seine Bedürftigkeit verweist er auf eine Pfändungsurkunde vom 17. April 2017 (Urk. 17 S. 8).

E. 3

Die KESB Bezirk Dietikon wird angewiesen, einen Beistand/eine Beiständin gemäss Dispositivziffer 2 hiervoor zu ernennen.

E. 3.1

Zu betonen ist, dass die aus der ehelichen Beistandspflicht fließende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1). Einem bedürftigen Ehegatten kann somit die unentgeltliche Rechtspflege nur bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Die um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Partei hat daher entweder auch einen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages zu stellen oder aber im Gesuch ausdrücklich darzulegen, dass und weshalb ihrer Ansicht nach auf Einverlangung eines solchen verzichtet werden kann, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann (BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1); die Beurteilung, ob ein Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag zu leisten ist, kann nicht der antizipierenden Beurteilung der gesuchstellenden Partei überlassen werden. Bei Fehlen entsprechender Ausführungen ist es sodann nicht am Gericht, in den Rechtsschriften der ersuchenden Partei oder in den übrigen Akten nach impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss nicht besteht, sondern es darf von einer anwaltlich vertretenen

Partei verlangt werden, dass sie in ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege explizit darlegt, dass und weshalb die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Gegenpartei nicht in Frage kommt. Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unent-

- 20 - geltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2 mit Verweis auf BGer 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5).

E. 3.2

Der Beklagte hat vor Obergericht weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses gestellt, noch hat er dargelegt, weshalb er auf einen solchen Antrag verzichtet. Das Armenrechtsgesuch ist daher bereits aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Es wird beschlossen: 1. Auf das Gesuch der Klägerin um Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses in der Höhe von mindestens Fr. 5'000.– wird nicht eingetreten. 2. Auf den Eventualantrag der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird nicht eingetreten. 3. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, für die Dauer des Scheidungsverfahrens die Tochter C._____ jedes zweite Wochenende am Sonntag von

E. 4

Im übrigen Umfang wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abgewiesen. Dispositivziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 22. August 2017 ist damit auch für die Dauer des Berufungsverfahrens vollstreckbar.

E. 5

(Schriftliche Mitteilung).

E. 5.1

In prozessualer Hinsicht beantragt die Klägerin die Anhörung der älteren Geschwister von C._____, nämlich von D._____, geb. tt. März 1998, E._____, geb. tt. November 1993, F._____, geb. tt. Dezember 1991, G._____, geb. tt.m.2000, und H._____, geb. tt.mm.2002. Dieser prozessuale Antrag ist nicht substantiiert begründet. Die Vorinstanz hat dargelegt, weshalb für die vorliegend zu beantwortende Frage auf die Anhörung (bzw. die Zeugeneinvernahme) der älteren Geschwister zu verzichten ist (Urk. 2 S. 6). Die Klägerin kommt ihrer Rügepflicht nicht nach, wenn sie lediglich auf die "Komplexität der Verhältnisse" verweist (Urk. 1 S 9). Es ist unbestritten, dass die Familiensituation seit längerem

- 8 - konfliktbelastet ist und die älteren Geschwister den Kontakt zum Beklagten ablehnen. Auch haben E._____ und D._____ mit den vor Vorinstanz eingereichten zwei Schreiben (Urk. 6/20/8 und 6/20/9) ihren Standpunkt klar dargelegt. Deren Einstellung zum Beklagten ist also aktenkundig. Neue Erkenntnisse wären nicht zu erwarten.

E. 5.2

Die Klägerin verlangt, eventualiter sei über den Beklagten ein psychiatrisches Gutachten zu erstellen zwecks Abklärung seiner Betreuungsfähigkeit hinsichtlich der Tochter C._____. Auch dieser Eventualantrag ist abzuweisen. Zum einen fehlt es wiederum an der

rechtsgenügenden Begründung (vgl. Urk. 1 S. 9 f.). Zum anderen sind aufgrund der Akten keinerlei Hinweise ersichtlich, welche eine Begutachtung für den zu fällenden Entscheid erforderlich machen würden.

