

ZH_OBERGERICHT LY180034 vom 11. Januar 2019

ZH Obergericht, 2019-01-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY180034

FR: ZH_OBERGERICHT LY180034 du 11 janvier 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LY180034 del 11 gennaio 2019

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten am tt. September 2005. Aus der Ehe ging der Sohn A._____, geboren am tt.mm.2009, hervor (act. 5/48).

E. 2

Mit Eingabe vom 10. August 2012 machte die Beklagte und Berufungsbe- klagte 2 (nachfolgend Beklagte) beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Win- terthur ein Eheschutzbegehren anhängig (act. 5/3/1), woraufhin das Eheschutzge- richt mit Urteil vom 20. Dezember 2012 das Getrenntleben bewilligte, die Obhut über A._____ der Beklagten zuteilte, für A._____ eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtete und den Kläger und Berufungsbeklagten 2 (nachfolgend Kläger) zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte und A._____ verpflichtete (act. 5/3/25). 3.1. Das Scheidungsverfahren wurde mit Eingabe der Scheidungsklage vom 13. Februar 2015 beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Winterthur (nachfol- gend Vorinstanz) anhängig gemacht (act. 5/1). Eine Einigungsverhandlung wurde durchgeführt und es wurden gerichtliche und aussergerichtliche Vergleichsge- spräche geführt (Prot. Vi S. 19; act. 5/28; act. 5/38–40). Eine Einigung konnte in- des nicht erzielt werden. 3.2. Aufgrund einer Gefährdungsmeldung stellte der Kläger mit Eingabe vom 27. September 2016 den Antrag auf Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 5/72), worauf die Vorinstanz mit Verfügung vom 30. September 2016 A._____ superpro- visorisch unter die Obhut des Klägers stellte. Ausserdem setzte sie Rechtsanwäl- tin lic. iur. X._____ im Sinne von Art. 299 f. ZPO als Kindsvertreterin ein (act. 5/77). Nach durchgeführter Massnahmeverhandlung stellte die Vorinstanz A._____ mit Entscheid vom 21. Dezember 2016 wieder unter die Obhut der Be- klagten. Darüber hinaus wurde die Beiständin mit weiteren Aufgaben betraut und ein Gutachten zur Erziehungsfähigkeit der Eltern, zur Obhutzuteilung, zur Be- treuungsregelung und zu allfälligen Kindesschutzmassnahmen angeordnet

- 8 - (act. 5/111). Die vom Kläger gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wurde von der Kammer mit Urteil vom 14. März 2017 abgewiesen (act. 5/114; Verfahren LY170002). 3.3. Mit Eingaben vom 3. November 2017 und 7. Dezember 2017 stellten sowohl die Kindsvertreterin als auch die Beiständin den Antrag, es sei die Obhut über A._____ superprovisorisch von der Beklagten auf den Kläger zu übertragen (act. 5/138; act. 5/164). Mit Verfügung vom 15. Dezember 2017 teilte die Vor- instanz die Obhut im Sinne einer superprovisorischen Massnahme dem Kläger zu, räumte der Beklagten ein begleitetes Besuchsrecht ein, übertrug der Beistän- din die Aufgabe, das Besuchsrecht zu überwachen und stellte die Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen einstweilen ein (act. 5/166). Nach durchgeführter Massnahmeverhandlung vom 25. Januar 2018 (Prot. Vi. S. 79 ff.) erliess die Vorinstanz am 29. Juni 2018 den eingangs aufge- führten Entscheid und bestätigte die Obhutzuteilung an den Kläger (act. 5/195 = act. 4).

Für die Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessgeschichte wird auf die detaillierten Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 4 E. I.).

