

# ZH\_OBERGERICHT LY200023 vom 16. Juli 2020

ZH Obergericht, 2020-07-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY200023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY200023)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY200023 du 16 juillet 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LY200023 del 16 luglio 2020

## Erwägungen

### E. 1

Juli 2019 stehen die Parteien nun vor Vorinstanz im Scheidungsprozess. Ein am 4. Juli 2019 gestelltes Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Sinne der Abänderung des Eheschutzurteils vom 14. Mai 2018 zog der Beklagte mit Schreiben vom 30. September 2019 wiederum zurück, ausgenommen seinen Antrag um Errichtung einer Besuchs- und Erziehungsbeistandschaft (Urk. 2 S. 5 f.). Mit Eingabe vom 1. Oktober 2019 stellte der Beklagte erneut ein Abänderungsgesuch. Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 2 S. 6 f.). Am 7. April 2020 erliess die Vorinstanz die eingangs erwähnte Verfügung (Urk. 2).

### E. 2

Am 12. Mai 2020 erhob der Beklagte Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 1 S. 2 ff.). Der Kostenvorschuss gemäss Verfügung vom 10. Juni 2020 ging innert Frist ein (Urk. 8 und 9).

### E. 3

Auf die Parteivorbringen ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

### E. 4

Der Beklagte stellt als Hauptantrag ausschliesslich einen Rückweisungsantrag, ohne einen Antrag in der Sache zu stellen, wie im Falle einer "Neubeurteilung" zu entscheiden wäre. Dies ist unzulässig bzw. ungenügend. Die Berufung ist ein reformatorisches Rechtsmittel (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) und die Berufungsinstanz besitzt volle Kognition in Sach- und Rechtsfragen, weshalb Rechtsmittelanträge entsprechend zu formulieren sind. Auf den Hauptantrag kann bereits aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

### E. 5

Eventualiter verlangt der Beklagte, Dispositiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung sei ersatzlos zu streichen (Urk. 1 S. 2). In der betreffenden Dispositiv-Ziffer ist die Vorinstanz auf das Gesuch um Absetzung der Beiständin bzw. deren Auswechslung mangels sachlicher Zuständigkeit nicht eingetreten. Aus der Begründung in der Berufung ist zu schliessen, dass der Beklagte die Auffassung vertritt, dass die Vorinstanz zuständig gewesen wäre und sie auf das Gesuch hätte eintreten müssen (Urk. 1 S. 11). Dem kann nicht gefolgt werden. Nach Art. 315a Abs. 1 ZGB trifft das Gericht, das für ein familienrechtliches Verfahren zuständig ist und die Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten hat, auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die Kindesschutzbehörde mit dem Vollzug. Das Gericht kann somit beispielsweise eine Beistandschaft anordnen, die Person des Beistandes oder der Beiständin bestimmt demgegenüber die für den Vollzug zuständige

Kindesschutzbehörde. Die gleiche Zuständigkeitsordnung gilt bei einem allfälligen Wechsel der Beistandsperson, welcher sich aufgrund des Verweises in Art. 314 Abs. 1 ZGB nach Art. 423 ZGB richtet. Für einen allfälligen Wechsel der Beistandsperson ist demnach die Kindesschutzbehörde, vorliegend die KESB Hinwil, und nicht das Massnahmengericht zuständig. Die Vorinstanz hat ihre Zuständigkeit zu Recht verneint. Die angefochtene Dispositiv-Ziffer 2 ist zu bestätigen.

- 13 -

## **E. 6**

Eventualiter verlangt der Beklagte zudem die Aufhebung von Dispositiv- Ziffer 3, mit welcher die Vorinstanz das Abänderungsbegehren betreffend den Kindes- und Ehegattenunterhalt abwies (Urk. 1 S. 2, S. 14 ff.).