E. 6

Die Vorinstanz gewährte ein Besuchsrecht von sechs Stunden alle zwei Wochen. Sie begründet diesen Entscheid mit folgenden Argumenten:

E. 6.1

Die von der Klägerin behauptete angeblich narzisstische Persönlichkeitsstörung des Beklagten sei erstens weder durch die Klägerin belegt, noch sei eine solche aktenkundig. Zweitens möge eine narzisstische Veranlagung bzw. eine dahingehende Persönlichkeitsstörung ohne Zweifel eine Herausforderung für die Mitmenschen im Umgang mit der betroffenen Person sein. Nach allgemeiner Erfahrung dürfte eine derart veranlagte Person kein idealer Erzieher sein. Es wäre indes zu weit gegriffen, jeglichen Kontakt zwischen Vater und Kind unterbinden zu wollen. Ohnehin komme der Klägerin als alleinige Obhutsinhaberin die vorwiegende Erziehungstätigkeit zu, weshalb allfälligen Defiziten in der Erziehungsfähigkeit des Beklagten eine weniger gewichtige Rolle zukomme. Die (behauptete) narzisstische Persönlichkeit vermöge den Beklagten nicht seines Besuchsrechts zu entheben. Die Klägerin bringe auch nicht vor, dass die bis anhin durchgeführten Treffen C._____ geschädigt hätten. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Persönlichkeit des Beklagten, welche sich in der letzten Zeit nicht gross verändert haben dürfte, plötzlich einen schädigenden Einfluss auf das Kind haben sollte. Die Argumentation der Klägerin baue grösstenteils darauf, dass sich der Beklagte gegenüber den gemeinsamen Kindern in der Vergangenheit falsch verhalten habe. Die Ausführungen der Klägerin würden allerdings den Beklagten nur insofern be-

- 9 - lasten, als dass damit die Beziehung zu den älteren Kindern betroffen sei. Von einer C._____ zugefügten (physischen oder psychischen) Verletzung bzw. Gefährdung sei denn auch nie die Rede. Es würden keine genügend konkreten Indizien vorliegen, die eine Gefährdung von C._____ als wahrscheinlich erscheinen lassen. Daher sei auch auf eine Anhörung der übrigen Kinder zu verzichten. Die Klägerin hält in der Berufungsschrift daran fest, dass das Kindeswohl von C._____ durch den Kontakt zum Beklagten gefährdet sei. Sie stütze sich dabei auf ihre Erfahrungen in der langjährigen Ehe mit dem Beklagten, aus welcher sechs gemeinsame Kinder hervorgegangen seien. C._____ sei die jüngste. Der Beklagte habe zu keinem der übrigen fünf Kindern heute noch Kontakt. Sie habe vor Vorinstanz schriftliche Voten der erwachsenen Kinder D._____ und E._____ ins Recht gelegt, aus welchen eindeutig hervorgehe, dass Unberechenbarkeit, Gehässigkeit und gar Gewalt seitens des Beklagten gegenüber den Kindern in der Vergangenheit stattgefunden hätten. Es sei zwar korrekt, dass C._____ bis heute keine psychische oder physische Verletzung zugefügt worden sei. Gerade der Umstand, dass der Beklagte heute keinerlei Kontakt mehr zu seinen Kindern habe, sei für sich alleine Indiz genug, um von der Ernsthaftigkeit der von der Klägerin vorgebrachten Behauptungen auszugehen und vertiefte Abklärungen zu treffen. Sie, die Klägerin, habe schon vor Vorinstanz beantragt, dass die älteren Kinder - insbesondere auch die erwachsenen Kinder - durch das Gericht befragt werden sollen. Der Beklagte sei in der Vergangenheit mehrfach (zumindest ein Mal stationär) in psychiatrischer Behandlung gewesen. Es sei also nicht einfach eine leere Behauptung (Urk. 1 S. 6 f). Mit diesen Ausführungen wiederholt die Klägerin ihren

