

ZH_OBERGERICHT LY200048 vom 23. Dezember 2020

ZH Obergericht, 2020-12-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY200048

FR: ZH_OBERGERICHT LY200048 du 23 décembre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LY200048 del 23 dicembre 2020

Erwägungen

E. 4

Mai 2020 Berufung und beantragte erneut unter anderem die Sistierung des Besuchsrechts (act. 5/2). Mit Urteil vom 29. Juli 2020 (Geschäfts-Nr. LY200020) wies die Kammer die Anträge der Berufungsklägerin ab (act. 5/18). In teilweiser Abänderung der Verfügung vom 15. April 2020 wurden hingegen bis längstens Ende Oktober 2020 begleitete Besuche angeordnet, bevor spätestens ab November 2020 unbegleitete Besuche (2. Phase; ab März 2021 mit Übernachtungen, 3. Phase) festgelegt wurden. 2.1. Mit Eingabe vom 12. Oktober 2020 reichte der Berufungsbeklagte bei der Vorinstanz ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ein und beantragte unter anderem, dass die KESB angewiesen werde, eine neue Beistandsperson zu ernennen, und dass das unbegleitete Besuchsrecht gemäss 2. Phase per se fort für anwendbar zu erklären sei (act. 8/96). Daraufhin wurde der Berufungsklägerin und der Beiständin mit Verfügung vom 14. Oktober 2020 Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme eingeräumt (act. 8/99). Die Stellungnahmen gingen fristgerecht ein (act. 8/101-102). In ihrer Stellungnahme vom 21. Oktober 2020 beantragte die Berufungsklägerin ihrerseits, das Urteil des Obergerichts vom 29. Juli 2020 sei so abzuändern, dass unbegleitete Kontakte erst stattfinden sollen, wenn das begleitete Besuchsrecht ununterbrochen während drei Monaten effektiv regelmässig ausgeübt worden sei (act. 8/102). Mit Eingabe vom 30. Oktober 2020 nahm die Berufungsklägerin schliesslich Stellung zum Schreiben der Beiständin (act. 8/105). Mit Verfügung vom 9. November 2020 trat die Vorinstanz auf das Begehren betreffend Beistandswechsel nicht ein und erliess ihren vorstehend zitierten Entscheid im Sinne vorsorglicher Massnahmen (act. 8/106 = act. 9).

- 9 - 2.2. Für die ausführliche Darstellung der Prozessgeschichte bis zum Erlass der nun angefochtenen Verfügung ist im Übrigen auf die bereits erlassenen Entscheide der Vorinstanz und der Kammer zu verweisen. 3.1. Mit Eingabe vom 20. November 2020 erhob die Berufungsklägerin Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 9. November 2020 mit den vorstehend zitierten Rechtsbegehren (act. 2). Mit Verfügung vom 25. November 2020 wurde das Begehren der Berufungsklägerin um vorsorgliche Sistierung des Besuchsrechts für die Dauer des Berufungsverfahrens abgewiesen (act. 6). Dem Berufungsbeklagten wurde zudem Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten. Mit Eingabe vom 5. Dezember 2020 beantwortete der Beklagte die Berufung fristgerecht (act. 11). 3.2. In der Zwischenzeit gelangte die Beiständin von D. _____ am 3. Dezember 2020 an die Kammer und brachte telefonisch zusammengefasst vor, dass der vorgesehene Besuch zwischen D. _____ und dem Berufungsbeklagten vom 28. November 2020 unter den von ihr angegebenen Umständen nicht habe durchgeführt werden können und es ihr kaum möglich erscheine, die Besuche so durchzuführen (act. 10). Daraufhin hat die Kammer mit Verfügung vom

E. 8

Dezember 2020 von Amtes wegen und im Sinne einer superprovisorischen Massnahme die Modalitäten der Besuchsrechtsregelung gemäss Dispositiv- Ziffer 1, 1. Phase, der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 9. November 2020 ergänzt (act. 13). Zugleich wurde der Berufungsklägerin die Berufungsantwort samt Beilagen zugestellt. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2020 teilte die Beiständin mit, dass auch das Treffen vom 12. Dezember 2020 aufgrund der Verweigerungshaltung von D._____ nicht stattfinden können, und legte einen Kurzbericht der Besuchsbegleitung bei (act. 15 und 16). 4. Die vorinstanzlichen Akten und die Akten des ersten Berufungsverfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-23 und 8/1-110). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Ausführungen der Parteien ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Berufungsentscheid relevant sind.

- 10 - II. 1.1. Anfechtungsobjekt ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren, der wiederum in Abänderung des obergerichtlichen Urteils vom 29. Juli 2020 (Geschäfts-Nr. LY200020) erlassen wurde. Bei der Anordnung resp. Abänderung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; ANNETTE DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 276 N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung, und es gilt soweit wie hier Kinderbelange betroffen sind, die Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Eine Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren setzt eine Veränderung der Verhältnisse voraus (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Verlangt ist dabei eine wesentliche und dauernde Veränderung. Eine Abänderung ist ferner angebracht, wenn die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben oder wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Die formelle Rechtskraft eines Massnahmeentscheids steht einer Abänderung entgegen, wenn sich die Entscheidungsgrundlagen seit deren Erlass nicht verändert haben (BGE 141 III 376 E. 3.3.1.). Die angerufene Instanz hat somit einzig zu prüfen, ob resp. inwiefern sich die Verhältnisse seit dem letzten Entscheid verändert haben. Eine Auseinandersetzung mit Tatsachen, die dem ersten Massnahmeentscheid zugrunde lagen, hat grundsätzlich zu unterbleiben. 1.2. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit ihr kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime zu berücksichtigen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1.; vgl. auch Urteil 5A_1032/2019 vom