E. 2.1

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides. Die Berufungsinstanz verfügt damit sowohl in tatsächlicher Hinsicht als auch in rechtlicher Hinsicht über volle Kognition. Insbesondere überprüft die Berufungsinstanz die Beweiswürdigung der ersten Instanz frei (Art. 157 ZPO i.V.m. Art. 310 lit. b ZPO) und kontrolliert dabei, ob die von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen als erwiesen betrachtet werden konnten (BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

- 10 -

E. 2.2

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen, unter denen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, abschliessend, ohne danach zu differenzieren, ob ein Verfahren in den Anwendungsbereich der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime fällt. In Kinderbelangen können Noven jedoch, sofern sie nicht gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind, von der Kammer insoweit zur Kenntnis genommen werden, als dadurch auf wesentliche Sachverhalte hingewiesen wird, denen im Rahmen der Pflicht zur Sachverhaltserforschung von Amtes wegen mit eigenen Untersuchungen nachzugehen wäre (vgl. zum Ganzen OGer ZH LY160019 vom 21. Juli 2016 E. 2.2.1.2. m.w.H.). 3. Die Berufung wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Kindsvertreterin ist zur Erhebung der Berufung legitimiert (Art. 300 lit. c ZPO). Auf die Berufung ist daher einzutreten. III. Zur Berufung im Einzelnen 1. Im vorliegenden Verfahren ist einzig der Umfang des Besuchsrechts der Beklagten und insbesondere die Notwendigkeit begleiteter Besuchskontakte strittig. 2. Die Vorinstanz sah eine stufenweise Ausdehnung des Besuchsrechts vor. Zunächst sollten während einer kurzen Übergangsphase die mit Verfügung vom 15. Dezember 2017 angeordneten begleiteten Besuche weitergeführt werden. Danach sollten unbegleitete Besuche, zuerst ohne, und dann mit Übernachtung stattfinden (vgl. act. 4 Dispo-Ziff. 2). Dazu erwog die Vorinstanz, hauptsächlich Grund für die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts habe gemäss Verfügung vom 15. Dezember 2017 der Umstand gebildet, dass die Beklagte A._____ nach Kenntnisnahme der vom Gutachter Dr. I._____ empfohlenen Obhutsumtei-

- 11 - lung massiv unter Druck gesetzt und ihn von seinem klar geäusserten Wunsch, beim Vater leben zu wollen, abzubringen versucht habe. Die Beklagte habe aber inzwischen akzeptiert, dass es für A._____ gegenwärtig besser sei, beim Vater zu leben, insbesondere, da es auch seinem festen Wunsch entspreche. Daher opponiere sie nicht mehr gegen die Zuteilung der Obhut an den Kläger. Die Beklagte scheine aber nicht einzusehen, dass A._____s Wunsch, beim Vater zu leben, auch darauf beruhe, dass sie ihm keine stabilen

und geordneten Verhältnisse bieten. Obwohl die Beklagte gewusst habe, dass ihre Erziehungsfähigkeit im Rahmen der Begutachtung durch Dr. I. _____ abgeklärt werde und sie von diversen Fachpersonen immer wieder auf ihre Defizite aufmerksam gemacht worden sei, sei sie kaum in der Lage gewesen, die Lebenssituation von A. _____ nachhaltig zu verbessern. Dies wecke gewisse Bedenken, ob die Beklagte in der Lage sei, A. _____ im Rahmen des Besuchsrechts angemessen zu betreuen. Es sei aber zu berücksichtigen, dass Dr. I. _____ trotz der von ihm in der Erziehungsfähigkeit der Beklagten festgestellten Defizite ein relativ umfassendes und insbesondere unbegleitetes Besuchsrecht empfohlen habe. Aus dem Gutachten ergebe sich nichts, was einen Entzug des Besuchsrechts rechtfertigen würde. Das Gutachten halte im Gegenteil die wichtige Bedeutung der Kontakte zwischen Mutter und Sohn fest. Ein begleitetes Besuchsrecht stelle nur eine Übergangslösung dar. Diese rechtfertige sich vorliegend dadurch, dass A. _____ während einer Angewöhnungsphase nach der Umteilung der Obhut auf den Vater zur Ruhe kommen und dem Druck und der Einflussnahme der Beklagten entzogen werden solle. Entsprechend sei die Begleitung der Besuche lediglich für eine Übergangsfrist bis September 2018 anzuordnen. In der Folge sei der Beklagten ein unbegleitetes Besuchsrecht zu gewähren und dieses schrittweise auszubauen (act. 4 E. II./C.4 f.). 3. Dagegen wendet die Kindsvertreterin zusammengefasst ein, die Vorinstanz sei irrtümlich davon ausgegangen, dass ab dem 1. Oktober 2018 keine Kindeswohlgefährdung mehr bestehe und unbegleitete Besuchskontakte ausgeübt werden könnten. Die Beklagte habe noch immer nicht akzeptiert, dass A. _____ in Zukunft beim Kläger leben werde. Sie versuche angeblich, A. _____ zu Äusserungen zu bewegen, wonach er wieder bei ihr leben wolle. Die Erwartungen des Gut-