Standpunkt vor Vorinstanz, ohne sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid konkret auseinanderzusetzen. Insbesondere legt sie nicht dar, inwiefern sich denn die Familiensituation und das Verhalten des Beklagten seit Frühling 2016 zum Nachteil von C._____ grundlegend verändert haben sollen. Auch die von E._____ beschriebenen Ereignisse liegen zeitlich weiter zurück. Die Klägerin macht auch nicht geltend, dass die schon damals offenbar konfliktreiche familiäre Situation im seinerzeitigen Eheschutzentscheid - mit einer gerichtsüblichen Besuchsrechtsregelung für C._____ - unzutreffend gewürdigt worden wäre. Auf die entscheidungstragende

- 10 - Erwägung, dass die (behauptete) narzisstische Persönlichkeit den Beklagten nicht seines Besuchsrechts entheben könne (Urk. 2 S. 5), geht die Klägerin nicht ein. Sie bleibt mit ihren Vorwürfen sehr vage bzw. sie bezieht sich, wie ausgeführt, auf das Verhältnis der älteren Kinder zum Beklagten. Was C._____ betrifft, führt die Klägerin selber aus, dass sich der Beklagte weder in physischer noch in psychischer Hinsicht übergriffig verhalten hat. Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass keine genügend konkreten Indizien für eine Kindswohlgefährdung vorliegen. Gerade was den fehlenden Kontakt des Beklagten zu den älteren Geschwistern angeht, ist zu ergänzen, dass die Entscheidung bezüglich des einen Kindes zu dessen Wohl nicht unbedingt dem Kindeswohl des anderen Geschwisters entsprechen muss. Aus diesem Grund ist namentlich die Regelung des persönlichen Verkehrs für jedes Kind einzeln zu bestimmen (Kilde, Der persönliche Verkehr: Eltern - Kind - Dritte, Zivilrechtliche und interdisziplinäre Lösungsansätze, 2015, Rz 175).

E. 6.2

Die Vorinstanz erwog weiter, die Klägerin habe geltend gemacht, dass der Beklagte kein ernsthaftes Interesse an der Tochter gezeigt habe. Dazu sei festzuhalten, dass von Seiten des Beklagten wiederholt Kontaktbemühungen stattgefunden haben müssten, so sei die Rede von Briefen bzw. Telefonaten des Beklagten, auf welche von Klägerseite nicht reagiert worden sei. Anlässlich des Geburtstags am tt.mm.2017 habe der Beklagte Bemühungen unternommen, mit Hilfe einer als Fee verkleideten Frau C._____ ein Geschenk zu überbringen. Auch dürfte das Verhalten der Klägerin den Kontaktabbruch zumindest begünstigt haben, da es während den bis anhin stattfindenden Treffen immer wieder Streit zwischen den Parteien gegeben habe und sich die Klägerin - im eigenen Interesse - seit Sommer 2016 bewusst habe zurückziehen und so den Kontakt zum Beklagten habe meiden wollen. Mit Blick auf die glaubhaft gemachten Kontaktbemühungen sei nicht von einem Desinteresse an C._____ auszugehen. Ausserdem widerspreche sich die Klägerin, wenn sie einerseits versuche, ihre Tochter durch einen Entzug des Besuchsrechts vor dem Beklagten und seinem Wesen zu beschützen, aber andererseits bemängle, der Beklagte habe sich zu wenig um Kontakt zur jüngsten Tochter bemüht (Urk. 2 S. 6 f.).

