

ZH_OBERGERICHT LY240012 vom 25. März 2024

ZH Obergericht, 2024-03-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY240012

FR: ZH_OBERGERICHT LY240012 du 25 mars 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LY240012 del 25 marzo 2024

Erwägungen

E. 6

März 2020 sprach das Bezirksgericht Baden den Beklagten von den Vorwürfen mehrheitlich (insbesondere in Bezug auf sexuelle Handlungen mit Kindern, mehrfache Freiheitsberaubung, mehrfache einfache Körperverletzung) frei. Verurteilt wurde der Beklagte einzig der Sachentziehung (Handy der Klägerin) und eines Sachverhalts der Tätlichkeit (Einklemmen des Fusses der Klägerin zwischen Türe und Türzarge; act. 6/27 = act. 6/13/4). Mit Eingabe vom 20. Mai 2021 stellte der Beklagte beim Bezirksgericht Baden ein Gesuch um Abänderung des Eheschutzurteils vom 6. Juni 2018. Mit Abänderungsentscheid vom 28. April 2022 hielt das Bezirksgericht Baden fest, dass der Beklagte berechtigt sei, die Kinder D._____ und C._____ wie folgt zu besuchen: Bis 31. Mai 2022 (wie bisher) begleitet beim Verein E._____. Vom 1. Juni 2022 bis 31. August 2022 sei der Beklagte berechtigt, die Kinder jeden zweiten Samstag, jeweils von 9.00 Uhr bis 20.00 Uhr, zu oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Vom 1. September bis 30. November 2022 sei er berechtigt, die Kinder jedes zweite Wochenende von Samstagmorgen 10.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr zu oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ab 1. Dezember 2022 wurde dem Beklagten letztgenanntes Kontaktrecht bereits ab Freitagabend 18.00 Uhr gewährt und ihm ein Ferien-Kontaktrecht während drei Wochen im Jahr eingeräumt (act. 6/8/1 S. 9). Gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Baden reichte die Klägerin eine Berufung beim Obergericht des Kantons Aargau ein. Die Klägerin zog im Verlauf des obergerichtlichen Verfahrens ihre Berufung in Bezug auf das Kontaktrecht zurück, entsprechend betraf der obergerichtliche Entscheid vom 23. Januar 2023 (nur noch) die Abänderung der Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge (act. 6/127/2 S. 11 und 33). 1.2. Seit dem 31. März 2022 stehen sich die Parteien in einem Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB vor dem Bezirksgericht Dielsdorf (fortan Vorinstanz) ge-

- 7 - gegenüber (act. 6/1). Mit Verfügung vom 31. August 2022 wurde den Kindern in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ eine Kindsvertreterin bestellt. Mit Verfügung vom 6. September 2022 entschied die Vorinstanz über diverse von der Klägerin gestellte Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen; die Vorinstanz erteilte den Parteien u.a. die Weisung, die Beratung KET (Kinder und Eltern in Trennung) beim K._____ Institut wahrzunehmen (act. 6/6 und act. 6/25 S. 10). Am 27. Oktober 2022 fand eine Einigungsverhandlung statt (act. 6/15 und Prot. Vi S. 19 ff.). Anlässlich dieser vereinbarten die Parteien im Sinne vorsorglicher Massnahmen, dass für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens das aktuell gelebte Kontaktrecht des Beklagten zu den Kindern von dreimal sechs Stunden pro Monat im E._____ (E._____) durch eine mobile Besuchsbegleitung ersetzt oder ergänzt werde (Prot. Vi S. 27, act. 6/42A). Mit Verfügung vom 30. November 2022 entschied die Vorinstanz über vom Beklagten beantragte vorsorgliche Massnahmen in Bezug auf seine Berechtigung einer Aufführung der Kinder am 4.

Dezember 2022 resp. künftigen schulischen und ausserschulischen Anlässen der Kinder beizuwohnen (act. 6/54). Es folgten Weiterungen betreffend die Umsetzung der zwischen den Parteien vereinbarten mobilen Besuchsbegleitung; die Vorinstanz passte dafür die Aufgaben der Beistandsperson an und merkte vor, dass ab dem 15. Januar 2023 F. _____ von der G. _____ GmbH die mobile Besuchsbegleitung mindestens zweimal monatlich für die Besuchszeit von sechs Stunden übernehme (act. 6/56-59). Am 18. April 2023 fand vor Vorinstanz eine weitere Einigungsverhandlung statt. An dieser schlossen die Parteien eine Vereinbarung über die Ausweitung der Aufgaben der Beiständin (Ausdehnung mobile Besuchsbegleitung um zwei Stunden, Überwachung und Unterstützung der Eltern bei der Umsetzung der gerichtlichen Regelung betreffend schulische und ausserschulische Anlässe der Kinder, Installierung einer geeigneten Therapie für die Kinder). Zudem vereinbarten die Parteien, dass der Beklagte berechtigt sei, an denjenigen Wochenenden, an denen keine Besuche stattfinden, mit den Kindern während einer Stunde telefonieren zu können (Prot. Vi S. 54 ff., S. 58; act. 6/69). Am 1. resp. 2. Juni 2023 beantragten die Kindsvertreterin als auch die Beiständin die Anordnung einer Sozialpädagogischen Familienbegleitung bei der Klägerin (act. 6/77; act. 6/79). Der Beklagte beantragte daraufhin vorsorgliche

