

# ZH\_OBERGERICHT LZ180014 vom 12. Juni 2019

ZH Obergericht, 2019-06-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ180014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ180014)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ180014 du 12 juin 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ180014 del 12 giugno 2019

## Erwägungen

### E. 1

Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) sowie der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter), die nie zusammenlebten, sind die unverheirateten Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016. C.\_\_\_\_\_ lebt seit ihrer Geburt bei der Klägerin. Vor Vorinstanz stehen sich die Parteien in einem Verfahren betreffend elterliche Sorge, Unterhaltsbeiträge sowie Erstausrüstung gegenüber.

### E. 2

Dem vorinstanzlichen Verfahren ging ein Verfahren bei der KESB Horgen voraus (siehe Urk. 7/7-9). Mit Errichtungsbeschluss vom 5. September 2016 wurde für C.\_\_\_\_\_ eine Beistandschaft errichtet und D.\_\_\_\_\_ zu ihrem Beistand ernannt (Urk. 7/12/7 Disp. Ziff. 1 und 2). Mit Beschluss vom 6. Februar 2017 regelte die KESB Horgen den persönlichen Verkehr zwischen dem Beklagten und C.\_\_\_\_\_ dahingehend, dass sie den Beklagten für berechtigt erklärte, C.\_\_\_\_\_ jeden Sonntag von 10.00 Uhr bis 13.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, wobei die Besuche in den ersten vier Monaten begleitet und anschliessend unbegleitet stattzufinden hätten. Gleichzeitig wurde der Beistand von C.\_\_\_\_\_ beauftragt, nach sechs Monaten (spätestens Ende August 2017) zu überprüfen, ob das Besuchsrecht erweitert werden könne, und einen entsprechenden Antrag zu stellen (Urk. 7/9/102 Disp. Ziff. 1-3).

### E. 3

Mit Eingabe vom 6. April 2017 machte die Klägerin das Verfahren betreffend elterliche Sorge, Unterhaltsbeiträge und Erstausrüstung bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 7/1). Mit Eingabe vom 14. Juli 2017 stellte der Beistand (bei der KESB Horgen) einen Antrag auf Weiterführung der begleiteten Besuche (Urk. 7/14). Nachdem der Beklagte vor Vorinstanz zu diesem Antrag Stellung genommen hatte (Urk. 7/19 Disp. Ziff. 1 und Urk. 21-22), berechnete und verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten mit Verfügung vom 29. August 2017, C.\_\_\_\_\_ jeweils am Sonntag der ungeraden Wochen von 10.00 Uhr bis 16.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Diese Besuche hätten während der nächsten sechs Monate ab dem Entscheid begleitet stattzufinden, wobei dem Beistand der Auftrag erteilt wurde, für die Dauer des begleiteten Besuchsrechts eine Besuchsbegleitung zu bestellen (Urk. 7/27 Disp. Ziff. 1 und 2).