- 11 -

E. 9

Juni 2020 E. 4.2). Im Bereich der Offizialmaxime ist eine Klageänderung – sofern in diesem Zusammenhang überhaupt von diesem Begriff gesprochen werden kann – wegen der fehlenden Bindung der Berufungsinstanz an die Parteianträge zugelassen (SEILER, Die Berufung nach ZPO, N 1410 f.; ZK ZPO-REETZ/HILBER, 3. Aufl., Art. 317 N 76 und 80). 1.3. Die vorliegende Berufung vom 20. November 2020 wurde innert Rechtsmittelfrist (vgl. act. 8/107/1) schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der

zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Berufungs- klägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legi- timiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten. Die anlässlich des Berufungs- verfahrens neu eingereichten Urkunden sind aufgrund vorstehender Erwägungen ebenso zu beachten wie die – entgegen den Anmerkungen des Berufungsbeklag- ten (vgl. act. 11 S. 7) – "Klageänderung" der Berufungsklägerin. 2. Die Vorinstanz stellte in ihrem Entscheid vorab zusammengefasst fest, dass es eine zeitliche Verzögerung in der Umsetzung des obergerichtlich ange- ordneten Besuchsrechts gegeben habe. Dazu habe – grösstenteils ohne objektiv nachvollziehbaren Grund – die Berufungsklägerin einen erheblichen Beitrag ge- leistet. Unabhängig davon sei in Kinderbelangen jedoch diejenige Regelung zu treffen, welche dem Kindeswohl am besten entspreche (act. 9 S. 7 und 12). Da- raufhin erwog die Vorinstanz den Erwägungen im ersten Berufungsentscheid fol- gend, dass sich der ohnehin lange Kontaktunterbruch zwischen D._____ und dem Berufungsbeklagten nun nochmals um rund drei Monate verlängert habe. Ent- sprechend bestehe damit nach wie vor bzw. nun allenfalls umso mehr die Not- wendigkeit einer Einstiegsphase mit begleiteten Kontakten. Da weiterhin davon auszugehen sei, dass die begleiteten Besuche rasch in unbegleitete Kontakte überführt werden könnten, inzwischen eine geeignete Besuchsbegleitung gefun- den worden sei und auch bereits ein erstes Kennenlertreffen zwischen dieser und D._____ stattgefunden habe, rechnete die Vorinstanz damit, dass ab Mitte November 2020 begleitete Kontakte zwischen D._____ und dem Berufungsbe- klagten möglich sein sollten. Weiter sei davon auszugehen, dass D._____ sich schnell an die Kontakte mit dem Berufungsbeklagten gewöhnen werde. Es er-

- 12 - scheine daher als ausreichend, die 1. Phase gemäss obergerichtlichem Urteil bis Ende Dezember 2020 zu verlängern, wobei in diesem Zeitraum mindestens vier begleitete Treffen anzustreben seien (act. 9 S. 13 f.). 3.1. Die Berufungsklägerin rügt berufsungsweise vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, nachdem die Vorinstanz auf eine mündliche Verhandlung und die Einholung weiterer Stellungnahmen verzichtet habe. Insbesondere hätte die Vorinstanz die Parteien zu den neusten Entwicklungen, die Berufungsklägerin zu den Vorwürfen betreffend Verzögerung und wohl auch den heute 6½ -jährigen D._____ in geeigneter Art und Weise anhören müssen (act. 2 S. 4 f.). Weiter sei die vorinstanzlich angeordnete Besuchsrechtsregelung – auch unter Verweis auf die Stellungnahme der Beiständin – offensichtlich nicht lebbar, wenn man die bis- herige Prozessgeschichte kenne und wisse, dass D._____ sich seit Monaten dem Kontakt mit dem Kindsvater verwehre (act. 2 S. 7). Zwischenzeitlich hätten drei Kennenlertermine zwischen D._____ und der Besuchsbegleitung stattgefunden, was der Vorinstanz beim Erlass ihres Ent- scheids nicht bekannt gewesen sei. Diese seien nicht gut verlaufen; D._____ ha- be sich der Begleitung von Termin zu Termin deutlicher verwehrt, und gegenüber dem Ansinnen sämtlicher Erwachsenen, den Kontakt zum Berufungsbeklagten herstellen zu wollen, eine klare Verweigerungshaltung eingenommen. Er wolle nunmehr auch nicht einmal mehr zur Kinderpsychologin und habe sich nach dem dritten Treffen mit der Besuchsbegleitung auch geweigert, im Kindergarten zu bleiben. D._____ sei offensichtlich mit der Anforderung an ihn, seinen Vater zu treffen, gänzlich überfordert, was sowohl die Besuchsbegleiterin, die Kindergärt- nerin und natürlich die Kindsmutter direkt hätten miterleben müssen (act. 2 S. 7 f.). Es sei offensichtlich, dass sich D._____ in grosser Not befinde und er nicht weiter ohne kinderfachpsychiatrische Begleitung diesem Thema ausgesetzt werden dürfe. Diese habe abzuklären, was im Kindeswohl von D._____ sei und in welchem Setting der Kontakt zum Berufungsbeklagten aufzubauen sei (act. 2 S. 9 f.). 3.2. Der Berufungsbeklagte beantragt

die Abweisung der Berufung und stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, die Berufungsklägerin habe die ledig-