- 8 - Massnahmen im Sinne der sofortigen Gewährung unbegleiteter und schrittweise zu erweiternder Besuchskontakte zu seinen Kindern. Er verlangte überdies, es sei über die Klägerin ein Erziehungsfähigkeitsgutachten einzuholen (act. 6/82). Am 2. Juli 2023 erstattete die G. _____ GmbH – zufolge des bevorstehenden Sabbaticals der Besuchsbegleiterin F. _____ – einen Schlussbericht über die (bisherige) mobile Besuchsbegleitung (act. 6/99). In der Folge übernahm H. _____ die mobile Besuchsbegleitung (act. 6/130 S. 1). Mit Verfügung vom 4. September 2023 befand die Vorinstanz über die Änderung und Ergänzung vorsorglicher Massnahmen (act. 6/102); sie berechnete und verpflichtete den Beklagten die Kinder wie folgt zu oder mit sich auf Besuch zu nehmen: – Ab dem 1. Dezember 2023 bis 31. März 2024 jeden zweiten Samstag von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr (Abholung und Zurückbringen bei der Klägerin durch die mobile Besuchsbegleitung und/oder Familienbegleiterin), – ab dem 1. April 2024 bis und mit 30. August 2024 jeden zweiten Samstag von 11.00 Uhr bis 19.00 Uhr (Abholung und Zurückbringen bei der Klägerin durch die mobile Besuchsbegleitung und/oder Familienbegleiterin), – ab dem 1. September 2024 bis und mit 31. Dezember 2024 jedes zweite Wochenende von Samstagmorgen 10.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr, – ab dem 1. Januar 2025 jedes zweite Wochenende von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr. Die Vorinstanz setzte der Klägerin mangels Einigung im Scheidungsverfahren in der Folge Frist zur schriftlichen Klagebegründung an (act. 6/104). Mit Eingabe vom 16. November 2023 und Ergänzung vom 27. November 2023 stellte der Beklagte ein Gesuch betreffend Kindesschutzmassnahmen mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 6/112 und act. 6/118). Am 27. November 2023 reichte die Klägerin die schriftliche Begründung ihrer Scheidungsklage ein (act. 6/125). Innert erstreckter Frist nahmen die Klägerin mit Eingabe vom 7. Dezember 2023 und die Kindsvertreterin mit Eingabe vom 9. Dezember 2023 zum Gesuch betreffend Kindesschutzmassnahmen Stellung. Sie stellten die eingangs aufgeführten Anträge (act. 6/123-124, act. 6/128, act. 6/131). Mit Verfügung vom

E. 8

Januar 2024 ordnete die Vorinstanz eine Intensivabklärung zu den Themen

- 9 - Gefährdung des Kindeswohls, Kontaktrecht sowie Obhut an, unter Beauftragung und Erteilung von Anweisungen an das KJZ I. _____ (act. 6/136). Am 16. Januar 2024 äusserte sich der Beklagte u.a. zur Stellungnahme der Klägerin vom 7. Dezember 2023 (act. 6/139). Die Klägerin äusserte sich nochmals mit Eingabe vom 22. Januar 2024 (act. 6/140). Mit Verfügung vom 31. Januar 2024 entschied die Vorinstanz über die beantragten Kinderschutzmassnahmen resp. Vollstreckungsanordnungen; das Dispositiv des Entscheides ist diesen Erwägungen vorangestellt (act. 6/144). 2.1. Gegen die Verfügung vom 31. Januar 2024 erhob die Klägerin mit Eingabe vom 29. Februar 2024 (Abgabedatum IncaMail) fristgerecht Berufung (act. 6/144). Sie stellte die vorstehend aufgeführten Anträge (act. 2 S. 2). 2.2. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-159). Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich, begründet und mit Anträgen versehen einzureichen. Diesen Anforderungen genügt die Berufungsschrift. Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt (vgl. BK ZPO-Sterchi, Bd. II, Bern 2012, Art. 310 N 3; Blickenstorfer, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10). In Abweichung zu Art. 317 Abs. 1 ZPO können in Kinderbelangen neue Tatsachen und Beweismittel auch noch im Berufungsverfahren vorgebracht werden (BGE 144 III 349 E. 4.2.1.; vgl. auch Urteil 5A_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 4.2). 2.3. Da sich die Berufung, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Dem Beklagten und der Kindesvertreterin ist lediglich mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsschrift der Klägerin zuzustellen. Die Behandlung des prozessualen Antrages der Klägerin auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid obsolet, er ist abzuschreiben.

