

ZH_OBERGERICHT LY220034 vom 15. September 2022

ZH Obergericht, 2022-09-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY220034

FR: ZH_OBERGERICHT LY220034 du 15 septembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LY220034 del 15 settembre 2022

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt / Prozessgeschichte

E. 1.1

Die Parteien haben am tt.mm.2016 in E._____ geheiratet. Rund vier Monate vorher, am tt.mm.2016 kam die gemeinsame Tochter C._____ zur Welt

- 6 - (vgl. act. 6/3). C._____ hat zwei Halbgeschwister auf Seiten ihres Vaters und, so- weit ersichtlich, drei Halbgeschwister auf Seiten ihrer Mutter. Fünf Monate nach der Heirat gaben die Parteien das Zusammenleben auf. Zuvor kam es zu Vorfällen von häuslicher Gewalt, zu verbalen und physischen Übergriffen des Vaters gegenüber der Mutter und zur Verletzung des Kontakt- und Rayonverbots (vgl. act. 6/8/44, act. 6/8/46; act. 6/8/54 S. 12 ff.).

E. 1.2

Mit Entscheid des Eheschutzgerichts Dietikon vom 20. Juni 2017 (act. 6/8/54) wurde Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 19. Januar 2017 getrennt leben. Ferner wurde die Obhut über C._____ der Mutter (der Be- klagten und Berufungsklägerin, nachfolgend: Berufungsklägerin) zugeteilt und der Vater (Kläger und Berufungsbeklagter, nachfolgend: Berufungsbeklagter) für be- rechtigt erklärt, C._____ zwei Mal pro Monat im Rahmen eines Besuchstreffs des Kantons Zürich zu besuchen (D._____; Dispositiv Ziffer 3 des Entscheides des Eheschutzgerichts vom 20. Juni 2017). Mit genanntem Entscheid vom 20. Juni 2017 ordnete das Eheschutzgericht für das Kind auch eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB an und übertrug der Beistandsperson die Aufgaben der Vor- bereitung, Sicherstellung und Festlegung der Modalitäten des Besuchsrechts (Dispositiv Ziffer 4 des Eheschutzentscheides). Die Besuche konnten weitestgehend nicht stattfinden. Einerseits ist gemäss Bericht der Beiständin F._____ vom 20. Dezember 2021 die Mutter zunächst un- tergetaucht. Im Juli 2019 sei dann mit dem Vater besprochen worden, dass er und die Beiständin sich zunächst kennen lernen sollten, damit danach das D._____ in Zürich organisiert werden könne. Dem schon damals in G._____ wohnhaften Va- ter sei es sodann wichtig gewesen, so die Beiständin weiter, die Kostenübernah- me für die Reise von G._____ nach E._____ bzw. Zürich mit der Sozialhilfe zu klären, bevor die Besuche umgesetzt würden. Im Januar 2020 sei der Vater dann zu einem Gespräch bezüglich Anmeldung für das D._____ eingeladen worden, er sei aber unentschuldigt ferngeblieben (vgl. act. 6/10). Die Finanzierung der Reise von G._____ nach Zürich zog sich gemäss Bericht der Beiständin hin. Der Vater habe aber für die Zeit ab Juni 2021 erklärt, er vermöge regelmässig nach Zürich zu fahren. Im Juli 2021 habe der Vater dann aber gemeldet, dass er von einer

- 7 - Person angegriffen worden und im Koma gewesen sei, er aufgrund seines Gesundheitszustandes erst im August 2021 Termine wahrnehmen könne (vgl. act. 6/10). Der erste Besuch nach Massgabe des Eheschutzentscheides vom 20. Juni 2017 konnte am 19. September 2021 stattfinden. Weitere Besuche folgten am

E. 1.3

Mit Entscheid vom 30. Mai 2022 setzte die Kindes- und Erwachsenen- schutzbehörde Bezirk Dietikon eine Prozessbeiständin gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB ein und betraute sie mit der Aufgabe, die Interessen von C._____ bezüglich der Anfechtung der Vaterschaft zu wahren und gegebenenfalls im Interesse des Kindes Klage einzureichen (act. 6/46). Mit Eingabe vom 15. Juni 2022 focht die Prozessbeiständin die Vaterschaft des Berufungsbeklagten am Bezirksgericht Dietikon an (act. 6/75/2).

E. 1.4

Mit Eingabe vom 25. November 2021 reichte der Berufungsbeklagte vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (nach- folgend: Vorinstanz) Klage auf Scheidung gestützt auf Art. 114 ZGB ein (act. 6/1). Nach diversen Abklärungen und Verschiebungen der Einigungsverhandlung konnte am 1. Juni 2022 die (neunstündige) Einigungsverhandlung stattfinden (Prot. Vi. S. 3-46), die bezüglich der Kinderbelange erfolglos blieb (vgl. act. 6/50).