- 13 - lich pauschalen Behauptungen hinsichtlich des Kontakts zwischen der Besuchsbegleiterin und D._____ sowie seiner Verweigerungshaltung nicht belegt. Ohne- hin seien die Probleme lediglich im Rahmen der – vom Obergericht gar nicht an- geordneten – Kennenlernetreffen aufgetreten. Schon deshalb sei nicht ersichtlich, inwiefern allfällige Probleme mit diesen Treffen eine Abänderung des letzten Ent- scheidendes zu rechtfertigen vermöchten. Schliesslich seien die von der Berufungs- klägerin umschriebenen Probleme vorhersehbar, insbesondere weil es ihr bis heute offensichtlich nicht gelungen sei, eine positive Einstellung zum Besuchs- recht zu entwickeln. Dass das Besuchsrecht bis anhin nicht so umgesetzt worden sei, wie vom Obergericht angeordnet, habe nichts mit D._____ zu tun, sondern mit der Einstellung der Berufungsklägerin und der Tatsache, dass die Beiständin das Besuchsrecht nachweislich nicht umsetzen wolle (act. 11 S. 8). 4. Hinsichtlich der Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist festzuhal- ten, dass Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 273 Abs. 1 ZPO in Massnahmeverfahren grundsätzlich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vorsieht. Die Vor- instanz verzichtete darauf, weil sie die Durchsetzung des obergerichtlich ange- ordneten Besuchsrechts für besonders dringlich erachtete und sie die Parteien bereits zweimal persönlich angehört und eingehend befragt habe (act. 9 S. 4). Das persönliche Anhörungsrecht der Ehegatten gemäss Art. 273 ZPO ergibt sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist, einen raschen Entscheid zu ermöglichen und auf eine gütliche Beilegung des Streites hinzuwirken. Darüber hinaus soll durch den daraus resul- tierenden direkten Kontakt die Aufklärungs- und Fragepflicht durch das Gericht optimal ausgeübt und ein persönlicher Eindruck der Parteien gewonnen werden (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/HOSTETTLER, 3. Aufl., Art. 273 N 4 f.). Ein Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist nur ausnahmsweise zulässig. Dass die Vorinstanz in der vorliegenden Konstellation auf die mündliche Verhandlung verzichtet hat, ist nicht zu beanstanden. Seit Erlass des ersten Beru- fungsentscheidens konnte das begleitete Besuchsrecht nicht installiert werden, wo- durch erneut wertvolle Zeit verstrichen ist, in der D._____ den Berufungsbeklag- ten nicht gesehen hat. Hätte die Vorinstanz auf die Durchführung einer mündli-

- 14 - chen Verhandlung bestanden, so wäre noch mehr Zeit verstrichen; die Ansetzung der Verhandlung – inkl. Terminfindung mit den Rechtsvertretern und der 10- tägigen Frist gemäss Art. 134 ZPO – hätte notorischerweise das vorinstanzliche Verfahren verzögert. Aufgrund der Vergangenheit der Parteien und des bisheri- gen Verfahrensablaufs kann auch so gut wie ausgeschlossen werden, dass an- lässlich einer Verhandlung eine Einigung betreffend das Kontaktrecht hätte ge- funden werden können. Im Übrigen war es für die Vorinstanz auch nicht notwen- dig, einen Eindruck der Parteien zu gewinnen, da sie diese zuletzt am 12. August 2020 – und damit nur zwei Monate vor der Einleitung des vorinstanzlichen Mass- nahmenverfahrens – gesehen hatte (vgl. VI Prot. S. 40 ff.). Im Sinne einer Güter- abwägung und zugunsten des Kindeswohls durfte die Vorinstanz entsprechend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichten. Das rechtliche Gehör hat die Vorinstanz insofern gewahrt, als dass die Berufungsklägerin zum Massnahmegesuch des Berufungsbeklagten und dem Bericht der Beiständin schriftlich Stellung nehmen konnte (act. 8/99 und 8/104). Inwiefern die Vorinstanz weitere schriftliche Stellungnahmen hätte einholen müssen, legt die Berufungs- klägerin gar nicht erst dar. Aufgrund des

summarischen Charakters des Verfahrens ist auch nicht ersichtlich, weshalb sie solche hätte einholen müssen, nachdem die Berufungsklägerin zum Gesuch des Berufungsbeklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen – und damit zu sämtlichen Behauptungen seinerseits – unbestritten Stellung nehmen konnte. Ohnehin ist festzuhalten, dass die Vorinstanz sich zwar mit dem Verhalten der Berufungsklägerin auseinandersetzte, schlussendlich die verfügte Abänderung des Besuchsrechts indes nicht davon abhängig machte. Entsprechend braucht nachstehend darauf nicht eingegangen zu werden; die Rüge der Berufungsklägerin in dieser Hinsicht geht damit an der Sache vorbei (auf die im Weiteren verlangte Kinderanhörung ist weiter unten einzugehen, vgl. E. 5.3. nachfolgend). 5.1. Die Kammer hat in ihrem Urteil vom 29. Juli 2020 (Geschäfts-Nr. LY200020) das Besuchsrecht in drei Phasen unterteilt, wobei bis spätestens Ende Oktober 2020 begleitete und daran anschliessend unbegleitete Besuche – spätestens ab März 2021 inkl. Übernachtungen – festgesetzt wurden (act. 5/18). Die damals von der Berufungsklägerin beantragte Sistierung des Besuchsrechts