- 10 - II. A. Erwägungen Vorinstanz Die Vorinstanz führte zunächst die Vorbringen der Parteien und der Kindesvertreterin auf (act. 5 S. 3-6). Darauf folgend erwog sie, die Schranken des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind, welche eine vorübergehende Verweigerung der Vollstreckung rechtfertigen würden, fänden sich in Art. 274 Abs. 2 ZGB. Danach könne den Eltern das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden, wenn das Kindeswohl durch den persönlichen Verkehr gefährdet werde, die Eltern ihn pflichtwidrig ausüben, sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert haben oder andere wichtige Gründe vorliegen. Zu letzteren gehöre u.a. der entgegenstehende Kindeswille. Die Beziehung zwischen den Parteien sei konfliktbeladen, von Misstrauen und Vorwürfen seitens der Klägerin geprägt. Die Vorinstanz befand, Konflikte zwischen den Eltern seien allerdings kein Grund für eine Beschränkung des Besuchsrechts gegenüber den Kindern. Eine Beschränkung rechtfertige sich einzig, wenn aufgrund der tatsächlichen Umstände davon auszugehen wäre, dass die Gewährung des üblichen Besuchsrechts das Kindeswohl gefährden würde (act. 5 S. 6). Die Vorinstanz erwog weiter, dass die Verfügung vom 4. September 2023, mit welcher ein sich schrittweise aufbauendes Besuchsrecht für die Dauer des Scheidungsverfahrens geregelt worden sei, unangefochten in Rechtskraft erwachsen sei. Die Klägerin bestreite nicht, dass sie dem Beklagten die Kinder seither nicht mehr herausgegeben und sie für abgesagte Termine diverse Gründe angegeben habe. Diese Gründe (Baustelle, Ferien, Krankheit etc.) rechtfertigten jedoch in keiner Weise, dass der Beklagte die Kinder seit dem 9. September 2023 nicht mehr besuchen können. Der Beklagte habe das Recht und die Pflicht, die

Kinder zu betreuen bzw. zu sehen. Die Klägerin könne sich nicht eigenmächtig über die rechtskräftig angeordneten Besuchsrechte des Beklagten hinwegsetzen. Auch die Kindsvertreterin schätze den von der Klägerin erzwungenen Kontaktabbruch zwischen den Kindern und dem Beklagten als gravierend nachteilig für die Kinder ein. Die Vorinstanz folgerte, vor diesem Hintergrund sei der Klägerin die Weisung zu erteilen, die Kinder zu den mit Verfügung vom 4. September 2023 angeordne-

- 11 - ten Besuchen zu schicken und diese Besuche zu unterstützen, unter Androhung von Strafe gemäss Art. 292 StGB. Weitere Vollstreckungsmassnahmen seien ins Auge zu fassen, wenn das Besuchsrecht von der Klägerin wiederum vereitelt werden sollte oder sich diese aus anderen Gründen aufdrängen sollten. Schliesslich erwog die Vorinstanz, zur weiteren Förderung sowie zum Aufbau des Kontakts des Beklagten und der Kinder erscheine es angezeigt und sinnvoll, die Klägerin zu verpflichten, den Beklagten an den Sonntagen – an denen er die Kinder nicht bei sich habe – von 10.00 Uhr bis 11.00 Uhr mit den Kindern telefonieren zu lassen (act. 5 S. 7 f.). B. Argumente der Berufung 1. Die Klägerin bringt (in formeller Hinsicht) vor, die Vorinstanz habe ohne Weiseres übernommen, dass es sich bei den Anträgen des Beklagten gemäss seiner Eingabe vom 16. November 2023 um Kindesschutzmassnahmen handeln solle. Dabei habe es sich bei den Anträgen Ziffer 1 und 2 des Beklagten in besagter Eingabe nicht um solche gehandelt. Vielmehr habe der Beklagte mit diesen eine Abänderung der geltenden Besuchsrechtsregelung in Form einer Ergänzung der mit Verfügung vom 4. September 2023 festgehaltenen Regelung angestrebt: Eine Verpflichtung der Klägerin zur Herausgabe der Kinder sowie Telefonate zwischen den Kindern und dem Beklagten seien nämlich in der vorinstanzlichen Verfügung nicht vorgesehen gewesen. Die Klägerin folgert, der Beklagte hätte darlegen müssen, inwiefern die Voraussetzungen für eine Abänderung der geltenden Besuchsrechtsregelung erfüllt seien. Auch die Vorinstanz habe nicht dargelegt, weshalb die Voraussetzungen erfüllt sein sollten. Folglich bleibe es ihr (der Klägerin) auch verwehrt, sich mit diesen auseinanderzusetzen. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe Ziffer 1 der Anträge des Beklagten kurzerhand in eine Kindesschutzmassnahme "umgewandelt", indem sie eine Weisung erlassen habe (act. 2 S. 5 ff. Rz. 12-15). Hinzu komme nach der Klägerin, dass der Beklagte seine Anträge Ziffern 1 und 2 in der Eingabe vom 16. November 2023 (entsprechend dem Wortlaut sowie der Begründung) nicht im Sinne von vorsorglichen Massnahmen gestellt habe. Auch die Vorinstanz habe keine expliziten Ausführungen dazu gemacht, ob ihr Entscheid vorsorgliche Massnahmen beinhalte oder nicht. Allerdings habe sie