### **E. 6.1**

Im Wesentlichen macht er geltend, er habe anlässlich der Verhandlung vom 19. Dezember 2019 ausgeführt, dass er voraussichtlich im Mai 2020 erneut Vater werde, was zu einer Veränderung des Bedarfs führen werde. Er opponiere gegen die Feststellung der Vorinstanz, wonach die bevorstehende Geburt des Kindes (bzw. die Anerkennung durch den Beklagten) abgewartet werden müsse, bis sie im Abänderungsverfahren Berücksichtigung finden könne. Da die Vaterschaft rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt erfolge und der Beklagte auch rückwirkend auf diesen Zeitpunkt unterhaltspflichtig werde, eine Abänderung seiner Unterhaltspflicht aber erst ab dem Zeitpunkt der Einreichung eines Abänderungssuchs möglich sei, entstünde für den Beklagten ein Dilemma, wenn er das Abänderungsverfahren nicht bereits vorzeitig anhängig machen könnte. Namentlich hätte er für einen nicht unbeachtlichen Zeitraum hinzunehmen, dass er zwar für ein zusätzliches Kind unterhaltspflichtig wäre, dies jedoch bei seiner Leistungsfähigkeit in Bezug auf den ehelichen Unterhalt unberücksichtigt bliebe. Am tt. mm. 2020 habe J. \_\_\_\_\_ eine gesunde Tochter namens H. \_\_\_\_\_ zur Welt gebracht. Der Ehemann von J. \_\_\_\_\_ werde die "Vaterschaftsaberkennung" so bald wie möglich einreichen müssen, hernach werde der Beklagte H. \_\_\_\_\_ als seine eigene Tochter anerkennen und damit ihr gegenüber ab Geburt unterhaltspflichtig sein (Urk. 1 S. 14).

### **E. 6.2**

Ändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist (Art. 179 Abs. 1 ZGB). Vorausgesetzt wird eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse. Im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids war das Kind noch nicht geboren, weshalb die Vorinstanz den Beklagten zu Recht auf ein (neues) Abänderungsverfahren verwies (Urk. 2 S. 25 f.).

### **E. 6.3**

In der Zwischenzeit ist H. \_\_\_\_\_ auf der Welt und es fragt sich, ob die Berufungsinstanz dieses Novum zu berücksichtigen hat. Zu beachten ist allerdings, dass der Beklagte rechtlich (noch) nicht der Vater ist. Er führt selbst aus, dass der

- 14 - Ehemann der Mutter von H. \_\_\_\_\_ die Anfechtung der Vermutung der Vaterschaft so bald wie möglich einreichen müsse. Einstweilen gilt aufgrund der Ehelichkeitsvermutung der Ehemann von J. \_\_\_\_\_ als Vater (Art. 255 Abs. 1 ZGB). Dies spricht gegen die Berücksichtigung. Selbst wenn H. \_\_\_\_\_ in Bezug auf die Unterhaltspflicht zu

berücksichtigen wäre, da im Falle der Vaterschaftsanerkennung auch die Unterhaltspflicht des Beklagten rückwirkend ab Geburt entstehen würde (Art. 261 Abs. 1 ZGB), könnte das Abänderungsbegehren aus nachfolgenden Erwägungen nicht gutgeheissen werden. Der Beklagte zeigt in der Berufungsschrift nicht ansatzweise auf, wie sich die von ihm beantragten Unterhaltsbeiträge berechnen. Damit genügt er den Anforderungen an die Begründungspflicht, wie sie eingangs dargelegt wurden (Erw. II.1), nicht. Weder erhellt aus der Berufungsschrift, wie sich die Kinderunterhaltsbeiträge zusammensetzen, noch wie sich der Ehegattenunterhalt errechnet. Zusätzlich differieren die Anträge zu den vor Vorinstanz gestellten Begehren (vgl. Urk. 2 S. 2 f., Urk. 1 S. 2 f.), ohne dass dies begründet wird. Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe es unterlassen, sich mit den Berechnungsparametern (insbesondere Lohnreduktion und Bedarfserhöhung sowie Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei der Klägerin) auseinanderzusetzen (Urk. 1 S. 19). Allerdings unterlässt er es, substantiiert aufzuzeigen, wo er die betreffenden Behauptungen vor Vorinstanz aufgestellt hat bzw. von welchen Parametern betragsmässig denn auszugehen wäre. Die pauschale Verweisung auf die Ausführungen vor Vorinstanz (Urk. 1 S. 19) genügt nicht.

#### **E. 6.4**

Bei dieser Sachlage ist auch der subeventualiter gestellte Antrag, das Berufungsverfahren sei bis zum Vorliegen der Vaterschaftsanerkennung zu sistieren (Berufungsantrag Ziffer 3), abzuweisen.