- 11 - Die Klägerin beanstandet, die Vorinstanz gehe ohne vertiefte Abklärungen davon aus, dass seitens des Beklagten wiederholt Kontaktbemühungen stattgefunden hätten. Tatsächlich habe es sich so verhalten, dass sich der Beklagte seit der Trennung von der Klägerin im August 2011 nie ernsthaft um C._____ gekümmert habe. Das Kind habe kein einziges Mal beim Beklagten übernachtet. Bevor der Kontakt zwischen Klägerin und Beklagtem im Oktober 2016 endgültig abgebrochen sei, sei es nicht einziges Mal zu einem Treffen zwischen dem Beklagten und C._____ alleine gekommen. Erst als die Klägerin im Herbst 2016 eröffnet habe, sie würde die Scheidung einreichen, habe er sich um einen Kontakt bemüht, der sich allerdings in einem einmaligen Tagesausflug und der

Übersendung eines Geburtstagsgeschenkes erschöpft habe. Angebliche Kontaktversuche mittels Briefen und Telefonaten hätten nicht stattgefunden. Die Klägerin bestreite vehement, dass sie diese vereitelt habe (Urk. 1 S. 8 f.). Das Gesetz sieht in Art. 274 Abs. 2 ZGB u.a. vor, dass bei einer Vernachlässigung des Kindes das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden kann. Wer sich an der Entwicklung seines Kindes lange nicht beteiligt und seinen Anspruch auf persönlichen Verkehr nicht wahrnimmt, verwirkt diesen Anspruch zwar nicht durch Zeitablauf; ein plötzliches (Wieder-)Aufnehmen des Kontaktes liegt jedoch in der Regel nicht im Interesse des Kindes und kann deshalb abgelehnt werden (FamKomm Scheidung-Büchler/Wirz, Art. 274 ZGB N 8). Eine Gefährdung des Kindeswohls ist im Hinblick auf die vollständige Aufhebung des persönlichen Verkehrs indes nicht leichthin anzunehmen. Der vollständige Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr bildet die "ultima ratio" und darf im Interesse des Kindes nur angeordnet werden, wenn die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs sich nicht in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (BGE 122 III 404 E. 3 b). Bei Kinderbelangen ist der relevante Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Dies entbindet die Parteien jedoch nicht davon, die rechtserheblichen Tatsachen zu begründen und nachvollziehbar darzulegen (vgl. DIKE-Komm ZPO, Art. 296 N 2). Es ist nicht ersichtlich, und wird von der Klägerin auch nicht substantiiert dargelegt, inwiefern die Vorinstanz in Bezug auf die Kontaktaufnahme weitere Abklärungen hätte tätigen sollen. Selbst wenn es nur diesen einen Tagesausflug

- 12 - in den Europapark und das Übersenden eines Geburtstagsgeschenkes im mm.2017 seit Erlass des Eheschutzurteils im Frühling 2016 gab, wäre ein Entzug des Besuchsrechts nicht zu rechtfertigen. Dies folgt bereits aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit, dem Verweigerung oder Entziehung des persönlichen Verkehrs als Kindesschutzmassnahme unterliegen. Immerhin ist zudem aktenkundig, dass sich der Beklagte im Januar 2017 für eine Besuchsrechtsregelung an die KESB wandte (Urk. 6/4/4). Dem Kontaktunterbruch ist vielmehr bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts Rechnung zu tragen (vgl. unten Ziff. 8). Und da ein sechsstündiges Besuchsrecht streitig ist, ist auch irrelevant, dass C._____ bislang nie beim Beklagten übernachtet hat. Dass die Klägerin im Übrigen mit ihrer ablehnenden Haltung die Kontaktaufnahme zwischen C._____ und dem Beklagten nicht fördert, liegt auf der Hand.

E. 6.3

Die Vorinstanz führt weiter an, das Protokoll der KESB betreffend Kinderanhörung vom 8. März 2017 halte fest, dass C._____ den Beklagten nicht sehen wolle, insbesondere weil die älteren Geschwister auch keinen Kontakt zu ihm pflegen würden und er nie Zeit gehabt habe. Anders als in der Kinderanhörung der KESB habe sich C._____ während der Kinderanhörung vor dem hiesigen Gericht scheu und verschlossen verhalten und sich nicht ausdrücklich zu ihren Präferenzen bezüglich des Kontaktes zum Beklagten geäußert. Aus der Kinderanhörung vom 12. Juli 2017 lasse sich nichts dem Recht auf persönlichen Verkehr Entgegenstehendes entnehmen. Es könne nicht von einer ernsthaften Weigerung von C._____ ausgegangen werden, welche eine Durchführung der Kontakte verunmöglichen würde. Die hauptsächlich nonverbale Kommunikation lasse vielmehr darauf schliessen, dass sich C._____ einerseits der Brisanz der Thematik für die restliche Familie bewusst sei; gleichzeitig hätte sie jedoch keine negativen Erlebnisse mit dem Beklagten zu berichten (Urk. 2 S. 7 ff.). Die Klägerin moniert, die Vorinstanz sei nicht auf die von C._____ gemachten Äusserungen, den Beklagten nicht mehr sehen zu wollen,