- 12 - die Anträge des Beklagten offenbar im summarischen Verfahren behandelt. Sie habe einerseits in Anwendung von Art. 253 ZPO 10-tägige Fristen zur Stellungnahme angesetzt und eine 10-tägige Berufungsfrist belehrt. Andererseits habe die Vorinstanz gemäss Deckblatt und Unterschriftenblock des angefochtenen Entscheids jedoch als Einzelgericht im ordentlichen Verfahren entschieden, keinen Hinweis auf den Fristenstillstand nach Art. 145 Abs. 3 ZPO angeführt und auch dem Dispositiv sei nicht explizit zu entnehmen, dass die Kindesschutzmassnahme in Ziffer 1 und die Ergänzung des Kontaktrechts in Ziffer 2 ab sofort und für die Dauer des Verfahrens gelten sollten. Faktisch gesehen könne es sich nach der Klägerin indes beim vorinstanzlichen Entscheid nicht um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen handeln, da die Voraussetzungen dazu nicht annähernd erfüllt seien, was sich daran zeige, dass weder der Beklagte noch die Vorinstanz sich dazu geäußert hätten. So sei es auch ihr verwehrt, sich mit den Voraussetzungen für den

Erläss vorsorglicher Massnahmen auseinanderzusetzen (act. 2 S. 7 f. Rz. 16-21). Für den Fall, dass die Berufungsinstanz die Voraussetzungen für die Abänderung der bestehenden Besuchsrechtsregelung als gegeben erachtet bzw. in der von der Vorinstanz angeordneten Weisung keine Rechtsverletzung erkennen sollte, möchte die Klägerin die Regelungen nicht im Sinne von vorsorglichen Massnahmen angeordnet wissen. Sie sollten nach der Klägerin erst mit Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache Wirkung entfalten. Dies solle auch für die beantragten Vollstreckungsmassnahmen gelten (act. 2 S. 8 f. Rz. 22). 2. In Bezug auf die (materiellen) Erwägungen der Vorinstanz macht die Klägerin geltend, stets einen sachlichen Grund gehabt zu haben, wenn sie die Besuchstermine mit dem Beklagten habe absagen müssen (act. 2 S. 9 Rz. 23). Sie verweist dazu auf ihre Stellungnahme vom 7. Dezember 2023 (act. 6/128 Rz. 4) und die mit dieser vor Vorinstanz eingereichten Belege (act. 6/127/1/1-3). Weiter seien nach der Klägerin die Voraussetzungen für die Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen nicht gegeben. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern eine Kindeswohlgefährdung vorliege. Der aktuelle Entwicklungsstand, die psychische Befindlichkeit der Kinder und die Frage nach dem Vorliegen einer Kindeswohlgefähr-