- 12 - achters hätten sich somit nicht erfüllt. Zudem habe die Beklagte noch immer keine Einsicht darüber, dass ihr Verhalten A. _____ gegenüber problematisch sei. Es erscheine im jetzigen Zeitpunkt ungewiss, ob das Verhalten der Beklagten durch die Einzelbegleitungen bis Ende September 2018 derart angepasst werden könne, dass ohne Gefährdung des Kindeswohls unbegleitete Besuche stattfinden können (act. 2 Rz. 4). Die Beklagte habe selbst in den wenigen unbeaufsichtigten Minuten auf der Toilette des Besuchstreffs A. _____ zu beeinflussen versucht, was ihn schwer belastet und überfordert habe. Laut Beiständin seien die normalerweise standardisierten Rückmeldungen des begleiteten Besuchstreffs (BBT) im Fall von A. _____ in letzter Zeit immer ausführlicher geworden. A. _____ habe sich in den Treffen sehr auffällig verhalten. Die Schilderungen des BBTs hätten Anlass zur Besorgnis gegeben, weshalb man zum Schluss gekommen sei, die Beklagte und A. _____ benötigten Einzelbegleitungen (act. 2 Rz. 5). Am 8. Mai 2018 sei Frau Dr. med. H. _____ unaufgefordert mit ihr – der Kindsvertreterin – in Kontakt getreten und habe ihr mitgeteilt, dass A. _____ nach den Treffen mit der Mutter jeweils völlig neben der Spur sei. A. _____ verhalte sich sehr dominant und habe den Wunsch geäußert, seine Mutter nicht mehr sehen zu müssen. A. _____ zeige auch ausserhalb der Treffen im BBT ein sehr auffälliges Verhalten. Am 10. Juli 2018 habe ihr Frau Dr. med. H. _____ mitgeteilt, dass sie die Umwandlung von begleiteten Besuchen in unbegleitete Kontakte ab dem 1. Oktober 2018 als zu früh erachte (act. 2 Rz. 5 [recte: 6]). Am 3. Juli 2018 habe zudem ein Elterngespräch stattgefunden, wo – laut Beiständin – zusammenfassend festgestellt worden sei, dass sich vieles beruhigt und A. _____ Fortschritte gemacht habe. Das Verhalten von A. _____ sei aber immer noch auffällig. So sei A. _____ es nicht gewohnt, sich mit Gleichaltrigen abzugeben. Er scheine viele rudimentäre Verhaltensweisen nicht zu kennen und zeige auch in der Schule Mühe mit Nähe und Distanz. Ihm habe wiederholt

gesagt werden müssen, dass Zärtlichkeiten ins persönliche, private Leben gehörten (act. 2 Rz. 7 [recte: 8]).