eingegangen. Das Kind habe an zwei verschiedenen Anhörungen (einmal durch die KESB im März 2017 und einmal durch die Vorinstanz im Juli 2017) deutlich geäußert, dass es den Beklagten nicht sehen möchte (Urk. 1 S. 9). Diese pauschale Rüge stellt keine hinreichende Auseinandersetzung mit der erstinstanzliche Begründung dar. So-

- 13 - dann darf nach der Praxis des Bundesgerichtes das Besuchsrecht nicht allein vom Willen des Kindes abhängen. Das Wohl des Kindes ist nämlich nicht nur aus seiner subjektiven Sicht mit Blick auf sein momentanes Befinden zu beurteilen, sondern auch objektiv und mit Blick auf seine künftige Entwicklung (Büchler/Wirz, a.a.O., Art. 273 ZGB N 34 m.H. auf die einschlägige Rechtsprechung).

E. 6.4

Die Vorinstanz erwog zusammenfassend, dass eine Gefährdung des Kindeswohls durch die Durchführung des Besuchsrechts nicht glaubhaft gemacht sei. Die bloss abstrakte Gefahr einer möglichen ungünstigen Beeinflussung von C._____ durch den Beklagten reiche nicht aus, um den persönlichen Verkehr einzuschränken. Es würden konkrete Anhaltspunkte fehlen, die eine Gefährdung des Kindeswohls als wahrscheinlich erscheinen liessen und gar einen Ausschluss des Besuchsrechts des Beklagten rechtfertigen würden. Die klägerische Befürchtung beruhe ausschliesslich auf Spekulation und erfahre keinerlei Stütze in den Akten (Urk. 2 S. 8). Die Klägerin widerspricht. Weder sei die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass eine abstrakte Gefährdung nicht glaubhaft gemacht worden sei, noch die Aussage, die klägerische Befürchtung beruhe lediglich auf Spekulation, korrekt (Urk. 1 S. 9). Die Angaben der Klägerin gehen an der Sache vorbei. Gefordert sind konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls. Nach dem Ausgeführten ist mit der Vorinstanz festzuhalten, dass im zu beurteilenden Fall konkrete Anhaltspunkte fehlen, die einen Ausschluss des Besuchsrechts rechtfertigen würden. 7.1 Zur Bemessung des Besuchsrechts führt die Vorinstanz an, es sei zu bedenken, dass C._____ erst neun Jahre alt sei und bis anhin unbestrittenerweise eher selten Zeit mit dem Beklagten verbracht habe. Daher seien für die Dauer des Verfahrens noch keine Übernachtungen vorzusehen. Der Beklagte seinerseits sei beruflich sehr ausgelastet und es müsse den in der Gastronomie üblichen Arbeitszeiten Rechnung getragen werden, damit der Beklagte den persönlichen Verkehr regelmässig ausüben und das Band zwischen Vater und Tochter gestärkt werden könne. Da das bis vor kurzem gelebte Besuchsrecht offenbar für C._____ als auch für den Beklagten passend gewesen sei und sich auch sonst keine An-