#### **E. 6.5**

Der Beklagte machte vor Vorinstanz als weiteren Abänderungsgrund geltend, dass die Klägerin mit K.\_\_\_\_\_ zusammengezogen sei, weshalb sich ihr Bedarf reduziert habe. Die Vorinstanz prüfte den Abänderungsgrund mit Wirkung per 1. Oktober 2019, da K.\_\_\_\_\_ am 27. September 2020 bei der Klägerin eingezogen ist, verneinte ihn indessen, da es sich nicht um eine wesentliche Änderung der Verhältnisse handle (Urk. 2 S. 26 ff.). Sie stellte den Bedarf der Klägerin von Fr. 2'840.–, welcher der Trennungsvereinbarung vom 14. Mai 2018 zugrunde gelegt hat, dem neu errechneten Bedarf von Fr. 2'648.– gegenüber und schloss

- 15 - auf eine Veränderung von 6.76 % bzw. von durch die Klägerin anerkannten 6.9 % (Urk. 2 S. 33).

#### **E. 6.6**

Der Beklagte hält dem entgegen, es sei der Klägerin lediglich ein Bedarf von Fr. 2'248.– anzurechnen, da nur ein halber Grundbetrag zuzubilligen sei. Dies bedeute eine Veränderung von 20 %, was eine wesentliche Veränderung sei. Weiter seien auch die Wohnnebenkosten falsch berechnet worden, weshalb sich der Bedarf um weitere Fr. 22.– reduziere und neu bei Fr. 2'226.– liege, was einer Veränderung von 21.6 % entspreche (Urk. 1 S. 17 f.). Der Klägerin seien als Grundbetrag nur Fr. 850.– anzurechnen, da sie die Liebesbeziehung zu K.\_\_\_\_\_ bereits seit rund drei Jahren unterhalten würde. Die Beziehung sei keineswegs nur auf ein einfaches Zusammenleben beschränkt. Dies zeige sich bereits daran, dass K.\_\_\_\_\_ schon vor ihrem "offiziellen" Einzug Ende September 2019 von Oktober 2017 bis Februar 2018 Unterschlupf bei der Klägerin gefunden habe. Diese habe K.\_\_\_\_\_ intensiv bei der Wohnungssuche unterstützt und K.\_\_\_\_\_ unterstütze die Klägerin in alltäglichen administrativen Belangen. Die Beziehung der beiden Frauen beschränke sich keineswegs auf ein einfaches Zusammenleben, sondern sei im Sinne einer

sogenannten Wohn-, Tisch- und Bettgemeinschaft ausgestaltet, mithin eine eheähnliche Beziehung, welche auf Dauer angelegt sei und mit Kosteneinsparungen eines Ehepaars vergleichbar sei. Was die Wohnnebenkosten angehe, so rechne die Vorinstanz neu mit Fr. 380.– Betriebskosten und Fr. 100.– Reparaturkosten. Es sei jedoch weiterhin von Fr. 400.– statt Fr. 480.– auszugehen. Der Betrag von Fr. 400.– sei ein Schätzwert gewesen, während der Betrag von Fr. 480.– sich aus den aktuellen Belegen ergäbe. Für eine solche Neuberechnung biete das Abänderungsverfahren jedoch keinen Raum (Urk. 1 S. 17 f.).

### **E. 6.7**

Ob die Klägerin im Konkubinat mit K.\_\_\_\_\_ lebt und daher ein Grundbetrag von nur Fr. 850.– anzurechnen wäre, kann aus den unter Erw. II.6.3 aufgeführten Gründen offen bleiben. Wie aufgezeigt, genügt es nicht, im Berufungsverfahren auf die vorinstanzlichen Ausführungen zu verweisen; vielmehr ist mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzuzeigen, wo die massgebenden Behauptungen erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Es ist im Berufungsverfahren als reformatorischem Verfahren auch genau darzulegen, von welchen Parametern auszu-