- 15 - wurde abgewiesen, nachdem sie nicht hatte glaubhaft machen können, dass eine Kindeswohlgefährdung von den Kontakten zwischen D._____ und dem Berufungsbeklagten ausgegangen war (vgl. jeweils zusammenfassend act. 5/18 S. 27, 30, 33). Im vorinstanzlichen Verfahren wurde – soweit ersichtlich – ein kindeswohlgefährdendes Verhalten des Berufungsbeklagten nicht behauptet (zur Abänderung sah sich die Vorinstanz – den Erwägungen der Kammer folgend – lediglich veranlasst, weil sich die Installierung des begleiteten Besuchsrechts verzögert und der Kontaktunterbruch damit um drei Monate verlängert hatte, act. 9 S. 12 unten). Die Berufungsklägerin bringt berufsweise in diesem Zusammenhang lediglich die Vorkommnisse anlässlich der Treffen zwischen D._____ und der Besuchsbegleitung sowie im Kindergarten als neue Tatsachen vor. Darin lässt sich wiederum kein kindeswohlgefährdendes Verhalten seitens des Berufungsbeklagten erblicken, das eine Sistierung des Kontaktrechts rechtfertigen würde. Vielmehr wiederholt die Berufungsklägerin ihre bereits mehrfach aufgestellte Behauptung, Kontakte mit dem Berufungsbeklagten seien für D._____ belastend, weswegen er – nun bereits im Vorfeld der Kontakte – eine Abwehrhaltung an den Tag gelegt habe. Es ist indes an dieser Stelle nochmals daran zu erinnern, dass der bislang letzte Kontakt zwischen D._____ und dem Berufungsbeklagten im Dezember 2019 trotz des langen Kontaktabbruchs und der vorgängig ablehnenden Haltung D._____s gut verlief und D._____ bereits innert kürzester Zeit einen vertrauensvollen Umgang mit dem Berufungsbeklagten pflegen konnte, wie dem Bericht der Besuchsbegleitung zu entnehmen ist (vgl. act. 8/34). Die vom Berufungsbeklagten eingereichten Bilder bestätigen dies ohne Weiteres (act. 12/7); darauf ist D._____ lächelnd zu sehen. Er scheint unbelastet zu sein und eine gute Zeit mit seinem Vater zu verbringen. Eine Abwehrhaltung – erst recht im nun behaupteten Masse – ist nicht zu erkennen. Entsprechend ist nach wie vor auszuschliessen, dass das nunmehr ablehnendes Verhalten von D._____ auf den Kontakt mit dem Berufungsbeklagten zurückzuführen wäre. Im Vergleich zur Situation im Dezember 2019 präsentiert sich die jetzige Lage insofern abweichend, als dass sich der Scheidungskonflikt hinsichtlich des

- 16 - Besuchsrechts seit Erlass des ersten Massnahmenentscheids der Vorinstanz im April 2020 zugespitzt hat. Konflikte sind dabei nicht mehr nur auf die Eltern beschränkt, sondern weiten sich auch auf immer mehr Personen aus (Vertrauensbruch zwischen dem Berufungsbeklagten und der Beiständin; Ablehnung der ersten Besuchsbegleitung durch die Berufungsklägerin; erste ablehnende Vorkommnisse mit der zweiten

Besuchsbegleitung seitens der Berufungsklägerin). Mitten- drin befindet sich D._____, der diesen Spannungen ausgeliefert ist. Die aktuellen Geschehnisse rund um die Kennenlernetreffen bekräftigen lediglich die bereits in früheren Entscheiden festgestellte Entwicklung, dass die Berufungsklägerin für D._____ seit Abbruch der regelmässigen Kontakte mit dem Berufungsbeklagten immer mehr zur Hauptbezugsperson – oder gar zur einzigen Bezugsperson – wird. Dies wird auch durch den Umstand unterstützt, dass D._____ gemäss dem Willen seiner Mutter den Kindergarten besucht, den sie selber führt. Dies lässt ei- ne Lockerung der engen Bindung an die Mutter nicht zu und trägt weiter dazu bei, dass D._____ in seinem Loyalitätskonflikt immer mehr die Haltung seiner Mutter einnimmt. Mit dieser ablehnenden Haltung gegenüber dem Berufungsbeklagten ver- sucht D._____ seinen Loyalitätskonflikt zu lösen. Sein Verhalten in den letzten Monaten lässt sich jedoch nicht einzig auf den Loyalitätskonflikt zurückführen, sondern auch auf den Umstand, dass der bereits sehr lange Kontaktunterbruch immer länger andauert. Dies ist nicht akzeptabel, zumal D._____ die selbsterfah- renen Wahrnehmungen des Berufungsbeklagten dadurch immer mehr vergessen und – nicht zuletzt aufgrund der Vorkommnisse in den letzten Monaten – ein ver- zerrtes Bild von ihm haben wird. Die Durchsetzung von Kontakten im geeigneten Rahmen ist auch deshalb äusserst wichtig, da dies D._____ einen Realitätsab- gleich ermöglichen würde. Zudem kann er dadurch wieder Vertrauen gewinnen, was unbestritten vorteilhaft für seine geistige Entwicklung wäre. Dabei ist eine Gü- terabwägung zwischen möglichen Risikofaktoren für D._____ und den möglichen positiven Entwicklungen zu machen. 5.2. Die behaupteten Vorkommnisse im Kindergarten nach dem (dritten) Tref- fen vom 18. November 2020 (vgl. oben, E. 3.1.) sind nicht belegt. Die Einholung