- 14 - haltspunkte zeigten, welche dagegensprechen würden, anerbiete es sich, den persönlichen Verkehr für die Dauer des Scheidungsverfahrens entsprechend auszurichten, sodass sich die Beziehung zwischen C._____ und dem Beklagten festigen und - hinsichtlich des noch ausstehenden Scheidungsurteils - schlussendlich ein weitläufigeres Besuchsrecht angeordnet werden könne. Der Beklagte sei somit für berechtigt zu erklären, die Tochter jeden zweiten Sonntag von 10 Uhr bis 16 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen (Urk. 2 S. 8 f.). 7.2 Die Klägerin äussert sich nicht konkret zum Umfang. Sie macht einzig geltend, die Aussage der Vorinstanz, wonach "das bis vor kurzem gelebte Besuchsrecht offenbar für C._____ als auch für den Beklagten passend gewesen war" greife gänzlich daneben. Es habe in der Vergangenheit überhaupt kein "gelebtes Besuchsrecht" existiert. Einzige Ausnahme sei ein Tagesausflug des Beklagten in den Europapark gewesen. Alle anderen Treffen des Beklagten hätten im Beisein der Klägerin oder der Geschwister von C._____ stattgefunden und sich jeweils auf ein sonntägliches Mittagessen beschränkt (Urk. 1 S. 9). 7.3 Bei der Ausgestaltung des

Besuchsrechts sind die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, so etwa ein langer Kontaktunterbruch, Konfliktsituationen der Eltern oder Ängste der obhutsberechtigten Person. Der Vereinbarung gemäss Eheschutzurteil vom März 2016 wurde offenbar nie nachgelebt, zufolge der Klägerin weder von ihr noch vom Beklagten (Urk. 6/4/6). Aktuell steht deshalb eine geordnete Wiederaufnahme des persönlichen Verkehrs zwischen dem Beklagten und C._____ sowie eine Beruhigung der Situation im Vordergrund. Die Vorinstanz hat sich daher nicht zu Unrecht an den sonntäglichen Mittagessen orientiert, auch wenn weitere Familienmitglieder anwesend gewesen sind. Ob von einem "gelebten Besuchsrecht" gesprochen werden kann, ändert im Ergebnis nichts. Ein Besuchsrecht von sechs Stunden alle zwei Wochen trägt dem Umstand Rechnung, dass C._____ ihren Vater seit längerer Zeit nicht mehr gesehen hat und sich Vater und Tochter erst wieder aneinander gewöhnen müssen. Der Umfang des Besuchsrechts ist im Sinne eines nachhaltigen Bindungsaufbaus und daher zu bestätigen.

- 15 - 8.1 Am 3. November 2017 beschloss die erkennende Kammer, dass der Beklagte das Besuchsrecht gemäss der angefochtenen Verfügung vom 22. August 2017 für die Dauer des Berufungsverfahrens begleitet auszuüben hat. Dies, um eine gewisse Beruhigung der Situation herbeizuführen, und um den Bedenken der Klägerin Rechnung zu tragen und C._____ bei der Annäherung an den Beklagten zu unterstützen (Urk. 15 S. 11).

8.2 Der Beklagte macht in der Berufungsantwort vom 13. Dezember 2017 im Wesentlichen geltend, es sei vorzuschicken, dass die Anordnung einer Besuchs-Begleitung zur Folge habe, dass er seine Tochter wohl frühestens im März 2018 ein erstes Mal zu Gesicht bekommen werde, wenn nicht noch später. Mit seinem Vorgehen habe das Obergericht einer weiteren Entfremdung Vorschub geleistet. Die zeitliche Verzögerung sei voraussehbar gewesen und habe dem Kindeswohl effektiv geschadet. Inwiefern die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts zur Beruhigung der Situation hätte führen sollen, sei nicht ersichtlich. Die mit der Anordnung einer Besuchs-Begleitung zwangsläufig verbundenen Verzögerungen hätten gegenteils zu einer Zementierung des Status Quo geführt und eine weitere Entfremdung zwischen Vater und Tochter bewirkt. Es sei den (angeblichen) Bedenken der Klägerin bereits mit dem Entscheid der ersten Instanz Rechnung getragen worden. Dem Entscheid des Obergerichts lasse sich jedenfalls nicht entnehmen, welche schlimmen Dinge aus Sicht des Obergerichts denn zu befürchten gewesen wären, wenn der Beklagte seine Tochter im Sinne des erstinstanzlichen Entscheids alle zwei Wochen für ein paar wenige Stunden ohne Begleitung hätte sehen dürfen. Ein Besuchsrechts-Beistand könne beim Vollzug eines Besuchsrechts zwar durchaus hilfreich sein; es brauche aber sicher keinen "Aufpasser", welcher C._____ vor allfälligen Übergriffen des Beklagten schützen müsste, zumal es solche Übergriffe in den vergangenen neun Jahren noch gar nie gegeben habe. Für den Fall, dass das Obergericht auch im Rahmen des Berufungsurteils an seiner bisherigen Haltung zur Begleitung der Besuche festhalten sollte, ersuche der Beklagte darum, die vermeintlichen "Bedenken" beim Namen zu nennen und darzulegen, welches konkrete Übel dem Kind drohen könnte, wenn es seinen Vater für ein paar wenige Stunden unbegleitet sehen könnte (Urk. 17 S. 4 ff.).