E. 1.5

Mit Eingabe vom 19. Juni 2022 (act. 6/60) beantragte der Berufungsbeklagte der Vorinstanz, es sei der Berufungsklägerin die Weisung zu erteilen, das gemäss Dispositiv Ziffer 3 des Eheschutzurteils vom 20. Juni 2017 geltende Besuchsrecht umzusetzen, im Krankheitsfalle eine andere Person zu beauftragen, C._____ in den D._____ zu bringen und ausgefallene Besuche nachzuholen, wobei dem An-

- 8 - trag superprovisorisch, ohne vorgängige Anhörung der Berufungsklägerin zu entsprechen sei. Der Berufungsbeklagte begründete seinen Antrag im Wesentlichen damit, dass die Berufungsklägerin anlässlich der Einigungsverhandlung vom 1. Juni 2022 durch das Gericht unmissverständlich darüber aufgeklärt worden sei, dass das gemäss Eheschutzurteil vom 20. Juni 2017 geltende Besuchsrecht bis zum Vorliegen eines anderslautenden Entscheids umzusetzen sei, und zwar ungeachtet des Resultats des ohne Einverständnis des sorgeberechtigten Berufungsbeklagten durchgeführten Vaterschaftstests. Die Berufungsklägerin habe den am 5. Juni 2022 geplanten Besuchskontakt kurzfristig mit Verweis auf eine Krankheit ihrerseits absagen lassen, woraufhin die Rechtsanwältin des Berufungsbeklagten am 7. Juni 2022 eine E-Mail an die Rechtsanwältin der Berufungsklägerin verfasst habe, um diese unter anderem zu bitten, dafür besorgt zu sein, dass das Besuchsrecht künftig umgesetzt würde. Diese E-Mail sei bis heute unbeantwortet geblieben. Der geplante Besuchskontakt am 19. Juni 2022 sei wiederum abgesagt worden, diesmal, weil C._____ krank gewesen sei. Weiter führte der Berufungsbeklagte aus, dass die Berufungsklägerin aus egoistischen Gründen versuche, das geltende Besuchsrecht zwischen C._____ und ihm zu verhindern. Auch wenn dies nicht mit letzter Konsequenz bewiesen werden könne, sei leider davon auszugehen, dass es sich nicht um einen Zufall handle, dass am Tag des ersten Besuchs nach der Verhandlung die Berufungsklägerin und nun am Tag des zweiten Besuchs C._____ krank seien. Die D._____ Mitarbeiter wie auch die Beiständin F._____ seien der Ansicht, dass die Besuche wichtig und durchzuführen seien (vgl. act. 6/60). Nach Abweisung des Gesuchs des

Berufungsbeklagten um superprovisorische Anordnung und der Einholung einer Stellungnahme der Berufungsklägerin in welcher sie Abweisung der Anträge beantragte (act. 6/72), erliess die Vorinstanz mit Verfügung vom 29. Juni 2022 (act. 5 [Aktenexemplar] = act. 6/84) – wie eingangs wiedergegeben – der Sache nach Kindesschutzmassnahmen als vorsorgliche Massnahmen zur Durchsetzung des begleiteten Besuchsrechts des Berufungsbeklagten.

- 9 -

E. 1.6

Gegen diese Verfügung erhebt die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 11. Juli 2022 (act. 2) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen.

E. 1.7

Die Vorinstanz lud die Parteien zu einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 22. August 2022 vor (act. 6/91), nachdem die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 21. Juni 2022 (act. 6/74) um Aufhebung des mit dem erwähnten Eheschutzurteil festgesetzten Besuchsrechts des Berufungsbeklagten und der Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 30. Juni 2022 (act. 6/88) um Aufhebung des darin festgesetzten Kinderunterhalts je als vorsorgliche Massnahme ersucht hatten. Anlässlich dieser Verhandlung hatten die Parteien Gelegenheit, zum Gesuch des jeweils anderen mündlich Stellung zu nehmen (vgl. act. 6/93).

E. 1.8

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 6/1-99, inkl. den Akten des Gewaltschutzmassnahme- [act. 6/76] und des Haftverfahrens [act. 6/7] sowie den Akten des Eheschutzverfahrens [act. 6/8]). Mit Verfügung vom 11. August 2022 (act. 9) wurde die Vollstreckbarkeit der vorsorglichen Massnahmen von Amtes wegen einstweilen aufgeschoben und den Parteien Frist angesetzt, um dazu Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde dem Berufungsbeklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten. Die Stellungnahme der Berufungsklägerin (act. 11) und des Berufungsbeklagten sowie dessen Berufungsantwort (act. 12 und act. 14/1-5) erfolgten je fristgerecht (vgl. act. 9 i.V.m. act. 10/1-2 i.V.m. act. 11 und act. 12). Mit Eingabe vom 24. August 2022 (act. 15) reichte der Berufungsbeklagte das Tagesprotokoll des D._____ vom 3. Juli 2022 (act. 16/6) ein. Die jeweiligen Eingaben wurden je den Parteien zur Wahrung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör zugestellt (vgl. act. 17 und 18). Weitere Eingaben sind nicht eingegangen. Der Beizug von Akten der KESB und des Vaterschaftsanfechtungsverfahrens erscheint nicht erforderlich, weshalb darauf zu verzichten ist (vgl. dazu insb. nachfolgend E. 3.6.2). Das Verfahren ist spruchreif. 2. Prozessuales 2.1 Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungs-

verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen sind Kindesschutzmassnahmen zur Durchsetzung des Besuchsrechts. Damit liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. etwa BGer 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020, E. 1). 2.2 Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus einer Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfechtet und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll. Die Berufungseingabe muss demnach auch Rechtsbegehren