- 17 - eines Berichts bei der Kindergärtnerin von D._____ erscheint wenig sinnvoll, ins- besondere, da es sich dabei um eine Angestellte der Berufungsklägerin handelt (zur Beweiskraft solcher Schreiben im Allgemeinen kann auf die ausführlichen Erwägungen im ersten Berufungsurteil verwiesen werden, act. 5/18 S. 22 ff.). Ge- nauso handelt es sich um eine unbelegte Behauptung, dass D._____ nicht mehr zur Kinderpsychiaterin gehen wolle. Aus dem eingereichten Bericht der Kinder- psychologin geht nicht hervor, dass D._____ weitere Behandlungstermine ableh- nen würde (act. 4/4, s. für Weiteres zum Bericht die nachstehende Erwägung). Seit Erlass des ersten Berufungsentscheides gab es zwei konkrete Kon- taktversuche zwischen D._____ und dem Berufungsbeklagten, am 28. November 2020 und am 12. Dezember 2020. In der Verfügung der Kammer vom 8. Dezember 2020 wurden die Geschehnisse rund um den ersten Kontaktversuch bereits behandelt (act. 13). Die darin gemachten Erwägungen und Schlussfolge- rungen haben nach wie vor Gültigkeit. Unter Beachtung der neu angeordneten Besuchsrechtsmodalitäten gemäss der vorerwähnten Verfügung fand der zweite Kontaktversuch statt. Wie den Parteien bekannt ist, hat sich D._____ offenbar er- neut geweigert, den Berufungsbeklagten zu sehen (act. 15). Damit erscheint glaubhaft, dass sich die Abwehrhaltung von D._____ im Vergleich zum letzten Kontakt vor einem Jahr stark intensiviert hat. Die Anordnung eines Kontaktunter- bruchs, der hinsichtlich des Besuchsrechts nur als ultima ratio anzuordnen ist, rechtfertigt dies dennoch einstweilen nicht; es kann ohne Weiteres davon ausge- gangen werden, dass das Verhältnis zwischen dem Berufungsbeklagten und D._____ gut ist und Kontakte – wenn solche denn stattfinden – positiv verlaufen würden und entsprechend für eine gesunde geistige Entwicklung von D._____ wichtig wären. Dass D._____ aufgrund des Loyalitätskonflikts stark verunsichert ist, steht fest. Jedoch ist die Einschränkung des Besuchsrechts nicht das prioritä- re Mittel, um dem Kind bei der Lösung dieses Konflikts zu

helfen. Eine Reduktion des Loyalitätskonflikts hätte in erster Linie durch andere Massnahmen zu erfolgen, wie beispielsweise durch eine psychotherapeutische Begleitung von D._____. Überdies wäre zu prüfen, D._____ in einen nicht von der Berufungsklägerin geführten Kindergarten zu versetzen. Im Weiteren ist daran zu erinnern, dass nach konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Recht auf persön-

- 18 - lichen Verkehr dem nicht obhutsberechtigten Elternteil um seiner Persönlichkeit willen zusteht und ihm daher nicht ohne wichtige Gründe ganz abgesprochen werden darf. Eine Gefährdung des Kindeswohls ist daher nicht leichthin anzunehmen und kann nicht schon deswegen bejaht werden, weil beim betroffenen Kind eine Abwehrhaltung gegen den nicht obhutsberechtigten Elternteil festzustellen ist (BGer 5A_306/2019 vom 17. Juli 2020, E. 4.4. m.w.H.). Dementsprechend wäre ein Kontaktunterbruch nicht verhältnismässig und somit nicht gerechtfertigt. 5.3. Die beantragte Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens zur Abklärung der Beziehung zwischen D._____ und seinem Vater ist nach wie vor nicht notwendig, nachdem es keine begründeten Anzeichen dafür gibt, dass vom Berufungsbeklagten eine Kindeswohlgefährdung ausgeht – und im Gegenteil aus den oben geschilderten Gründen anzunehmen ist, dass D._____ die Kontakte gut tun würden. Es kann hierzu auch vollumfänglich auf die Erwägungen in den bisherigen Massnahmenentscheiden verwiesen werden (act. 5/7 S. 23 und act. 5/18 S. 31 ff.). An dieser Einschätzung ändert auch der nun eingereichte Bericht der Kinderpsychologin vom 20. November 2020 nichts (act. 4/4). Bereits im ersten Berufungsurteil wurde ein Bericht der Kinderpsychologin (datiert vom 30. April 2020) ausführlich gewürdigt (act. 5/18 S. 29 f.). Im nun vorgelegten Bericht wird keine aktuelle Diagnose gestellt (es wird lediglich auf die frühere "Diagnose" der posttraumatischen Belastungsstörung verwiesen). Weiter ist – abermals – davon auszugehen, dass die aufgelisteten Symptome einzig auf der Sachverhaltsdarstellung der Berufungsklägerin beruhen. So geht einerseits aus dem Bericht nicht hervor, wie häufig, wann und unter welchen Bedingungen Therapiesitzungen bei der Kinderpsychologin – bei denen eigene Wahrnehmungen überhaupt erst möglich gewesen wären – stattgefunden haben sollen. Andererseits ist auch nicht davon auszugehen, dass die angeblichen Fortschritte – wie zum Beispiel, dass D._____ habe essen oder alleine den Kindergarten besuchen können – durch die Kinderpsychiaterin festgestellt wurden. Dass ein Kind im Alter von D._____ gewachsen ist, ist notorisch und stellt ohnehin keinen Fortschritt durch den Kontaktunterbruch/-abbruch dar. Ebenso scheinen die angeblichen Rückschritte seit den angeordneten Besuchen hauptsächlich einzig auf der Sachverhaltsdarstellung der Berufungsklägerin zu beruhen (bspw. dass D._____ nicht mehr alleine den Kin-