- 13 - dung in der aktuellen Situation seien auch für die Vorinstanz ungeklärt. Denn genau diese Fragen lasse die Vorinstanz im Rahmen einer Intensivabklärung abklären (act. 2 S. 9 Rz. 24). C. Würdigung 1. Das Gericht, das für die Ehescheidung zuständig ist und die Beziehung der Eltern zu den Kindern zu gestalten hat, trifft die nötigen Kinderschutzmassnahmen und betraut die Kinderschutzbehörde mit dem Vollzug (vgl. Art. 315a Abs. 1 ZGB). Die gleichen Befugnisse kommen dem Scheidungs- bzw. Trennungsgeschicht auch im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu. Möglich sind etwa Anordnungen nach Art. 307, 308, 310 und 312 Ziff. 1 ZGB. Neben den ausdrücklich (gesetzlich) geregelten Massnahmen dürfen auch weitere Interventionen angeordnet werden: Es besteht kein numerus clausus zulässiger Kinderschutzmassnahmen (vgl. BSK ZGB I-Breitschmid, 7. Aufl. 2022, Art. 315a N 5 m.w.H.; OFK ZGB-Maranta, 4. Aufl. 2021, Art. 307 N 7). Die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen im Sinne von Art. 307 ff. ZGB setzt die Gefährdung des Kindeswohls voraus ("Ist das Wohl des Kindes gefährdet..." [Art. 307 Abs. 1 ZGB]). Das Kindeswohl gilt als oberste Maxime des Kindesrechts. Dazu gehören – in einer positiven und nicht abschliessenden Beschreibung – die Förderung der Entwicklung in geistiger, körperlicher und seelischer Hinsicht (vgl. Art. 302 Abs. 1 ZGB), ein Umfeld von Kontinuität und Stabilität, die Möglichkeit einer inneren Bindung des Kindes an die Beziehungspersonen, eine positive Beziehung zu den Eltern bzw. nach Trennung oder Scheidung zu beiden Elternteilen, die Haltung zur Gestaltung der Beziehung zum anderen Elternteil und die Achtung des Willens des Kindes und seines Selbstbestimmungsrechts. Die (objektiv fassbare) Gefahr einer Beeinträchtigung des Kindeswohls muss einigermaßen konkret sein, auch wenn regelmässig prognostische Elemente miteinbeziehbar sind. Nicht erforderlich ist, dass sich die Gefahr bereits verwirklicht hat. In diesem Sinne ist auch der gesetzliche Kinderschutz Präventivmassnahme und hat sich vom Grundsatz "in dubio pro infante" leiten zu lassen (vgl. BGer 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020 E. 6.2.2. m.w.H.).

- 14 - In der Stufenfolge der Kinderschutzmassnahmen gehören zu den mildesten Massnahmen insbesondere Weisungen nach Art. 307 Abs. 3 ZGB, die sämtliche Bereiche elterlichen Handelns erfassen können (vgl. BGE 136 III 353 E. 3.3). Art. 273 Abs. 2 ZGB normiert das Ermahnungs- und Weisungsrecht in Bezug auf die Ausübung oder

Nichtausübung des persönlichen Verkehrs. Zum persönlichen Verkehr gehört die gesamte verbale und nonverbale Kommunikation, mithin nicht nur das – selbstverständlich im Vordergrund stehende – tatsächliche Zusammen- sein zwischen Eltern und Kindern, sondern auch Kontakte via Telefon, Brief, Vi- deogespräch, E-Mail und SMS. Die in Art. 273 Abs. 2 ZGB genannte Kompetenz entspricht der bereits in Art. 307 Abs. 3 ZGB niedergelegten Befugnis (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 N 2 und 22; KUKO ZGB-Michel/Schlatter, 2. Aufl. 2018, Art. 273 N 17).

2. Die Vorbringen der Klägerin in der Berufung gehen, was die formelle Seite der Behandlung der Anträge des Beklagten durch die Vorinstanz anbelangt, nicht auf resp. überzeugen von vornherein nicht. Der Beklagte verlangte die Verpflich- tung der Klägerin, ihm die Kinder entsprechend der rechtskräftigen Kontaktrege- lung herauszugeben und die Kinder (an den Wochenenden ohne Besuche) mit ihm telefonieren zu lassen. Erstere Verpflichtung solle unter der Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen im Unterlassungsfall gelten. Der Kläger machte aus- drücklich geltend, Kindesschutzmassnahmen im Sinne von Art. 307 ff. ZGB zu verlangen (vgl. act. 6/112 S. 2 f.). Zum einen bestehen die als Kindesschutzmass- nahmen möglichen Weisungen per Definition in einer verbindlichen Anordnung zu einem bestimmten Tun, Unterlassen oder Dulden und können – wenn sich ein Elternteil etwa der Ausübung des Besuchsrechts widersetzt – mit der Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB verbunden werden (vgl. KUKO ZGB-Michel/Schlatter, a.a.O., Art. 273 N 17). Der Beklagte verlangte – auch wenn er nicht ausdrücklich das Wort "Weisung" benutzte – eben solches mit seiner Ein- gabe vom 16. November 2023. Zum anderen ist festzuhalten, dass in Kinderbe- langen die Offizialmaxime gilt, das Gericht kann von Amtes wegen Massnahmen im Sinne von Art. 307 ff. ZGB treffen; in der Regel geschieht dies aber auf Antrag eines Elternteils. Das Gericht ist an die Parteianträge nicht gebunden (vgl. Art. 58 Abs. 2 ZPO). Selbst wenn der Beklagte folglich nicht die Anordnung von Kindes-
- 15 -
schutzmassnahmen verlangt hätte, ist die im Scheidungsverfahren mit den Kin- derbelangen betraute Vorinstanz ohne Weiteres zum Erlass von Kindesschutz- massnahmen zuständig resp. gehalten solche zu erlassen, sofern sie das Drohen oder Bestehen einer Kindeswohlgefährdung ausmacht und/oder eine solche (von welcher Seite auch immer) an sie herangetragen wird. Die Vorinstanz hielt sodann – entgegen der Behauptung der Klägerin – in der an- gefochtenen Verfügung ausdrücklich fest, dass es sich um einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen handle (vgl. act. 5 S. 8 Erw. IV.). Die erlassene Wei- sung bezieht sich ohne Zweifel auf die mit Verfügung vom 4. September 2023 als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren getroffene Kontaktregelung, weshalb sie auch nur Wirkung für die Dauer des Verfahrens zeitigen und kein Zweifel daran bestehen kann, dass sie als Massnahme für die Dauer des Schei- dungsverfahrens erlassen wurde. Eine ausdrückliche Aufnahme der Formulierung "für die Dauer des Scheidungsverfahrens" in den Dispositiv-Ziffern des vorin- stanzlichen Entscheides oder weitere Erwägungen dazu erübrigten sich. Die For- derung der Klägerin, die von der Vorinstanz getroffenen Regelungen sollten erst mit Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache Wirkung entfalten, begründet sie nicht weiter und brachte sie auch vor Vorinstanz noch nicht vor. Nach dem Gesagten zielt die Forderung der Klägerin ins Leere; sie würde insbesondere auch der Zielsetzung der getroffenen Kindesschutzmassnahmen (Vermeidung ei- nes längeren Kontaktunterbruchs zwischen den Kindern und dem Vater; vgl. nachfolgende Erwägungen) zuwiderlaufen.