enthalten (vgl. BGE 137 III 617 ff., E. 4.2.2). Im Rahmen der Begründung hat sich die Berufung führende Partei mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (Begründungsobliegenheit). Es genügt nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedenzugeben oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (vgl. BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1). Soweit Beanstandungen konkret vorgebracht werden, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (vgl. Art. 57 ZPO). Fehlt hingegen eine hinreichende Begründung, tritt die Berufungsinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein (vgl. BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2). Dies gilt auch im Bereich des (eingeschränkten und uneingeschränkten) Untersuchungsgrundsatzes (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 310 N 5 f. und Art. 311 N 36 ff., insbes. N 37 m.w.H.), das heisst auch im hiesigen Verfahren. 2.3 Im Berufungsverfahren kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Zur unrichtigen Rechtsanwendung gehört auch die falsche Ermessensausübung, weshalb sie im Gesetz nicht eigens erwähnt wird. Da die Berufungsinstanz somit in Tatfragen über eine volle Kognition verfügt und das Recht von Amtes wegen anwendet, das heisst in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung, über eine uneingeschränkte Prüfungsbefugnis verfügt (vgl. BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013,

- 11 - E. 3.1), kann sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Grundsätzlich auferlegt sich die Berufungsinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden der Vorinstanz jedoch insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere dann, wenn es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht nähersteht (vgl. BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 310 N 3; KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10). Mit anderen Worten setzt die Berufungsinstanz nicht einfach ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, in Ermessensentscheide einzugreifen, wenn dazu ein hinreichender Anlass besteht (vgl. etwa OGer ZH LY160036 vom 21. Februar 2017, E. 3a m.w.H.). 2.4 Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren grundsätzlich der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Dies bedeutet, dass es die Tatsachen unabhängig von etwaigen Parteivorbringen und Beweismittel zu ermitteln und zu berücksichtigen hat. Soweit jedoch – wie hier – Kinderbelange betroffen sind, findet der sog. uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz Anwendung, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Danach hat das Gericht alle Tatsachen, die für Anordnungen über die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu erforschen. Der eingeschränkte wie auch der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz wird indes durch die von den Parteien begründet vorzutragenden Beanstandungen in ihrem sachlichen Umfang beschränkt (vgl. BGer 5A_141/2014 vom 28. April 2014, E. 3.4; 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.1). Er führt nicht dazu, dass die Parteien von der Mitwirkung gänzlich entbunden wären. Denn in aller Regel sind sie über die massgebenden Verhältnisse selber am besten

informiert und dokumentiert. Wo sie ihrer Obliegenheit zur Mitwirkung nicht oder nur ungenügend nachkommen und wo die so erstellten Grundlagen eines Entscheids nicht offenkundig unrichtig sind, darf das Gericht zulasten der nachlässigen Partei darauf abstellen und auf weitere ei-

- 12 - gene Abklärungen verzichten (vgl. OGer ZH LY160050 vom 18. April 2017, E. II./3.2; LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1). In Kinderbelangen können Noven in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO auch noch im Berufungsverfahren vorgebracht werden (vgl. BGE 144 III 349 ff., E. 4.2.1; BGer 5A_1032/2019 vom 9. Juni 2020, E. 4.2; OGer ZH LY160019 vom 21. Juli 2016, E. 2.2.1.2; LY160035 vom 14. Dezember 2016, E. 2.3; LY160050 vom 18. April 2017, E. II./3.2). Mit anderen Worten können die Parteien im Berufungsverfahren Noven auch dann vorbringen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind, wenn (oder zumindest soweit) das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht, d.h. der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. auch BGE 144 III 349 ff., E. 4.2.1). In Bezug auf Kinderbelange kann das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge entscheiden (sog. *Offizialmaxime*, Art. 296 Abs. 3 ZPO).

E. 3

Materielles

E. 3.1

Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, trifft die Kindesschutzbehörde oder – wie vorliegend – das Gericht (vgl. Art. 315a Abs. 1 ZGB) die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes, wenn das Wohle des Kindes gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Damit eröffnet der Gesetzgeber den zuständigen Behörden einen grossen Ermessensspielraum. Kindesschutzmassnahmen müssen stets erforderlich sein und es ist immer die mildeste Erfolg versprechende Massnahme anzuordnen (Proportionalität und Subsidiarität); diese soll elterliche Bemühungen nicht ersetzen, sondern ergänzen (Komplementarität). Die Anordnung einer Massnahme setzt kein Verschulden der Eltern voraus und ist auch nicht Sanktion, sondern hat als einziges Ziel, trotz einer Gefährdungslage das Wohl des Kindes zu bewahren oder wiederherzustellen. Unerheblich ist daher auch, auf welche Ursachen die Gefährdung zurückzuführen ist: Sie können in der Anlage oder in einem Fehlverhalten des Kindes, der Eltern oder der weiteren Umgebung liegen (vgl. etwa BGer 5A_379/2019 vom 26. September 2019, E. 3.4.1). Zulässig ist zusammengefasst, was das Kindeswohl erfordert, innerhalb des Rahmens

- 13 - der elterlichen Sorge ist und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung trägt (vgl. CANTIENI/BLUM, in:

FOUNTOULAKIS/AFFOLTER-FRINGELI/BIDERBOST/STECK, Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, Rz. 15.33 m.w.H.). Die Behörden können Eltern im Rahmen von Kindesschutzmassnahmen insbesondere ermahnen oder ihnen bestimmte Weisungen erteilen (vgl. Art. 307 Abs. 3 ZGB). Ermahnungen und Weisungen sind nicht scharf voneinander zu unterscheiden, lassen sich kombinieren und können sich auf ein konkretes Tun oder Unterlassen richten. Weisungen unterscheiden sich von der Ermahnung kaum in der sachlichen Stossrichtung, sondern in der verbindlicheren Formulierung, welche indes mit strafrechtlichen Mitteln erzwungen werden kann. Sie können sämtliche Bereiche elterlichen Handelns erfassen (vgl. BGer 5A_993/2016 vom

19. Juni 2017, E. 4.2.2; BSK ZGB I-BREITSCHMID, 6. Aufl. 2018, Art. 307 N 4 und 18 ff.). Insbesondere wenn sich die Ausübung oder Nichtausübung des Besuchs- bzw. Umgangsrechts für das Kind nachteilig auswirkt oder wenn eine Ermahnung oder eine Weisung aus anderen Gründen geboten ist, kann die Kindesschutzbehörde oder – wie vorliegend – das Gericht (vgl. Art. 315a Abs. 1 ZGB) Eltern, Pflegeeltern oder das Kind ermahnen und ihnen Weisungen erteilen (Art. 273 Abs. 2 ZGB). Weisungen gemäss Art. 273 Abs. 2 ZGB stellen Kindesschutzmassnahmen dar (vgl. Art. 307 Abs. 3 ZGB) und dienen der Durchsetzung des Besuchs- bzw. Umgangsrechts (vgl. KUKO ZGB-MICHEL/SCHLATTER, 2. Aufl. 2018, Art. 275 N 8; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 6. Aufl. 2018, Art. 275 N 13). Massnahmen des Kindesschutzes können – wie hier – für die Dauer des Verfahrens vorsorglich angeordnet werden (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 445 Abs. 1 ZGB; zur sinngemässen Anwendbarkeit von Art. 445 im Kindesschutzverfahren vgl. BGE 140 III 529 ff., E. 2.2.1). Die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme setzt allerdings – im Kindesschutzverfahren wie auch sonst – Dringlichkeit voraus. Es muss sich daher als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Beim Entscheid, ob eine vorsorgliche Massnahme anzuordnen ist, kommt der Behörde ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. BGer 5A_339/2017 vom

E. 3.2

Gegenstand des Berufungsverfahrens sind die von der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid als vorsorgliche Massnahmen zur Durchsetzung des begleiteten Besuchsrechts des Berufungsbeklagten angeordneten Kindesschutzmassnahmen. Die Vorinstanz hat damit somit weder über die von der Berufungsklägerin als vorsorgliche Massnahme beantragte Aufhebung des im erwähnten Eheschutzurteil geregelten Besuchsrechts des Berufungsbeklagten entschieden (vgl. oben E. 1.4) noch das Eheschutzurteil hinsichtlich des Besuchsrechts – sofern die Berufungsklägerin dies geltend machen wollte (vgl. act. 2 Rz. 18) – abgeändert (vgl. act. 5 E. 4.1).

E. 3.3

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, zurzeit stelle die Ausübung des Besuchsrechts für C._____ eine gewisse Belastung dar (act. 5 E. 4.2). Die Gründe hierfür erblickte die Vorinstanz zum einen im Umgang der Berufungsklägerin mit dem Besuchsrecht und in ihrer Einstellung zum Umgang von C._____ mit dem Berufungsbeklagten. Und zum anderen darin, dass sich die Ängste und Befürchtungen der Berufungsklägerin auf C._____ übertragen und die Umsetzung der Besuche nicht konsequent funktionieren würden (vgl. a.a.O., E. 4.2 f.). Es falle auf, dass die Besuchskontakte, welche zunächst – trotz langem Kontaktabbruch von vier Jahren – erfolgreich, für C._____ emotional erfüllend sowie konfliktfrei verlaufen seien und regelmässig stattgefunden hätten, plötzlich konfliktbehaftet gewesen und/oder ausgefallen seien. Die Berufungsklägerin habe offenbar diverse Besuche ohne Grund oder zumindest aus nicht zwingenden Gründen ausfallen lassen (a.a.O., E. 4.2 mit Verweis auf act. 6/70/2, insb. D._____ Tagesprotokolle vom 19. September 2021, 3. Oktober 2021, 7. November 2021). Weiter hielt die Vorinstanz fest, diese Art von Konfliktsituation könne eine Kindeswohlgefährdung darstellen. Das Kind werde in einen Loyalitätskonflikt gedrängt. Es geniesse offenkundig den Umgang mit dem Berufungsbeklagten, verletze, verärgere oder verstimme damit aber die Berufungsklägerin als ihre Hauptumgangsperson. Jeder ausgefallene Besuchstag berge das Risiko einer gewissen Entfremdung und Verlust der Vertrautheit, welche bei zukünftigen Besuchen wieder aufzubauen sei (a.a.O., E. 4.4 mit Verweis auf D._____ Tagesprotokoll vom 9. Januar

2022).