- 19 - dergarten besuchen wolle, nicht mehr allein schlafen könne, etc.). Schliesslich ist erneut davon auszugehen, dass die Kinderpsychologin die Erkenntnisse betreffend die alten Ängste von D._____ im Zusammenhang mit der Erfahrung häuslicher Gewalt und forcierter Besuchskontakte durch Sachverhaltsdarstellungen der Berufungsklägerin erlangt hat (s. dazu ausführlich act. 5/18 S. 29 f.). Die Aussagekraft des Berichts ist – wie bereits diejenige des Berichts vom 30. April 2020 – gering. Auch eine Anhörung von D._____ – die im Übrigen im vorinstanzlichen Verfahren soweit ersichtlich nicht beantragt wurde – erscheint zum jetzigen Zeitpunkt nicht notwendig. Aufgrund des jungen Alters von D._____ und der manifesten Beeinflussung durch die Berufungsklägerin wären seine Aussagen im Hinblick auf die Regelung des Kontaktrechts von geringer Aussagekraft resp. sein wirklicher Wille kaum eruierbar. 5.4. Aus den Gesamtumständen erscheint eine

ablehnende Haltung der Berufungsklägerin gegenüber Kontakten zwischen D._____ und dem Berufungsbe- klagten offensichtlich. Auch wenn diese Haltung aus der subjektiven Warte der Berufungsklägerin bis zu einem gewissen Grad nachvollziehbar erscheinen mag, lassen sich keine objektiven Rechtfertigungsgründe dafür finden. In Einklang mit den bisherigen Entscheiden ist weiterhin davon auszugehen, dass D._____ durch das Verhalten der Berufungsklägerin wesentlich beeinflusst wird. Dazu sei exemplarisch auf den letztjährigen Vorfall betreffend den vom Vater geschenkten neuen Teddybären verwiesen, welchen die Mutter zusammen mit D._____ in den Mülleimer warf, wie im ersten Berufungsentscheid beschrieben (act. 5/18 S. 28). Auch aktuell lassen sich Beispiele finden. So ist es nicht im Kindeswohl, wenn die Berufungsklägerin mit einem nicht nachvollziehbaren Grund eine Besuchsbeglei- tung ablehnt und das Kontaktrecht dadurch verzögert. Dies spürt D._____ und es suggeriert ihm, dass anlässlich der Besuche eine Gefahr – hier sogar von Dritt- personen – ausgehe. Nach Ansicht der Berufungsklägerin hatte der Berufungsbe- klagte D._____ beim einzigen (begleiteten) Kontakt am 15. Dezember 2019 auf Albanisch befohlen, was zu tun sei – wie ihn auf die Backe zu küssen etc. – (act. 5/18 S. 19), was Auslöser der Anordnung einer albanisch-sprechenden Besuchs- - 20 - begleitung war. Damit wird D._____ suggeriert, dass es nicht in Ordnung sei, wenn er mit seinem Vater unüberwacht in der gemeinsamen Sprache reden wür- de. Ein ungezwungener und natürlicher Kontaktaufbau zwischen D._____ und dem Berufungsbeklagten ist – wie es der Berufungsbeklagte zu Recht vorbringt (act. 11 S. 13) – so nicht möglich. Im Übrigen musste der Berufungsklägerin auch bewusst sein, dass solche Begehren ebenfalls zu einer Verzögerung des Be- suchsrechts führen und insofern nicht dem Kindeswohl entsprechen. Ob es sich dabei um gezielte Beeinflussungen handelt, kann nicht abschliessend beurteilt werden. Es lässt jedoch an der Erziehungsfähigkeit der Berufungsklägerin zwei- feln: Es läge (auch das wurde in früheren Entscheiden bereits festgehalten) an ihr, mit Blick auf das Wohl des Kindes eine gute Beziehung zum anderen Eltern- teil zu fördern und D._____ positiv auf Besuche beim Vater vorzubereiten. Diese Pflicht, der die Berufungsklägerin nicht nachzukommen vermag, steht zwar vorab im Zusammenhang mit der Ausübung des persönlichen Verkehrs, doch ist deren Beachtung auch für eine tragfähige und kindeswohlorientierte Ausübung des ge- meinsamen Sorgerechts wichtig, was überdies bei der Zuteilung der elterlichen Sorge von entscheidender Bedeutung sein kann (BGE 142 III 1 E. 3.4 m.w.H.). Es wird von der zuständigen Behörde zu entscheiden sein, ob zur Überprüfung der Erziehungsfähigkeit der Berufungsklägerin eine Begutachtung anzuordnen ist. Es stellt sich in dieser Hinsicht auch die Frage, ob für D._____ eine (psycho-)therapeutische Begleitung oder der Wechsel in einen nicht von der Berufungs- klägerin geführten Kindergarten eine geeignete Kinderschutzmassnahme darstel- len würde, um den Loyalitätskonflikt – der durch die Beeinflussung der Beru- fungsklägerin entstand und getragen wird – zu entschärfen. 5.5. Zusammengefasst haben die ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 15. April 2020 und der Kammer in ihrem Urteil vom 29. Juli 2020 in diesem Zusammenhang nach wie vor Geltung. Es ist nicht ersichtlich, in- wiefern eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, die auf ein Verhalten des Berufungs- beklagten anlässlich der Kontakte zu D._____ zurückzuführen wäre und einen Unterbruch des Besuchsrechts rechtfertigen würde. Genauso wenig rechtfertigt der Loyalitätskonflikt von D._____ eine Sistierung des Kontaktrechts. Bevor eine Sistierung des Besuchsrechts in Betracht fallen würde, müssten alle möglichen