E. 4

Der Kläger schliesst sich den Ausführungen der Kindsvertreterin im Wesentlichen an. Er führt aus, die Beklagte zeige gemäss Rückmeldungen des BBTs erhebliche Verhaltensauffälligkeiten im Umgang mit A._____. Sie könne offensichtlich

- 13 - lich nicht akzeptieren, dass A._____ künftig bei ihm leben werde. So habe sie A._____ anlässlich des Besuchskontakts im BBT vom 16. Juni 2018 weinend aufgefordert, er solle angeben, wieder bei ihr wohnen zu wollen. Die Beklagte habe bei den Besuchskontakten im BBT bis heute versucht, A._____ in den wenigen unbeaufsichtigten Momenten auf der Toilette zu beeinflussen. Dies habe ihn erneut schwer belastet und seinen ohnehin bestehenden Loyalitätskonflikt ins Unerträgliche gesteigert. Nach den schriftlichen Rückmeldungen des BBTs soll das Verhalten der Beklagten nach wie vor Anlass zur Besorgnis geben. Es sei deshalb eine engmaschige Einzelbegleitung durch eine Fachperson notwendig. Auch nach Auffassung der Kinderpsychiaterin Dr. H._____ seien unbegleitete Besuchskontakte ab Oktober 2018 bzw. ein ausgedehntes Besuchsrecht ab Dezember 2018 mit dem Kindeswohl nicht vereinbar (act. 10 Rz. 4 f.). 5.1. Die Beklagte beantragte die Abweisung der Berufung. Sie macht zusammengefasst geltend, der Vorfall auf der Toilette sei im Januar 2018 erfolgt und habe somit Eingang in den angefochtenen Entscheid gefunden. Tatsache sei, dass der enge, strikte und unfreie Rahmen der begleiteten Kontakte zu A._____ eine derart künstliche Erlebnisumwelt schaffe, dass ein ungezwungenes Beisammensein nicht möglich sei. Darunter leide auch der Aufbau eines neuen Vertrauensverhältnisses. Weshalb die Schwierigkeiten, die A._____ nach den Besuchskontakten aufweise, dazu führen sollten, dass die Kontakte nur noch begleitet stattfinden könnten, werde nicht begründet. Es sei offensichtlich, dass A._____ unter der gesamten Situation, mithin dem Konflikt seiner Eltern und dem künstlichen Begegnungsumfeld, leide. Dass A._____ kurz nach den begleiteten Treffen belasteter sei, sei nachvollziehbar und nicht überraschend. Nicht nachvollziehbar sei, dass das Verhalten von A._____ ausserhalb des BBTs weiterhin einfach ihr zugeschrieben werde, obwohl A._____ seit Mitte Dezember 2017 beim Vater lebe (act. 11 S. 3 f.). Zudem sei bereits im Gutachten ausgeführt worden, A._____s Aussagen zu den Eltern seien von Stereotypen gekennzeichnet, es gebe Hinweise auf induzierte Aussageinhalte und seine Aussagen seien mit Vorbehalt aufzunehmen. Dennoch übernehme die Kinderpsychiaterin in ihrem Bericht vom 17. Juli 2018 ein-

- 14 - fach seine Aussagen. Warum unbegleitete Besuche ab dem 1. Oktober 2018 zu früh erfolgten und warum A._____ in seiner grundsätzlich positiven Entwicklung gefährdet sei, werde nicht begründet. Die fachliche Kompetenz der Kinderpsychiaterin liege im Therapiesetting. Eine gutachterliche Rolle komme ihr in diesem Verfahren nicht zu. Entsprechend seien ihre ungefilterten Aussagen und die daraus resultierenden "Empfehlungen" als Parteimeinung zu qualifizieren (act. 11 S. 4 f.). Bei der geschilderten problematischen Nähe/Distanz-Beziehung, der "ungesunden Symbiose" und den daraus resultierenden Grenzüberschreitungen handle es sich sodann um grundsätzliche Beziehungsmuster, welche im Zeitpunkt der Begutachtung durch Dr. I._____ bereits bestanden hätten und im Gutachten berücksichtigt worden seien. Trotz der festgestellten Erziehungsdefizite beider Eltern habe der Gutachter eine Empfehlung für ein sehr umfassendes Besuchsrecht abgegeben. In der Berufung würden keine im Zeitpunkt der