- 16 - gehen wäre. Der Beklagte macht lediglich geltend, dass die Berechnungsparameter "selbstverständlich zu aktualisieren" seien (Urk. 1 S. 18). Allein mit den Eckwerten Einkommen Klägerin Fr. 3'500.– / Einkommen Beklagter Fr. 11'458.10 / Kinderzulagen Fr. 250.– sowie Bedarf Klägerin Fr. 2'226.– (Urk. 1 S. 3, S. 18), lassen sich die beantragten Unterhaltsbeiträge nicht nachvollziehen. Auch im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime liegt es hauptsächlich an den Parteien, die wesentlichen Tatsachen zu schildern und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen (Sutter-Somm/Schrank, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 55 N 64). Das Sammeln des Prozessstoffes verbleibt damit auch bezüglich der Kinderbelange in erster Linie Sache der Parteien, welche nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zur Mitwirkung verpflichtet sind, da sie den Prozessstoff am besten kennen (vgl. Art. 160 Abs. 1 ZPO; Schweighauser, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 296 N 10; BGE 133 III 639 E. 2.1). Damit genügen die Vorbringen zur Abänderung des Unterhaltsbeitrages der Begründungspflicht nicht, und es ist nicht weiter darauf einzugehen (vgl. Erwägung II. 1.).

### **E. 6.8**

Der Beklagte bezieht sich weiter auf die von ihm vor Vorinstanz dargelegten Abänderungsgründe wie "Sohn L.\_\_\_\_\_", "Reduktion Einkommen des Berufungsklägers" und "Erwerbseinkommen Berufungsbeklagte" (Urk. 1 S. 15). Wiederum genügen die Vorbringen in formaler Hinsicht den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht, weshalb es dabei sein Bewenden hat.

### **E. 6.9**

Zusammenfassend vermögen die Vorbringen, soweit darauf einzugehen ist, den Entscheid der Vorinstanz, das Abänderungsbegehren betreffend die Unterhaltspflicht abzuweisen, nicht umzustossen. Die angefochtene Dispositiv-Ziffer 3 ist deshalb zu bestätigen.

### **E. 7**

Weiter hält der Beklagte am Gesuch um Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft fest (Dispositiv-Ziffer 4).

### **E. 7.1**

Die Vorinstanz wies das Begehren, es sei für die gemeinsamen Kinder eine Besuchs- und Erziehungsbeistandschaft zu errichten, im Wesentlichen mit folgender Begründung ab: Die vom Beklagten beantragte Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB habe die Aufgabe, die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat zu unterstützen und ihnen in Erziehungsfragen beratend

- 17 - zur Seite zu stehen. Die Erziehungsbeistandschaft solle durch ambulante, aber kontinuierliche Behandlung erzieherische Missstände abbauen. Die Anordnung einer Erziehungsbeistandschaft setze zwingend eine Erziehungsproblematik voraus. Der Beklagte sehe in erster Linie in der Mitgliedschaft der Klägerin in der Freikirche M. \_\_\_\_\_ eine Beeinträchtigung der Erziehungsfähigkeit der Klägerin und damit einhergehend eine Gefährdung der Kinder. Die religiöse Erziehung umfasse die Bestimmung der Religion und Konfession des Kindes sowie die Gesamtheit des erzieherischen Einflusses auf die Bildung des religiösen Gefühls und Glaubens des heranwachsenden Kindes. Das Kindeswohl dürfe durch die religiöse Erziehung nicht gefährdet werden. Das elterliche Bestimmungsrecht sei überschritten, wenn die Eltern einer Sekte angehören würden, die Kinder einer Gehirnwäsche unterziehen, sie zur Prostitution anhalten, die Bildung des Kindes über ein Grundniveau hinaus ablehnen, einen autoritären Erziehungsstil pflegen oder jeden Kontakt mit Nichtmitgliedern verbieten würden. In solchen Fällen seien Kindesschutzmassnahmen angezeigt. Weder die Ausführungen der Parteien in ihren bisherigen Stellungnahmen sowie anlässlich der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen noch die Anhörung der Kinder vom 6. Februar 2020 habe eine spezifische Kindwohlgefährdung durch die religiöse Erziehung der Klägerin offenkundig erscheinen lassen. Die Vermittlung des Glaubens an die Kinder durch die Freikirche geschehe offensichtlich auf eine sehr spielerische Art und Weise und die Kinder seien in der Lage, ganz offen darüber zu reden. Und auch die von der Klägerin praktizierte Ausübung ihres Glaubens mit den Kindern zu Hause erscheine nicht übermässig. Eine akute Kindwohlgefährdung sei zum heutigen Zeitpunkt nicht ersichtlich. Es sei offenkundig, dass die Parteien ganz unterschiedliche Auffassungen über die religiöse Erziehung der Kinder vertreten würden und nicht in der Lage seien, durch Kommunikation diesbezüglich einen gemeinsamen Nenner zu finden. Diese Uneinigkeit beeinträchtige das Kindeswohl bis zum heutigen Zeitpunkt aber nicht derart, als dass weitere Kindesschutzmassnahmen unverzüglich angezeigt erscheinen würden (Urk. 2 S. 15 ff.).