- 21 - flankierenden Massnahmen zum Zwecke des Abbaus des Loyalitätskonflikts erschöpft sein (s. dazu vorstehende E. 5.4). 6.1. Gestützt auf den angefochtenen Entscheid ist der Berufungsbeklagte aktuell berechtigt und verpflichtet, D._____ am 26. Dezember 2020 begleitet für vier Stunden zu besuchen. Ab Januar 2021 sollen an jedem zweiten Samstag unbegleitete Besuche stattfinden, bevor spätestens ab März 2021 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens sich das Besuchsrecht auf jedes zweite Wochenende von Samstag, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, inkl. einer Feiertagsregelung über Ostern und Pfingsten, ausdehnt (act. 9 Dispositivziffer 2). 6.2. Auch wenn das vorinstanzlich angeordnete Besuchsrecht im Grundsatz nicht zu beanstanden ist, erscheint es unter den nun vorliegenden Umständen nicht mehr sachgerecht. Im besten Fall – falls der Besuch vom 26. Dezember 2020 stattfinden sollte – findet ein begleiteter Besuch statt, bevor D._____ den Berufungsbeklagten unbegleitet besuchen soll. Eine solche rasche Installation eines unbegleiteten Besuchsrechts ist insofern nicht im Kindeswohl und möglicherweise gar kontraproduktiv, als zu befürchten ist, dass sich D._____ unter diesen Umständen auch dem begleiteten Besuch verweigert und die Überforderung und Angst von D._____ dadurch nicht gemildert, sondern verstärkt würde. Ziel hingegen muss es sein, dass der Druck von D._____ genommen wird; dafür erscheint einerseits die Weiterführung resp. Umsetzung der begleiteten Besuche angebracht. Andererseits wird es von der zuständigen Behörde zu prüfen sein, ob der Loyalitätskonflikt und der dadurch ausgelöste Druck auf D._____ auch durch eine (psycho-)therapeutische Behandlung oder andere Massnahmen abgebaut werden können. Entsprechend ist mit den begleiteten Besuchen – unter Berücksichtigung der Besuchsrechtsmodalitäten gemäss der Verfügung der Kammer von 8. Dezember 2020 – bis auf Weiteres fortzufahren. Auf die Anordnung eines unbegleiteten Besuchsrechts ist vorläufig zu verzichten. Es erscheint nicht zielführend, über das weitere Kontaktrecht zu entscheiden, ohne dass auch nur ein begleiteter Besuch stattgefunden. Eine solche Regelung würde aufgrund der bisherigen Ereignisse vielmehr zu einem Papiertiger verkommen. Es ist an dieser Stelle noch-

- 22 - mals darauf hinzuweisen, dass sowohl D._____ als auch der Berufungsbeklagte Anspruch auf die Besuche haben und diese für die Entwicklung von D._____ wichtig sind, auch wenn das für die Berufungsklägerin ein nur schwer zu fassender Gedanke zu sein scheint. Sämtliche involvierten Personen – die Berufungsklägerin, die Beistandsperson, die Besuchsbegleitung, etc. – haben alles zu tun, was diese Besuche fördert. Die Berufungsklägerin hat insbesondere gemäss Art. 274 Abs. 1 ZGB alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum Berufungsbeklagten beeinträchtigt. Es geht nicht an, dass die Ausübung des Besuchsrechts aus vorgeschobenen und nicht nachvollziehbaren Gründen verzögert wird. Einschränkend anzumerken bleibt, dass diese Regelung auf einer einstweiligen Einschätzung der derzeitigen Umstände beruht. Entsprechend kann sich diese – je nach Verlauf des weiteren Besuchsrechts – ändern, und es wären dann zumal andere resp. weitere und allenfalls einschneidendere Kindesschutzmassnahmen zu prüfen (bspw. Einzeltherapie der Berufungsklägerin, Überprüfung der Erziehungsfähigkeit der Berufungsklägerin, Vollzug des Besuchsrechts, Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts, etc.). Damit die Ausübung und die Anpassung des Besuchsrechts überprüft und allenfalls rasch angepasst werden kann, ist die Beiständin zu verpflichten, der zuständigen Behörde (Gericht und/oder KESB) erstmals per 17. Februar 2021 und danach alle acht Wochen Bericht über den Verlauf der begleiteten Besuche zu erstatten. Die zuständige Behörde wird dann darüber zu befinden haben, ob das Besuchsrecht anzupassen resp. weitere Kindesschutzmassnahmen anzuordnen sein werden. 6.3. Im Übrigen sind der

vorinstanzliche Entscheid – insb. hinsichtlich Vollstreckungsmassnahmen – und die mit Verfügung der Kammer vom 8. Dezember 2020 superprovisorisch erlassenen Besuchsrechtsmodalitäten zu belassen resp. zu bestätigen. III. 1. Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG).