#### E. 3.1

Ausgangslage

##### E. 3.1.1

Die Vorinstanz berechnete und verpflichtete den Beklagten, die Tochter C.\_\_\_\_\_ jeden dritten Sonntag von 9.00 Uhr bis 16.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Hierzu erwog sie im Wesentlichen, dass aufgrund der positiven Berichte der involvierten Personen (Familienbegleiterin K.\_\_\_\_\_ und Besuchsbegleiterin E.\_\_\_\_\_) dem Beklagten ein regelmässiges Besuchsrecht zuzusprechen sei. Die von der Klägerin geschilderten Schlaf- und Verhaltensstörungen von C.\_\_\_\_\_ nach den Besuchen beim Beklagten seien zwar zu berücksichtigen, doch lasse sich den Akten nichts entnehmen, wonach C.\_\_\_\_\_'s Verhaltensauffälligkeiten auf den Beklagten zurückzuführen seien. Diese würden nun gutachterlich abgeklärt, sodass nach Erstellung des Gutachtens die Sachlage neu zu beurteilen und die allfällig hierzu erforderlichen Massnahmen anzuordnen seien. Um C.\_\_\_\_\_ die nötige Erholung zwischen den Besuchen beim Beklagten zu ermöglichen und bis die Schlaf- und Verhaltensstörungen von C.\_\_\_\_\_ definitiv durch das Gutachten abgeklärt seien, sei der mit Verfügung vom 29. August 2017 (Urk. 7/27) festgesetzte Besuchsrythmus unter Berücksichtigung der Empfehlungen des behandelnden Kinderarztes Dr. L.\_\_\_\_\_, der Psychologin F.\_\_\_\_\_ sowie der Besuchsbegleiterin E.\_\_\_\_\_ von bisher zwei Wochen auf drei Wochen – mithin jeden dritten Sonntag – zu verlängern. Um dem Beklagten und C.\_\_\_\_\_ dennoch genügend persönlichen Verkehr zu ermöglichen, seien die Besuchszeiten etwas zu verlängern. Auch der behandelnde Kinderarzt erachte eine Besuchszeit von einigen Stunden als sinnvoll (mit Verweis auf Urk. 7/112). Die Parteien hätten die in der Verfügung vom 29. August 2017 festgelegten Besuchszeiten aus Rücksicht auf die Schlafenszeiten von C.\_\_\_\_\_ einvernehmlich auf 9.30 Uhr bis 15.00 Uhr abgeändert (mit Verweis auf Urk. 7/94 Rz. 16 und Urk. 7/114 S. 5). Der Schlafrhythmus eines Kleinkindes ändere sich naturgemäss rasch mit der Entwicklung. Es wäre nicht sachgerecht, die Besuchszeiten ausschliesslich von diesen Gegebenheiten abhängig zu machen. Unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls sei vielmehr entscheidend, dass C.\_\_\_\_\_ regelmässige Kontakte zum Beklagten pflege – nämlich in Form von Besuchen, die jeweils über mehrere

- 13 - Stunden andauerten. Entsprechend seien die Besuchszeiten neu von 9.00 Uhr bis 16.00 Uhr festzusetzen (Urk. 2 E. 1.4.).

### **E. 3.1.2**

Die Klägerin moniert in ihrer Berufungsschrift im Wesentlichen, dass C.\_\_\_\_\_ unter den Besuchen des Beklagten leide und bis zu zwei Wochen benötige, um sich davon zu erholen. Ob ein Verhalten des Beklagten hierfür ursächlich sei oder nicht, sei irrelevant. Nichts anderes ergebe sich auch aus Art. 274 Abs. 2 ZGB: Es genüge, dass eine Kindwohlgefährdung vorliege, es sei nicht erforderlich, dass der besuchsberechtigte Elternteil hierfür verantwortlich sei. Die Vorinstanz bringe denn auch keine anderen Gründe vor, die es rechtfertigten, C.\_\_\_\_\_ weiter leiden zu lassen, ebensowenig nenne die Vorinstanz Umstände, die C.\_\_\_\_\_'s Leiden durch Vorteile aufwiegen würden. Auch führe die Vorinstanz zu Recht nicht mehr das Argument an, ein regelmässiger Kontakt verhindere eine Idealisierung oder Dämonisierung des Elternteils, mit dem das Kind nicht zusammenlebe, wie sie es noch in einem früheren Entscheid getan habe. Hinsichtlich der Kadenz der Besuche stütze sich die Vorinstanz zunächst auf den Kinderarzt Dr. L.\_\_\_\_\_. Entgegen der Vorinstanz habe dieser jedoch nicht einen Abstand von drei Wochen zwischen den Besuchen empfohlen, sondern einen solchen von vier Wochen (mit Verweis auf Urk. 7/112). Ohne jegliche Begründung setze sich die Vorinstanz darüber hinweg. Die Besuchsbegleiterin E.\_\_\_\_\_ habe zwar tatsächlich einen Abstand von drei Wochen befürwortet, allerdings kenne sie C.\_\_\_\_\_'s Befinden nicht aus eigener Wahrnehmung, sehe sie C.\_\_\_\_\_ doch lediglich an den Besuchssonntagen. Ihre Empfehlungen würden einzig