## **E. 7.2**

Der Beklagte macht geltend, entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen habe er sich nicht nur auf die Uneinigkeit der Parteien in Bezug auf die religiöse Erziehung bezogen. Vielmehr habe er auch andere Aspekte der gemeinsamen el-

- 18 - terlichen Sorge erwähnt, welche von der Klägerin kontinuierlich missachtet würden, wie die fehlende Information und Mitberücksichtigung seines Willens in Bezug auf medizinische und schulische Betreuung oder die Wohnsituation der Kinder. Auch habe er aufgezeigt, dass ihm die Klägerin den Kontakt zu seinen Kindern seit dem 2. Januar 2018 verweigere und auch die Anweisungen des Eheschutzgerichts und der Beiständin missachte. Indem sich die Vorinstanz lediglich mit dem Argument betreffend die religiöse Erziehung auseinandergesetzt habe, habe sie das rechtliche Gehör des Beklagten verletzt, was entweder im vorliegenden Verfahren oder durch Rückweisung an die Vorinstanz zu heilen sei (Urk. 1 S. 7).

### **E. 7.3**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör geht nicht so weit, dass sich die Behörde mit jeder tatsächlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss; vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Insgesamt muss die Begründung eines Entscheides so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann, was der Fall ist, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE 142 III 433 E. 4.3.2; BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Diese Vorgaben hält der angefochtene Entscheid ein. Abgesehen davon, hat sich die Vorinstanz auch zum Kontaktabbruch geäußert (Urk. 2 S. 18). Im Übrigen kann aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis der Berufungsinstanz eine Verletzung des Gehörsanspruchs im Rechtsmittelverfahren geheilt werden.

### **E. 7.4**

Der Beklagte moniert, die Vorinstanz habe ihre Pflichten im Rahmen der Offizialmaxime verletzt. Sie mache theoretische Ausführungen zum Kindswohl bei einer Sekte, gehe jedoch hernach nicht näher auf die Frage ein, inwiefern solches Gedankengut auch bei der Kirche im M'.\_\_\_\_\_ vorliege. Unstreitig sei, dass den Kindern der Aufenthalt in der Freikirche grundsätzlich gefalle, bemühe sich die Freikirche doch offensichtlich intensiv um ihren Nachwuchs. Nach Ansicht des Beklagten werde das Wohl sehr wohl gefährdet, indem den Kindern ein funda-

- 19 - mentaler Glaube vermittelt werde, welcher sie in ihrer freien Denkweise und damit auch in ihrer Beziehung zu anderen Kindern sowie dem Schulunterricht einschränken könne und welchem sie sich aufgrund ihres Alters und ihrer Unerfahrenheit nicht entziehen könnten. Weiter wiederholt der Beklagte, dass die Klägerin das gemeinsame Sorgerecht spätestens seit der Trennung konsequent missachte, dies erstrecke sich auch auf die schulische und gesundheitliche Erziehung und Betreuung der Kinder. Es sei diesbezüglich auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu verweisen (Urk. 1 S. 8).

### **E. 7.5**

Dass die Kinder in der Kindergruppe (Kids-Treff) der Kirche im M'.\_\_\_\_\_ einer eigentlichen Gehirnwäsche unterzogen würden oder ihnen jeder Kontakt mit Nichtmitgliedern verboten würde, behauptet selbst der Beklagte nicht. Wie bereits ausgeführt (Erw. II.1), genügt es zudem nicht, auf die Ausführungen vor Vorinstanz zu verweisen. Wie gesagt, sind die Parteien auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes und insbesondere im Rahmen des summarischen Verfahrens nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhaltes im Sinne einer prozessualen Obliegenheit aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen (vgl. Art. 160 Abs. 1 ZPO; oben Erw. II.6.7). Aus dem Umstand, dass die Klägerin die Kinder in eine Figurenspieltherapie geschickt hat (Urk. 1 S. 8), lässt sich auch keine Kindswohlgefährdung erblicken, zumal diese Therapie mit der früheren Beiständin abgesprochen war (Prot. I S. 49, Urk. 7/92 S. 10). Im Übrigen hat die Vorinstanz nicht nur die Kinder angehört (Urk. 7/72), sondern auch bei der Beistandsperson Erkundigungen eingeholt, welche nichts Auffälliges feststellen konnte (Prot. I S. 60).