- 23 - Grundlage der Gebührenfestsetzung im vorliegenden Zivilprozess bilden das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls, wobei die Gebühr bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten – wie der vorliegenden – in der Regel CHF 300.– bis CHF 13'000.– beträgt (§ 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG). Zu beachten ist, dass im vorliegenden Berufungsverfahren zwei Zwischenentscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen – eine davon von Amtes wegen – gefällt wurden (act. 6 und 13). Unter Berücksichtigung der Reduktion aufgrund des summarischen Verfahrens (vgl. § 8 Abs. 1 GebV OG) ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr entsprechend auf CHF 1'500.– festzusetzen. 2.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Berufungsklägerin kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Abweichung von diesem Grundsatz gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO ist nicht angemessen, nachdem davon auszugehen ist, dass die Berufungsklägerin durch ihr Verhalten massgeblich zur Verzögerung des Besuchsrechts und zur Verstärkung des Loyalitätskonflikts beigetragen hat. Dadurch war der Berufungsbeklagte gezwungen, das vorinstanzliche Verfahren einzuleiten, welches schliesslich zum vorliegenden Berufungsverfahren führte. 2.2. Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 i.V.m. § 6 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und § 9 AnwGebV auf CHF 3'500.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) festzusetzen. Entsprechend ist die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'500.– (zzgl. 7.7 % MwSt.) zu bezahlen. 3.1. Der Berufungsbeklagte beantragt in prozessualer Hinsicht, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und sein Rechtsvertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 11 S. 2). 3.2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Eine unentgeltliche Rechtsvertretung wird bestellt, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig erscheint (Art. 118 Abs. 1 ZPO). Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Anspruch auf unentgeltliche

- 24 - Rechtspflege subsidiär zur familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflicht der Ehegatten (vgl. statt vieler BGE 142 III 36 ff. E. 2.3). 3.3. Die Vorinstanz gewährte dem Berufungsbeklagten mit Verfügung vom

E. 13

März 2020 die unentgeltliche Rechtspflege samt unentgeltlicher Rechtsvertretung, nachdem sie seinen Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses mangels Leistungsfähigkeit der Berufungsklägerin abgewiesen hatte (act. 8/73). Die Vorinstanz hat dabei die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien eingehend geprüft und kam zum Schluss, dass der Berufungsbeklagte mit dem Überschuss aus seinem anrechenbaren Einkommen von CHF 5'010.– und seinem Bedarf von CHF 4'641.– nicht in der Lage sei, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert nützlicher Frist abzutragen (vgl. act. 8/73 S. 22 ff.). Diesen Überlegungen folgte auch die Kammer anlässlich des ersten Berufungsverfahrens und gewährte dem Berufungsbeklagten mit Verfügung vom 4. Juni 2020 auch für dieses die unentgeltliche Rechtspflege samt unentgeltlicher Rechtsvertretung (act. 5/11). 3.4. Seit Erlass der vorzitierten Entscheide hat

sich die Einkommenssituation des Berufungsbeklagten nicht wesentlich verändert. Nach wie vor ist er bei drei Arbeitgeberinnen angestellt und arbeitet weit über einem 100 %-Pensum. In Einklang mit den bereits erlassenen Entscheidungen ist dem Berufungsbeklagten lediglich ein Einkommen für ein Vollzeitpensum anzurechnen. Die Einkommenshöhe resp. die Stundenansätze haben sich dabei nicht wesentlich verändert (lediglich der Bruttolohn bei der F._____ GmbH scheint sich um CHF 15.– erhöht zu haben, vgl. act. 8/51/4-6 und act. 12/3-5), weshalb dem Berufungsbeklagten erneut ein Einkommen von CHF 5'010.– anzurechnen ist. Hinsichtlich seines Bedarfs hat sich in der Zwischenzeit eine Erhöhung ergeben, nachdem sich die Unterhaltsbeiträge an D._____ von ursprünglich CHF 277.– auf CHF 500.– erhöht haben (vgl. act. 8/73 S. 26 und act. 8/91). Das Kontoguthaben des Berufungsbeklagten bei der G._____ AG beträgt aktuell rund CHF 1'200.–; ansonsten verfügt er über kein Vermögen (act. 12/6; act. 8/73 S. 13 f.). Die Mittellosigkeit des Berufungsbeklagten ist daher auch für das vorliegende Berufungsverfahren zu bejahen. Seine Rechtsbegehren können nicht als aussichtslos bezeichnet werden, und eine un-

- 25 - entgeltliche Rechtsvertretung erscheint ferner zur Wahrung der Rechte angezeigt, zumal auch die Gegenseite anwaltlich vertreten ist. Es ist dem Berufungsbeklagten daher auch für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege in Bezug auf die Gerichtskosten ist mit der Kostenaufgabe zu Lasten der Berufungsklägerin gegenstandslos geworden. Es wird beschlossen:

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