- 15 - Die dargelegte Kindeswohlgefährdung lasse sich grundsätzlich nur auf zwei Arten lösen: Entweder werde das Besuchsrecht aufgehoben oder werde konsequent, regelmässig und mit voller Unterstützung durch beide Parteien umgesetzt. Im ersten Fall gehe C. _____ definitiv der bisherigen Vaterfigur in der Person des Berufungsbeklagten als (zumindest) sozialem Vater verlustig und ob eine andere Person, etwa der mutmassliche biologische Vater die Vaterrolle künftig einnehmen könne, sei heute nicht voraussehbar; immerhin habe sich die Berufungsklägerin für den Berufungsbeklagten als Ehemann – eigenen Aussagen zufolge – im Wissen darum entschieden, dass sie von einem anderen Mann mit C. _____ schwanger sei. Weil im vorliegenden Entscheid nicht über den zukünftigen Fortbestand des Besuchsrechts zu befinden sei, sei die Kindeswohlgefährdung so zu beseitigen, dass die Probleme bei der Umsetzung des Besuchsrechts durch Anordnung von Kindeschutzmassnahmen angegangen würden. Dies gelte umso mehr, als ein weiterer und länger andauernder Kontaktabbruch prima vista zum definitiven Untergang der wieder erfolgreich aufgebauten Beziehung zwischen C. _____ und dem Berufungsbeklagten führen könne. Eine einstweilige Fortführung der Besuche mit konsequenter Umsetzung eröffne C. _____ die Möglichkeit der späteren Kontaktpflege zum Berufungsbeklagten. Der Kontakt zum Berufungsbeklagten könne für C. _____ gegebenenfalls durchaus eine Ressource darstellen, die es einstweilen im Kindeswohl zu schützen gelte, selbst wenn ein Kindesverhältnis zum biologischen Vater begründet werden würde (a.a.O., E. 4.5). Daher erteilte die Vorinstanz der Berufungsklägerin und den Parteien die eingangs wiedergegebenen Weisungen (act. 5 Dispositiv-Ziffern 1-3) und erweiterte die Aufgaben der Beiständin (act. 5 Dispositiv-Ziffer 4) (a.a.O., E. 5.1 ff.); dies grösstenteils von Amtes wegen (vgl. oben E. 1.5). Die Bestrafung wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen im Sinne von Art. 292 StGB drohte die Vorinstanz der Berufungsklägerin von Amtes wegen für den Widerhandlungsfall an, weil sie diverse Besuche grundlos oder aus nichtigem Grund habe ausfallen lassen, weshalb von einer gewissen Renitenz auszugehen sei (a.a.O., E. 5.3).

E. 3.4

Die Berufungsklägerin ist demgegenüber im Wesentlichen der Ansicht, es liege keine Kindeswohlgefährdung vor. Sie bestreitet, dass sie falsche ärztliche Zeugnisse erwirkt habe und C. _____ gar nicht krank gewesen sei (vgl. act. 2 Rz.

- 16 - 11). Ausserdem verdrehe die Vorinstanz die D. _____ Tagesprotokolle. So sei am

E. 3.5

Der Berufungsbeklagte hält dem im Wesentlichen entgegen, es liege aufgrund eines wachsenden Loyalitätskonfliktes bei C. _____ eine Kindeswohlgefährdung vor (vgl. act. 12 Rz. 5-25). Aus den Akten gehe hervor, dass die Berufungsklägerin ihn aus dem Leben von C. _____ streichen wolle (a.a.O., Rz. 8). Die Berufungsklägerin versuche, ihm die Schuld zu geben dafür, dass die Besuche über Jahre hinweg nicht hätten stattfinden können. Bei den meisten der angegebenen Gründe handle es sich aber um wahrheitswidrige Anschuldigungen. Insbesondere sei das Verfahren betreffend sexuelle Handlungen mit Kindern eingestellt worden (a.a.O., Rz. 12). Auch bestreite er, kein Interesse am Kontakt zu seiner Tochter gehabt zu haben. Vielmehr sei es ihm eine Zeit lang nicht erlaubt gewe-

- 17 - sen, seine Tochter zu sehen. Weiter sei die Berufungsklägerin monatelang mit C. _____ untergetaucht, weshalb es ihm unmöglich gewesen sei, den Kontakt zu seiner

Tochter aufrechtzuerhalten (a.a.O., Rz. 12 und 26). Dass die Besuchskontakte zwischen November 2021 und Juni 2022 so oft ausgefallen seien, sei die Schuld der Berufungsklägerin (a.a.O., Rz. 13). Die Berufungsklägerin beeinflusse C.____; diese habe, "gecoacht" durch die Berufungsklägerin, an der Kinderanhörung (vom 8. Juli 2022, vgl. act. 6/81, 6/87) erklärt, ihre Mutter möge den Berufungsbeklagten nicht und – quasi als logische Schlussfolgerung – sie möge ihn auch nicht (a.a.O., Rz. 8 und 28). Auch treffe nicht zu, dass er C.____ grob am Arm gepackt habe (a.a.O., Rz. 17). Die ehrlichste und realistischste Einschätzung über das Empfinden von C.____ ihm (dem Berufungsbeklagten) gegenüber könne der D.____ machen. Es sei bezeichnend, dass genau da, wo es am schwierigsten sei, ein Kind zu beeinflussen (nämlich im D.____), die Rückmeldungen positiv seien (a.a.O., Rz. 28). Dass die Berufungsklägerin derart abgeneigt sei, im Verhinderungsfalle eine Drittperson mit der Übergabe zu beauftragen, bestätige, wie wenig sie eine Beziehung zwischen C.____ und ihm zuzulassen bereit sei. Auch wisse sie, dass die Zeit für sie arbeite, da sie anwaltlich vertreten sei (a.a.O., Rz. 31).