Begutachtung nicht bekannten und neu auftretenden Umstände geltend gemacht, welche eine andere Einschätzung rechtfertigen würden. Die Vorinstanz gehe zu Recht davon aus, die nach der durch die Umplatzierung im Dezember 2017 aufgetretenen Schwierigkeiten und Unruhen dürften nicht dazu führen, dass nun auf unbestimmte Zeit ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet werde (act. 11 S. 5 f.). 5.2. Im Rahmen der Stellungnahme zu den eingereichten Berichten erklärte die Beklagte, aus den beiden Berichten der Kinderpsychiaterin ergebe sich zweifelsfrei, dass die Kinderpsychiaterin keine objektive Haltung ihr gegenüber einnehmen vermöge und damit ihre Einschätzung des mit dem Kindeswohl vereinbaren persönlichen Verkehrs von A._____ und ihr nicht überzeuge (act. 31 S. 1). Basierend auf welchen eigenen Beobachtungen oder Äusserungen von A._____ die Feststellungen im Bericht zustande gekommen seien, sei zudem nicht klar. Vielmehr stünden in sämtlichen Berichten seit Ende 2017 stereotyp dieselben Vorwürfe. Demgegenüber zeichne die sozialpädagogische Familienbegleiterin in ihrem Bericht ein sehr differenziertes Bild der Beziehung von Mutter und Kind. Einerseits werde deutlich, dass nicht einfach sie – die Beklagte – ein distanzloses Verhalten A._____ gegenüber aufweise, sondern A._____ häufig Grenzen aus-

- 15 - teste, um eine Reaktion zu provozieren. Weiter halte die Familienbegleiterin fest, dass A._____ der Abschied nach den Treffen sichtlich schwer falle und er sich schon mehrmals gewünscht habe, seine Mutter länger zu sehen. Die Familienbegleiterin zeige auch auf, in welchem Mass der Kläger durch negativen Einfluss die Beziehung von A._____ zur Mutter destabilisiere, was von der Therapeutin schlicht nie thematisiert worden sei, fraglos aber erheblichen Einfluss habe (act. 31).

E. 6

Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige 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 auf persönlichen Verkehr 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 kümmert hat oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen. Gefährdet ist das Wohl des Kindes, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Als wichtige Gründe fallen Vernachlässigung, physische und psychische Misshandlung, insbesondere sexueller Missbrauch des Kindes, in Betracht. 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. Können die befürchteten nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs für das Kind indessen durch die persönliche Anwesenheit einer Drittperson (sog. begleitetes Besuchsrecht) in Grenzen gehalten werden, verbieten das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen gänzliche Unterbindung. Ein begleitetes Besuchsrecht stellt damit eine Alternative zum Entzug des Rechts auf persönlichen Ver-

- 16 - kehr dar. Wie Verweigerung oder Entzug nach Art. 274 Abs. 2 ZGB bedarf daher auch die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts konkreter Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kindeswohls. Eine bloss abstrakte Gefahr einer möglichen ungünstigen Beeinflussung des Kindes reicht nicht aus, um den persönlichen Verkehr nur in begleiteter Form ausüben zu lassen. Die Eingriffsschwelle beim begleiteten Besuchsrecht darf nicht tiefer angesetzt werden, als wenn es um die Verweigerung oder den Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr überhaupt ginge. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass im letzteren Fall der Grund, der eine Gefahr für das Kindeswohl befürchten lässt, derart ist, dass die Gefährdung weder durch die Anordnung einer Begleitung noch durch andere Massnahmen ausgeschlossen werden kann (BGE 122 III 404 E. 3; BGer 5A_184/2017 vom 9. Juni 2017 E. 4.1; 5A_53/2017 vom 23. März 2017 E. 5.1; 5A_699/2007 vom 26. Februar 2008 E. 2.1).

E. 7

Schriftliche Mitteilung an - die Parteien, - den Verfahrensbeteiligten, - die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen, - die Beiständin F._____, - das Bezirksgericht Winterthur und - die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 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 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 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. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw J. Nagel versandt am:

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