### **E. 7.6**

Die allgemeine Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB verfolgt den Zweck, durch kontinuierliche Begleitung der Eltern bzw. bei einer Trennung oder Scheidung des betreuenden Elternteils erzieherische Missstände abzubauen (BSK ZGB-Breitschmid, Art. 308 N 4). Anzeichen dafür, dass bei der Klägerin Erziehungsdefizite vorliegen, die durch die Erziehungsbeistandschaft zu kompensieren wären, sind nicht ersichtlich. Eine Gefahr der Überforderung im Alltag durch die Klägerin bzw. eine Entwicklungsverzögerung der Kinder ist nicht erkennbar. Es gibt auch keine Hinweise, dass C.\_\_\_\_\_ oder D.\_\_\_\_\_ Probleme in der Schule

- 20 - hätten (Urk. 7/72 S. 1). Bei der Vorinstanz hinterliessen die drei Kinder einen aufgeweckten Eindruck (Urk. 7/72 S. 6). Die Erziehungsbeiständin ist sachlich auch nicht befugt, den Eltern mit Bezug auf Entscheide betreffend Religion, Gesundheit und schulische Belange konkrete Weisungen zu erteilen, wie das der Beklagte beantragt. Darauf hat bereits die Vorinstanz hingewiesen (vgl. Urk. 2 S. 17). Dagegen hat der Beklagte als sorgeberechtigter Elternteil ein direktes Informationsrecht gegenüber Schulen, Ärzten und Behörden etc., worüber ihn die Vorinstanz anlässlich der Verhandlung im Dezember 2019 bereits orientiert hat (Prot. I S. 46).

#### **E. 7.7**

Augenfällig und unbestritten ist der grosse Konflikt zwischen den Eltern und damit einhergehend die Tatsache, dass die Kinder ihren Vater seit mehr als zwei Jahren nicht mehr gesehen haben. Die Parteien beschuldigen sich gegenseitig, dass die Besuche nicht stattgefunden haben (vgl. etwa Urk. 1 S. 9, Urk. 2 S. 11, Urk. 7/92 S. 9). Die Vorinstanz erwog, dass das Gericht im Rahmen des Hauptverfahrens nicht um die Erstellung eines Gutachtens kommen werde, um allfällige längerfristigen Kindeswohlgefährdungen abzuklären. Es werde zudem nicht ausgeschlossen, auf die Frage der Einsetzung eines Erziehungsbeistandes im Rahmen des Hauptverfahrens zurückzukommen, sollte sich dies als mögliche Schutzmassnahme für das Kindeswohl herauskristallisieren (Urk. 2 S. 17). Mit dieser entscheidungsrelevanten Erwägung setzt sich der Beklagte wiederum nicht substantiiert auseinander. Weiter hat die Vorinstanz dem Kontaktabbruch mit der bereits bestehenden Besuchsrechtsbeistandschaft Rechnung getragen und der Beistandsperson weitere Befugnisse eingeräumt, damit das Besuchsrecht wieder aufgebaut werden kann (Urk. 2 S. 25, Dispositiv-Ziffer 5). Konkrete Einwände gegen die angeordneten Befugnisse erhebt der Beklagte nicht. Er erachtet allerdings die Besuchsbeistandschaft als nicht ausreichend, die ernannte Besuchsbeiständin habe zwischenzeitlich in ihrer Funktion gar resigniert (Urk. 1 S. 9). Wie die Vorinstanz bereits ausführte, ist die von ihm geforderte Erziehungsbeistandschaft rechtlich nicht die geeignete Massnahme, um den Kontakt zu den Kindern wieder aufzubauen (Urk. 2 S. 18). Ohnehin wäre auch bei einer Erziehungsbeistandschaft erforderlich, dass die Parteien mit der Beistandsperson konstruktiv zusammenarbeiten.

- 21 -

#### **E. 7.8**

Nach dem Gesagten ist der Entscheid der Vorinstanz, keine Erziehungsbeistandschaft zu errichten, nicht zu beanstanden. Demzufolge sind sowohl Dispositiv-Ziffer 4 als auch Dispositiv-Ziffer 5 (Besuchsbeistandschaft) der angefochtenen Verfügung zu bestätigen.