3.6.1 Der Berufungsbeklagte hat C.____ als seine Tochter anerkannt und ist ihr rechtlicher Vater (vgl. act. 3; Prot. Vi. S. 9). Aufgrund dieses Kindesverhältnisses haben der Berufungsbeklagte und C.____ – und unabhängig von der Frage, ob er ihr genetischer Vater ist – ein gegenseitiges Umgangsrecht (Art. 273 ZGB). Im Eheschutzurteil vom 20. Juni 2017 wurde der Berufungsklägerin die Obhut über C.____ zugeteilt und dem Berufungsbeklagten ein begleitetes Besuchsrecht eingeräumt (vgl. act. 6/8/54). Diese (eheschutzrechtliche) Besuchsrechtsregelung gilt bis zu deren Abänderung – etwa durch eine Abänderung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens, wie es die Berufungsklägerin beantragte (vgl. oben E. 1.7), oder durch eine neue Regelung im Scheidungsurteil. Darauf, dass diese Regelung nach wie vor gilt, hat bereits die Vorinstanz an der Einigungsverhandlung vom 1. Juni 2022 hingewiesen (vgl. Prot. Vi. S. 43).

- 18 - 3.6.2 Aus den Akten ist ersichtlich, dass sich C.____ aufgrund des Konfliktes ihrer Eltern in einem Loyalitätskonflikt befindet, der eine Gefährdung ihres Wohls begründet. Erkennbar wird dies etwa am Verhalten von C.____, das die Prozessbeiständin Rechtsanwältin Z.____ in der Vaterschaftsanfechtungsklageschrift vom 15. Juni 2022 (act. 6/75/2) beschreibt, aus welcher die Berufungsklägerin zitiert (vgl. act. 2 Rz. 8): Im Rahmen der Anhörung durch die Prozessbeiständin am 8. Juni 2022 traute sich C.____ offenbar nur vage zu äussern, schien über den Berufungsbeklagten nicht reden zu wollen und zeigte sich recht verschlossen; auch die Berufungsklägerin bestätigte gegenüber der Prozessbeiständin, dass C.____ (auch) mit ihr nicht über die begleiteten Besuche sprechen wolle (vgl. act. 6/75/2 Rz. 7). Angesichts des Umstandes, dass den Tagesprotokollen des Begleiteten Besuchstreffs – wie bereits die Vorinstanz feststellte – zu entnehmen ist, dass C.____ den Kontakt zum Berufungsbeklagten schätzt und die Besuchskontakte (vom 9. September 2021 bis 21. November 2021, bevor die Besuche immer häufiger ausfielen, aber auch wieder ab dem Frühling 2022) trotz des langjährigen Kontaktabbruchs von vier Jahren erfolgreich, für C.____ emotional erfüllend sowie konfliktfrei verliefen und regelmässig stattfanden (vgl. insb. act. 5 E. 4.2 f.), ist diese Zurückhaltung von C.____ Ausdruck dieses Loyalitätskonfliktes. Die Berufungsklägerin geht über diesen Loyalitätskonflikt ihrer Tochter hinweg, indem sie nicht auf den in den D.____ Protokollen als herzlich beschriebenen Umgang des Berufungsbeklagten mit C.____ sowie den grundsätzlich positiven Verlauf der Besuche – welcher auch bei den jüngsten Besuchen, die stattgefunden haben, zu verzeichnen war (vgl. act. 6/70/2) – eingeht, sondern einzig darauf verweist, dass

C._____ gegenüber der Prozessbeiständin gesagt habe, dass sie sich jeweils nicht darauf freue, den Berufungsbeklagten zu sehen (vgl. act. 2 Rz. 8). Entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin (a.a.O., Rz. 9) erscheint vor diesem Hintergrund nachvollziehbar, dass die Vorinstanz – auch ohne persönliche Anhörung von C._____ – zu einer diametral anderen Bewertung des Kindesinteresses gelangt, als die Prozessbeiständin, die mit der Anhörung von C._____ am 8. Juni 2022 (im Hinblick auf das Vaterschaftsanfechtungsverfahren) der Vorinstanz (welche die Anhörung zu koordinieren beabsichtigte, vgl. Prot. Vi. S. 44) zuvorge-