3. Beim vorinstanzlichen Scheidungsverfahren handelt es sich um ein in Bezug auf die Kontakte des Beklagten mit den Kindern D._____ und C._____ hoch strit- tig geführtes Verfahren. Den erheblichen Spannungen zwischen den Parteien

liegt ein Paarkonflikt, eine dadurch erfolgte Trennung anfangs des Jahres 2018 sowie über Jahre anhaltende Vorwürfe der Klägerin gegenüber dem Beklagten, in Bezug auf welche er strafrechtlich weitgehend freigesprochen wurde, zugrunde. Seither bzw. während den letzten rund sechs Jahren sah der Beklagte die Kinder nur in Begleitung. Zuletzt konnte er die Kinder einmal im Monat für sechs Stunden im E._____ (E._____) und zweimal für acht Stunden mit einer mobilen Besuchs-

- 16 - begleitung sehen und an den Wochenenden ohne Besuche eine Stunde mit den Kindern telefonieren. Sämtliche Berichte der Beiständin, des E._____ und der Besuchsbegleiterin bescheinigen einen guten Verlauf der Kontakte zwischen Vater und Kindern sowie gute Betreuungsfähigkeiten des Beklagten. Mit dem Massnahmenentscheid vom 4. September 2023 wurden von der Vorinstanz ab dem 1. Dezember 2023 unbegleitete Besuche der Kinder beim Beklagten an jedem zweiten Samstag festgelegt, mit Übergaben durch die mobile Besuchsbegleitung und/oder Familienbegleiterin (vgl. obige Erw. I./1.1.-1.2.). Vor dem Hintergrund der Ergebnisse und gestellten Anträge im Verlauf des Verfahrens gab die Vorinstanz mit Verfügung vom 8. Januar 2024 zwar eine Intensivabklärung in Auftrag. Nicht ungeklärt und entscheidend ist jedoch, dass seit anfangs September 2023 gar keine Kontakte mehr zwischen dem Beklagten und den Kindern stattfanden (act. 6/112, act. 6/114/1-6, act. 6/114/10; act. 6/116 S. 2, act. 6/117/3 S. 3, act. 6/128A/1-3, act. 6/130 S. 2, act. 6/131 S. 1). Dass dem so ist, bestreitet selbst die Klägerin nicht (vgl. act. 6/128 S. 3; act. 2). Die Klägerin sprach in ihrer Stellungnahme vor Vorinstanz wie auch in ihrer Berufung davon, es hätten stets sachliche Gründe für ihre Absagen der Besuchstermine vorgelegen. Sie nannte als Gründe ein Fussballspiel von C._____, Krankheit der Kinder, Ferienabwesenheiten von ihr und den Kindern, eine Baustelle zu Hause (ausgefallene Heizung, Wasserschaden), Einladung zu einem Geburtstag (act. 6/128 S. 3, act. 2 S. 9). Gemäss übereinstimmender Ansicht der Beiständin und der Kindesvertreterin handle es sich um vorgeschobene Gründe für die Absage der geplanten Besuche. Die Kindesvertreterin erachtet es als gravierend nachteilig für D._____ und C._____, wenn der Kontakt zum Beklagten weiterhin verweigert oder zu einem späteren Zeitpunkt erneut verweigert würde (act. 6/116 S. 2; act. 6/131 S. 3). Zu bemerken ist, dass die Absagen der Besuchstermine jeweils sehr kurzfristig erfolgten, zum Teil erst nach zweimaliger Nachfrage der mobilen Besuchsbegleiterin (act. 6/114/4-6, act. 6/128A/1+3). Wieso eine ausgefallene Heizung und ein Wasserschaden bei der Klägerin zu Hause die Besuche unmöglich machten oder welche Krankheit die Kinder hatten, dass sie beide nicht in der Lage waren, den Beklagten zu sehen, bleibt unklar. Die Ferienabwesenheiten waren "spontan" oder "kurzfristig" (act. 6/114/2, act. 6/130 S. 2 f.). Die ausgefallenen Telefonkon-