#### **E. 8**

Der Beklagte verlangt schliesslich die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 6, mit welcher die Vorinstanz den Antrag, es sei der Klägerin im Falle der Verweigerung des Besuchsrechts eine Strafe gemäss Art. 292 StGB anzudrohen, abwies.

### **E. 8.1**

In der Begründung erwog die Vorinstanz, eine Strafantrohung gemäss Art. 343 Abs. 1 ZPO sei nur dann zulässig, wenn der Entscheid auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen laute. Entsprechend fehle es vorliegend an der gesetzlichen Voraussetzung für die Strafantrohung im Sinne von Art. 292 StGB, weshalb auf diesen Antrag nicht einzutreten sei (Urk. 2 S. 18). Folgt man der Auffassung der Vorinstanz, wäre im Dispositiv auf den entsprechenden Antrag nicht einzutreten gewesen.

### **E. 8.2**

Der Beklagte macht geltend, die Vorinstanz hätte auf den Antrag eintreten müssen, da gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei Besuchsrechten eine indirekte Zwangsvollstreckung durch Strafantrohung nach Art. 292 StGB zulässig sei. Er habe im vorinstanzlichen Verfahren ausführlich dargelegt, dass die Klägerin ihm den Kontakt zu seinen Kindern seit anfangs 2018 konsequent verweigere. An den entsprechenden Ausführungen werde festgehalten. Demnach sei die Sache mit der verbindlichen Auflage der Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 1 S. 13).

### **E. 8.3**

Betreuungsregelungen sind einer Zwangsvollstreckung grundsätzlich zugänglich. Vorliegend geht es nicht um die Anordnung einer direkten Realvollstreckung, sondern um diejenige der indirekten Zwangsvollstreckung durch Strafantrohung gemäss Art. 292 StGB, wie sie in Art. 343 Abs. 1 lit. a ZPO als Vollstreckungsmassnahme bei einer Verpflichtung zu einem Tun ausdrücklich vorgesehen ist. Die Strafantrohung als Vollstreckungsmassnahme steht dann zur Diskussion, wenn der andere Elternteil sich der Ausübung des Betreuungsrechts in grundsätzlicher Weise widersetzt (BGer 5A\_167/2017 vom 11. September 2017, E. 6.1). Der Beklagte rügt daher zu Recht, dass die Vorinstanz auf den Antrag

- 22 - hätte eintreten müssen. Von einer Rückweisung zur materiellen Beurteilung ist indessen abzusehen. In der hochkonflikthaften Paarbeziehung ist es nicht alleine die Klägerin, welche den Kontaktabbruch zu verantworten hat. Der Beklagte führt denn im Berufungsverfahren auch nicht näher aus, inwiefern die Klägerin die Ausübung des Besuchsrechts verhindert. Und wie bereits erwogen, hat die Klägerin die betreffenden Vorwürfe im erstinstanzlichen Verfahren vehement bestritten (Urk. 7/92 S. 9 f.). Auch hat die Klägerin Belege eingereicht, die glaubhaft machen, dass sie mit der Beistandsperson zusammenarbeiten will. So hat sie beispielsweise ihre Zusage zu einem von der Beiständin im Frühling 2020 initiierten Elterngespräch belegt, während die Zusage des Beklagten ausblieb (Urk. 7/94//51, 7/94/52). Mit dem vorliegenden Entscheid werden beide Parteien (erneut) verpflichtet, mit der Beistandsperson zusammenzuarbeiten, eine Vertrauensperson zu bestimmen, um ein erstes Treffen unverzüglich organisieren zu können. Sie sind daher mit Nachdruck daran zu erinnern, zum Wohle der Kinder konstruktiv mit der Beistandsperson zusammenzuarbeiten, damit ein erstes Treffen zeitnah erfolgen kann. Auf die Anordnung einer Strafantrohung gemäss Art. 292 StGB ist bei den vorliegenden Umständen zu verzichten. Im Ergebnis ist das Begehren daher abzuweisen und die angefochtene Dispositiv-Ziffer 6 zu bestätigen.

## **E. 9**

Nach dem Gesagten kann der Vorinstanz weder eine unrichtige Rechtsanwendung noch eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts vorgeworfen werden. Die Berufung ist deshalb abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Verfügung ist zu bestätigen. III.

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