- 19 - kommen ist. Wenn sich C._____ ambivalent oder scheinbar widersprüchlich verhält, sollte dies den Parteien vor allem eines aufzeigen: dass sich ihre Tochter in einem Loyalitätskonflikt befindet; ihr ist offensichtlich nicht entgangen, dass ihre Eltern in Bezug auf den Kontakt von ihr zum Berufungsbeklagten (auch den künftigen) miteinander in Konflikt stehen. Dies zeigt sich insbesondere auch darin, dass die Berufungsklägerin C._____ mit ihrem zweiten Vornamen "C'."_____ anspricht, während der Berufungsbeklagte sie bei ihrem ersten Vornamen "C"_____ nennt (vgl. insb. Prot. Vi. S. 11; act. 6/61/27 S. 2; act. 5 E. 4.2). Die Berufungsklägerin stellt in ihrer Berufungsschrift in Abrede, dass C._____ gegenüber Mitarbeitern des Begleiteten Besuchstreffs angegeben habe, sie wünsche sich, im Begleiteten Besuchstreff und mit dem Berufungsbeklagten als C"_____ angesprochen zu werden – so wie dies im D._____ Tagesprotokoll vom 22. Mai 2022 vermerkt ist (act. 6/70/2 S. 15) –, und verweist darauf, dass sich C._____ laut Protokoll vom 15. Mai 2022 (vgl. act. 6/61/27) – als C'."_____ vorgestellt habe (vgl. act. 2 Rz. 13). Sie scheint Wert darauf zu legen, dass C._____ sich mit dem von ihr (der Berufungsklägerin) gewählten Namen identifiziert und diesen verwendet. Dasselbe scheint auch für den Berufungsbeklagten zu gelten, da er seinerseits darauf besteht, dass C._____ C"_____ und nicht C'."_____ sei (vgl. act. 6/61/27 S. 2). Haltungen wie diese bringen C._____ in einen Loyalitätskonflikt und/oder befeuern diesen. Denn Kinder registrieren auf der emotionalen Ebene, was Elternteile von ihnen erwarten und geraten insbesondere dann in einen Loyalitätskonflikt, wenn diese Erwartungen sich nicht miteinander in Einklang bringen lassen (wie hier in Bezug auf den Vornamen). Es ist gerichtsnotorisch, dass Kinder, die sich in einem Loyalitätskonflikt befinden, dazu neigen, demjenigen Elternteil, bei dem sie sich gerade aufhalten, diejenigen Dinge zu sagen, von denen sie wissen oder spüren, dass sie diesem Elternteil wichtig sind (vgl. dazu auch FamKomm SCHEIDUNG/SCHREINER, 3. Aufl. 2017, Anh. Psych N 54 m.w.H.). Es ist daher naheliegend, dass C._____ im Umgang mit der Berufungsklägerin mit C'."_____ und während den begleiteten Besuchen mit dem Berufungsbeklagten mit C"_____ genannt werden will, zumal ihre Elternteile sie ja auch so nennen. Mit dieser Anpassungsleistung versucht

- 20 - C._____, potentielle Konflikte zwischen den Parteien zu vermeiden, um nicht ins Konfliktfeld zu geraten. Die Berufungsklägerin stellt denn auch nicht in Abrede, dass die Ausübung des Besuchsrechts für C._____ zurzeit eine gewisse Belastung darstellt (vgl. act. 5 E. 4.2 und 4.3 mit act. 2 Rz. 14) und sich das Mädchen in einem Loyalitätskonflikt befindet (vgl. act. 5 E. 4.4 mit act. 2 Rz. 15). Sie weist vielmehr – so auch der Berufungsbeklagte (vgl. insb. act. 12 Rz. 24) – die Verantwortung und die Schuld für diesen Loyalitätskonflikt ihrer Tochter von sich (vgl. insb. act. 2 Rz. 10, 12, 15 f., 18, 27). Da die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen kein Verschulden voraussetzt und auch nicht Sanktion ist, ist es für die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen nicht entscheidend,

welcher Elternteil oder welche sonstigen Umstände zum Loyalitätskonflikt von C. _____ wie beigetragen hat oder haben. Entscheidend ist vielmehr, dass dieser Konflikt eine Gefährdung des Wohls von C. _____ darstellt. 3.6.3 Eine Anordnung der angefochtenen Weisungen im Rahmen von Kindes- schutzmassnahmen, wie sie die Vorinstanz von Amtes wegen über die Parteian- träge hinaus vorgenommen hat, scheint – mit Ausnahme der Weisung gemäss Dispositivziffer 1 Spiegelstrich 1 – ohne vorgenommene Aktualisierung der Ver- hältnisse indes nicht sachgerecht und zu aktivistisch. Insbesondere ist es den El- tern zu überantworten, ob und wie sie ihr sechsjähriges Kind über seine Abstam- ungsverhältnisse orientieren wollen. Dies ist eine persönliche Angelegenheit der Eltern, die keiner Weisung eines Gerichts bedarf. Hinzu kommt, dass es mit Blick auf das hängige Verfahren betreffend vorsorgliche Aufhebung des vor über fünf Jahren eheschutzgerichtlich geregelten Besuchsrechts des Berufungsbeklagten (vgl. oben E. 1.7) und die Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen vom 22. August 2022 nicht notwendig erscheint, umgehend Kindesschutzmassnahmen anzuordnen. Hingegen erscheint es sachgerecht, der Berufungsklägerin die Wei- sung zu erteilen, das (nach wie vor geltende) Besuchsrecht konsequent umzuset- zen und C. _____ jeweils rechtzeitig zu den angeordneten bzw. geregelten Besu- chen (zurzeit zu den begleiteten Besuchen im D. _____) zu bringen. Die Besuche sollen der Tochter die Gelegenheit bieten, ein möglichst unbefangenes und eige- - 21 - nes Bild ihrer Eltern zu erhalten. Ob das Besuchsrecht des Berufungsbeklagten auch zukünftig – insbesondere nach Abschluss des laufenden Vaterschafts- anfechtungsverfahrens – fortbestehen und ob der mutmassliche genetische Vater von C. _____ eine Vaterrolle einnehmen können wird, ist nicht vorwegzunehmen und kann aber auch offen bleiben; darüber ist im vorliegenden vorsorglichen Mas- snahmeverfahren nicht zu befinden.