- 16 - 8.3 Es entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass ein begleitetes Besuchsrecht dort angezeigt sein kann, wo (nach einem längeren Kontaktunterbruch) eine behutsame Wiederannäherung zwischen dem Vater und dem Kind sichergestellt werden soll, bevor es zu einer Lockerung (Aufhebung der Begleitung) und Ausdehnung (in zeitlicher Hinsicht) hin zu einem gerichtsblichen Besuchsrecht kommen kann (BGer

5A_505/2013 vom 20. August 2013, E. 6.3 m.H.; Bächler/Wirz, a.a.O., Art. 274 N 5 ff.). Mit der Anordnung im Beschluss der Kammer vom 3. November 2017 wurde auf den Umstand Rücksicht genommen, dass C._____ ihren Vater seit Sommer 2016 nicht mehr gesehen hat und - stellt man allein auf die Kinderanhörung bei der KESB ab -, ihn auch nicht mehr sehen möchte. Der Beklagte räumt ein, dass die Situation "zementiert" sei und sich das Kind in einem grossen Loyalitätskonflikt befindet (Urk. 17 S. 4, 7). Er widerspricht auch nicht der Behauptung, dass er C._____ vor dem Kontaktabbruch im Sommer 2016 praktisch nie alleine betreut hat. Die Begleitung dient also dazu, dass eine Wiederannäherung langsam und behutsam von statten gehen kann. Sie soll ermöglichen, dass C._____ und der Beklagte sich nach und nach wieder aneinander gewöhnen und aufeinander zugehen können. Sie soll auch dazu dienen, dass die neunjährige Tochter wieder Vertrauen zu ihrem Vater fassen kann, dies trotz der ablehnenden Haltung der Mutter und der eigenen Geschwister dem Beklagten gegenüber. Die Ängste und Vorbehalte der Klägerin thematisiert der Beklagte selber, wenn er in der Berufungsantwort vortragen lässt, dass die Vorwürfe betreffend das angeblich schlechte Verhalten sich einzig auf die volljährigen Kinder F._____, E._____ und D._____ beziehen würden (Urk. 17 S. 5). Jedenfalls ist offenkundig, dass die Abwehrhaltung der Klägerin und der Geschwister gross ist. 8.4 Nach dem Dargelegten war und ist das begleitete Besuchsrecht angezeigt, weil es aufgrund des fehlenden Kontakts in der Vergangenheit und des Loyalitätskonflikts von C._____ in erster Linie um ein behutsames (Wieder-)Anbahnen einer Beziehung zwischen C._____ und dem Beklagten geht. Da der Beklagte sich dahingehend äusserte, dass ein erster Kontakt - unter Verweis auf eine Email mit der zuständigen KESB - wohl frühestens im März 2018 möglich sein würde (Urk. 17 S. 3, Urk. 19/1), ist auch im vorliegenden Massnahmeentscheid grundsätzlich ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen.