- 17 - takte blieben unbegründet. Anzuführen ist, dass es in der Vergangenheit möglich war, Ersatztermine zu finden bzw. Termine für Besuche zu verschieben, anstatt gänzlich ausfallen zu lassen. Es bestand zudem insbesondere eine Abmachung, dass wichtige Freizeitaktivitäten der Kinder frühzeitig mitzuteilen seien, um kurzfristige Anpassungen des Besuchsplans zu vermeiden (vgl. act. 6/62 S. 2, act. 6/65 S. 1 f., act. 6/67 S. 4). In einer Gesamtbetrachtung ist festzuhalten, dass vor allem weder dargetan noch nachvollziehbar ist, weshalb die genannten Verhinderungsgründe in der Summe dazu führten, dass die Kinder seit Monaten den Beklagten kein einziges Mal sehen und sprechen konnten. Dies lässt auf ein bewusstes Vorenthalten der Kinder durch die Klägerin schliessen. Wenn die Kinder den Vater so lange nicht sehen können, kann darin (entgegen der Ansicht der

Klägerin) ohne Weiteres eine Kindeswohlgefährdung erblickt werden: Der Eintritt eines solch abrupten Abbruchs jeglicher Kontakte zwischen Vater und Kindern schadet – vor allem in Anbetracht des seit langem andauernden, massiven Elternkonfliktes – klar der positiven seelischen Entwicklung der Kinder. Die gelebte Kontinuität sowie Stabilität in den zuvor gelebten Besuchskontakten zum Vater wurde unvermittelt und plötzlich durchbrochen. Nicht nur droht dadurch eine Entfremdung zwischen den Kindern und ihrem Vater einzutreten. Es kann auch ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Kinder den abrupten Kontaktabbruch selber nicht einordnen können, was zu Verunsicherung und der Entstehung resp. Vergrößerung eines Loyalitätskonflikts führt. Eine Kindeswohlgefährdung kann vor diesem Hintergrund (ohne ein Abwarten weiterer Abklärungen) als gegenwärtig oder zumindest unmittelbar bevorstehend angesehen werden. Die Weisung betreffend die angeordneten Besuche unter Androhung von Strafe im Unterlassungsfall und die Verpflichtung in Bezug auf die Telefonkontakte erscheinen geeignet und als relativ milde Massnahmen (verglichen mit den möglichen Massnahmen), um den Kontakt zwischen Kindern und Vater aufrecht zu erhalten, weitere Kontaktunterbrüche zu vermeiden und das Kindeswohl zu wahren. 4. Nicht ersichtlich ist schliesslich, was die Klägerin für sich im Berufungsverfahren aus dem Vorbringen ableiten möchte, dass es den Anschein einer gewis-