E. 3.7

Nach dem Gesagten ist die Berufung in Bezug auf die angefochtene Wei- sung gemäss Dispositivziffer 1 Spiegelstrich 1 (Konsequente Umsetzung des Be- suchsrechts/rechtzeitiges Bringen von C. _____) abzuweisen und im Übrigen gut- zuheissen. Demnach sind die von der Vorinstanz angeordneten Kindesschutz- massnahmen zur Durchsetzung des Besuchsrechts des Berufungsbeklagten mit Ausnahme von Dispositivziffer 1 Spiegelstrich 1 aufzuheben. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen 4.1.1 Die Vorinstanz behielt sich vor, über die Kosten- und Entschädigungsfol- gen im Endentscheid zu befinden (vgl. act. 5 Dispositiv-Ziffer 5). Mangels Anfech- tung bleibt es bei dieser Anordnung. 4.1.2 Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden. Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Grundlage der Gebührenfestsetzung im vorliegenden Zivilprozess bilden das tat- sächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls, wobei die Gebühr bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten – wie der vorliegenden (vgl. oben E. 2.1) – in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– beträgt (§ 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG). Unter Berücksichtigung der Reduktion auf- grund des summarischen Verfahrens (vgl. § 8 Abs. 1 GebV OG) ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.– festzusetzen. 4.2.1 Die Kosten werden in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (vgl. Art. 106 ZPO). Davon kann in familienrechtlichen Verfahren abgewichen

- 22 - werden (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Ausgangsgemäss und nachdem beide Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten bzw. sie sich den Anträgen mit guten Gründen widersetzen, sind die Kosten des Verfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (vgl. zum Ganzen BGE 145 III 153 ff. E. 3.2.1 und 3.3.2.; zuletzt OGer ZH PQ220048 vom 27. Juli 2022). 4.2.2 Die Berufungsklägerin beantragt, der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, ihr für das Berufungsverfahren einen (Prozess-)Kostenvorschuss von einsteilen Fr. 2'500.– zu bezahlen, eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (vgl. act. 2 S. 2). Der Berufungsbeklagte beantragt, die Berufungsklägerin sei zu verpflichten, ihm für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von einsteilen Fr. 3'000.– zu bezahlen, eventualiter sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (vgl. act. 12 S. 2). Die Berufungsklägerin (act. 2 Rz. 25 i.V.m. act. 6/36/8-9) und der Berufungsbeklagte beziehen beide Sozialhilfe (vgl. act. 12 Rz. 47 i.V.m. act. 14/1-2). Ihre Mittellosigkeit ist demnach glaubhaft. Da die Anträge der Parteien im Berufungsverfahren nicht aussichtslos erscheinen, sind ihre beiden Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihre Anträge jeweils die Prozessgegenseite zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, abzuweisen. Die beiden unentgeltlichen Rechtsbeiständigen sind – nach Einreichung entsprechender Honorarnoten – mit separaten Beschlüssen aus der Gerichtskasse zu entschädigen (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO). Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. Es wird beschlossen:

E. 8

August 2017, E. 4.4.1 m.w.H.).

- 14 -

E. 9

Januar 2022 bloss die Behauptung des Berufungsbeklagten wiedergegeben worden und es sei auch nicht alles protokolliert worden. Gemäss der Beistandin habe es z.B. einen Vorfall gegeben, wo der Berufungsbeklagte C._____ stark am Arm gepackt habe und sie seither nicht mehr habe gehen wollen (a.a.O., Rz. 12 i.V.m. act. 6/41a). Weiter verkenne die Vorinstanz, dass C._____ den Berufungsbeklagten beinahe vier Jahre (anfangs 2017 bis Herbst 2021) nicht gesehen habe. Er habe zu C._____ grundsätzlich nur in den ersten Monaten nach der Geburt effektiv Kontakt gehabt. Es habe am Interesse des Berufungsbeklagten gefehlt bzw. er habe sie freiwillig nicht gesehen (vgl. act. 2 insb. Rz. 15 f., 22). Es habe zahlreiche Gründe gegeben, weshalb die Besuche über Jahre hinweg nicht stattgefunden hätten. Insbesondere wegen Verfahren wegen häuslicher Gewalt, weil der Berufungsbeklagte teilweise völlig betrunken die KESB angerufen habe, weil er C._____ stark am Arm gepackt habe, weil er gemäss H._____, ihrer älteren Tochter, Heroinkonsumiere und sie und ihre Halbschwester schlecht behandle. Es sei völlig aus der Luft gegriffen, dass sie schuld daran sei, dass die Besuche nicht konsequent funktionieren würden (a.a.O., Rz. 10 i.V.m. act. 4/1). Von einer wiederaufgebauten Beziehung könne nicht ausgegangen werden, da es bloss zu wenigen Kontakten seit Herbst 2021 gekommen sei (a.a.O., Rz. 15 und 17). Ein "paar ausgefallene Besuche" – für welche sie nicht verantwortlich sei – hätten daher keinerlei Auswirkungen auf die Beziehung und würden kein Risiko einer Entfremdung bergen (vgl. act. 2 insb. Rz. 15 f., 22).

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