- 17 - 8.5 Der Beklagte beantragt im Eventualantrag, eine allfällige Besuchsbegleitung sei wenigstens zeitlich zu beschränken (Urk. 17 S. 5). Beim begleitetem Besuchsrecht handelt es sich grundsätzlich um eine vorübergehende Massnahme, die im Regelfall auf ein halbes oder ganzes Jahr zu beschränken ist (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 27; Bächler/Wirz, a.a.O., Art. 274 ZGB N 18). So soll nicht auf unbegrenzte Zeit ein freier und unbefangener Kontakt zwischen dem Vater und seinem Kind verhindert werden. Daher ist die Begleitung der Besuche auf rund sechs Monate ab Entscheid bzw. bis Ende September 2018 zu beschränken. Für die Phase der unbegleiteten Besuche erscheint es aufgrund der Konfliktsituation zwischen den Parteien sachgerecht, dass die mit Beschluss vom 3. November 2017 angeordnete Beistandschaft für die Organisation und Überwachung der Besuche sowie die Vermittlung in Konfliktsituationen bestehen bleibt. 8.6 Folglich ist die in Dispositiv-Ziffer 2 des Beschlusses der erkennenden Kammer vom 3. November 2017 angeordnete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für die weitere Dauer des Massnahmeverfahrens aufrechtzuerhalten. Zu ergänzen ist, dass die begleiteten Besuche bis und mit September 2018 zu befristen sind.

E. 9

Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 236 Abs. 3 ZPO sog. direkte Vollstreckungsmassnahmen angeordnet und die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung angedroht (Dispositiv-Ziffer 2). Die Klägerin verlangt im Eventualfall, es sei unter Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 1 und 2 dem Beklagten ein auf wenige Stunden begrenztes zweiwöchentliches, begleitetes Besuchsrecht zu installieren.

Zu der sinngemäss beantragten Aufhebung der ange- drohten Ungehorsamsstrafe äussert sie sich nicht. Somit ist nicht weiter darauf einzugehen. Die entsprechende Dispositiv-Ziffer 2 ist zu bestätigen.

E. 10

Mit Berufungsantrag Ziffer 4 verlangt die Klägerin, der Beklagte sei zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses von mindestens Fr. 5'000.– zu verpflichten (Urk. 1 S. 2). Da die Klägerin diesen Antrag nicht be- gründet, ist darauf nicht einzutreten.

- 18 - III. 1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– fest- zulegen. In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Gemäss ständiger Praxis des Obergerichts sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Par- teientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Der Klägerin ist insoweit zu folgen, als vorliegend ein begleitetes Besuchsrecht indi- ziert ist, was ihrem Eventualstandpunkt entspricht. Daher erscheint es als richtig, die Kosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. 2. Die Klägerin stellt eventualiter ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.

E. 10.00

Uhr bis 16.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Bis und mit September 2018 darf das Besuchsrecht nur begleitet ausgeübt werden. 2. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten die Tochter C. _____ gemäss Ziffer 1 dieses Entscheids zu Besuch zu geben, unter Androhung von Be-

- 21 - strafung mit Busse wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung gemäss Art. 292 StGB im Widerhandlungsfalle. 3. Die in Dispositiv-Ziffer 2 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Oberge- richts des Kantons Zürich vom 3. November 2017 angeordnete Beistand- schaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird für die weitere Dauer des Massnahmeverfahrens aufrechterhalten. Die Kindes- und Erwachse- nenschutzbehörde Bezirk Dietikon bleibt für den Vollzug zuständig. Die Bei- standsperson bleibt mit folgenden Aufgaben betraut: – Unterstützung der Eltern mit Rat und Tat; – Vermittlung zwischen den Eltern in Konfliktsituationen; – Organisation und Überwachung des Besuchsrechts; insbesondere Si- cherstellung, dass das Besuchsrecht bis und mit September 2018 im Beisein einer Drittperson ausgeübt wird. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die KESB Dietikon sowie an die Vorinstanz gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 8. 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 Be- schwerde 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).

- 22 - Dies ist 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, 12. April 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Notz versandt am: am

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