- 18 - sen Befangenheit erwecke, wenn die Vorinstanz eine Intensivabklärung (zur Abklärung der Fragen zum aktuellen Entwicklungsstand, die psychische Befindlichkeit der Kinder und dem Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung) anordne und gleichzeitig den streitgegenständlichen Entscheid erlasse, der nur dann gerechtfertigt wäre, wenn eine Kindeswohlgefährdung in der aktuellen Situation zu bejahen wäre (act. 2 S. 9 Rz. 24). Sollte die Klägerin damit auf einen Grund für den Ausstand des Vorderrichters verweisen wollen, so kann dies nicht zum Gegenstand des Berufungsverfahrens gemacht werden. Die Klägerin hätte den allfälligen Ausstandsgrund unverzüglich beim Bezirksgericht Dielsdorf geltend zu machen (vgl. Art. 49 Abs. 1 ZPO). Ihr Vorbringen ist nicht nur an die falsche Instanz gerichtet. Auch aufgrund des Inhaltes der Beanstandung kann wohl kaum auf Befangenheit geschlossen werden, vermögen nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung doch insbesondere Entscheide oder Verfahrensmassnahmen als solche, seien sie (materiell resp. formell) richtig oder falsch, grundsätzlich noch keinen objektiven Verdacht der Voreingenommenheit des Richters zu begründen (vgl. BGer 5A_489/2017 vom 29. November 2017 E. 3.4. und BGer 5A_625/2019 vom 22. Juli 2020 E. 5.5.1. m.w.H.). 5. Zusammengefasst ist vor dem Hintergrund vorstehender Erwägungen festzuhalten, dass es der Klägerin nicht gelingt, mit ihren Argumenten in der Berufung durchzudringen; die Berufung der Klägerin ist folglich sogleich abzuweisen und die Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 31. Januar 2024 (Geschäfts-Nr. FE220047-D/Z21) ist zu bestätigen. III. 1.1. Die Klägerin hat mit ihrer Eingabe vom 29. Februar 2024 einen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages in der Höhe von Fr. 5'000.00, eventueliter ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Einsetzung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin gestellt (act. 2 S. 2 und 10 ff.).

- 19 - 1.2. Ein Prozesskostenvorschuss ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Zusätzlich muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Kosten, die er zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer

5P.441/2005 vom 9. Februar 2006 E. 1.2 m.w.H.). Die gesuchstellende Partei hat ihr Gesuch zu begründen und darzulegen, dass die Voraussetzungen für einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorliegen. Sie hat ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation, d.h. insbesondere ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie sämtliche finanzielle Verpflichtungen gegenüber Dritten, und die daraus abgeleitete Mittellosigkeit umfassend, klar und gründlich darzulegen und soweit als möglich zu belegen (umfassende Mitwirkungspflicht). Die fehlende Aussichtslosigkeit hat sie glaubhaft zu machen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO; ZK-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 119 N 6 f.). Als aussichtslos im Sinn von Art. 117 lit. b ZPO (und Art. 29 Abs. 3 BV) sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese (vgl. etwa BGE 139 III 475 E. 2.2 S. 476 und BGE 140 V 521 E. 9.1 S. 537). Zur Beurteilung der Erfolgsaussichten im Rechtsmittelverfahren ist im Besonderen zu berücksichtigen, dass auf den erstinstanzlichen Entscheid einschliesslich der erstinstanzlichen Akten und die Rechtsmitteleingabe abzustellen ist. Das Rechtsmittel ist dann als aussichtslos einzustufen, wenn der Rechtsmittelkläger dem erstinstanzlichen Entscheid nichts Wesentliches resp. Substantielles entgegenzusetzen hat (vgl. BGer 5D_164/2015 vom 11. Januar 2016 E. 5. m.w.H., BGer 4A_384/2011 vom 4. August 2011 E. 2.2.1 und BGer 4A_226/2011 vom 31. Mai 2011 E. 3.2). 1.3. Die Rüge der falschen und/oder unklaren formellen Behandlung der Anträge des Beklagten durch die Vorinstanz zielt sogleich ins Leere. Auch in materieller Hinsicht bringt die Klägerin in ihrer Berufung nichts Substantielles dazu vor, wes-

- 20 - halb der Kontakt zwischen dem Beklagten und den Kindern seit mehreren Monaten (trotz Bestehen einer rechtskräftigen gerichtlichen Kontaktregelung) abgebrochen ist und vor diesem Hintergrund die erteilte Weisung sowie die verfügbaren Telefonkontakte zur Wahrung des Kindeswohls nicht gerechtfertigt wären. Die Berufung der Klägerin erweist sich damit von vornherein als aussichtslos. Folglich ist sowohl der Antrag der Klägerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages als auch der Eventualantrag auf Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung abzuweisen. 2.1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 1'500.00 festzusetzen. 2.2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Der Klägerin nicht, weil sie unterliegt, dem Beklagten nicht, weil ihm im Berufungsverfahren keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind (Art. 106 Abs. 1 und Art. 95 Abs. 3 ZPO). Es wird beschlossen: 1. Der Antrag der Klägerin und Berufungsklägerin auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben. 2. Der Antrag der Klägerin und Berufungsklägerin auf Verpflichtung des Beklagten und Berufungsbeklagten zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages von einstweilen Fr. 5'000.00 wird abgewiesen. 3. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ wird abgewiesen. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

- 21 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin und Berufungsklägerin auferlegt. 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Kindesvertreterin, an den Be- klagten und Berufungsbeklagten sowie die Kindesvertreterin unter Beilage eines Doppels von act. 2, an die Beiständin J. _____ (k/jz I. _____, ... [Adresse]) sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein. Nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge- richt, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. K. Würsch

- 22 - versandt am:

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