darauf gründen, dass die Besuche "nicht unharmonisch ablaufen sollten", was aber nicht massgebend sei. Die Vorinstanz führe sodann aus, die Besuchsbegleiterin E. \_\_\_\_\_ sei den Empfehlungen von C. \_\_\_\_\_s Psychologin F. \_\_\_\_\_ gefolgt. Indes habe Letztere bei allen Sitzungen, an denen die Klägerin teilgenommen habe, nie einen Abstand von drei, sondern immer einen solchen von vier Wochen empfohlen. Soweit sich die Vorinstanz auf ein E-Mail der Psychologin F. \_\_\_\_\_ stütze, wonach C. \_\_\_\_\_ im Moment wieder gut schlafe und einen deutlichen Entwicklungsschub gemacht habe, sei darauf hinzuweisen, dass dieses E-Mail vom 30. April 2018 datiere. Die letzten zwei zuvor stattgefundenen Besuche hätten jedoch jeweils im Abstand von vier und fünf Wochen stattgefunden und der letzte - 14 - Besuch habe ebenfalls bereits fünf Wochen zurückgelegen. Dass ein Abstand von drei Wochen zwischen den Besuchen genüge, damit C. \_\_\_\_\_ sich erholen könne, lasse sich dem E-Mail damit gerade nicht entnehmen. Sollte davon ausgegangen werden, dass Besuche stattfinden müssten, so erscheine es in Übereinstimmung mit dem Kinderarzt als angemessen, diese höchstens alle vier Wochen durchzuführen. Ein solcher Abstand entspreche auch der Vereinbarung der Parteien vom 22. Februar 2018 (mit Verweis auf Urk. 7/63). Die Vorinstanz wolle sodann die längeren Abstände zwischen den Besuchen mit einer längeren Dauer der Besuche kompensieren und verlängere die Kontaktdauer von fünfeinhalb auf sieben Stunden. Unter Verweis auf den Kinderarzt, dem gemäss Urk. 7/112 eine Besuchszeit von höchstens einigen Stunden jeden Monat als sinnvoll erscheine, gehe sie sodann davon aus, mit "einigen Stunden" könnten sieben Stunden gemeint sein. Dies treffe nicht zu. Vielmehr habe der Kinderarzt nun klar gestellt, dass vier bis fünf Stunden sinnvoll wären (Urk. 32/1 S. 3 ff.; siehe auch Urk. 1 S. 9 ff.). Der Beklagte nahm zu den diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin nicht explizit Stellung (siehe Urk. 32/13).

### **E. 3.1.3**

Am 30. November 2018 ging bei der Vorinstanz der kinderpsychologische Fachbericht des H. \_\_\_\_\_ vom 25. November 2018 ein (Urk. 20/138; nachfolgend: Fachbericht), der von der Vorinstanz im Dezember 2018 an die I. Zivilkammer weitergeleitet wurde (siehe Urk. 21). Dieser stellt grundsätzlich ein zulässiges und beachtliches Novum im Berufungsverfahren dar (vgl. vorstehend Ziff. II./2.). Auf die darin enthaltenen Ausführungen und Empfehlungen sowie die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen der Parteien ist nachfolgend bei der Beurteilung des konkreten Besuchsrechts näher einzugehen (nachstehend Ziff. 3.3.).

### **E. 3.2**

Rechtliches Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind Anspruch auf "angemessenen" persönlichen Verkehr. Was angemessen ist, lässt sich grundsätzlich nur anhand der Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Zwecks des Besuchsrechts bestimmen (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 10 m.w.H.). Es ist zu betonen, dass das Besuchsrecht nicht nur ein Recht des nicht obhutsberechtigten El-

- 15 - ternteils, sondern insbesondere auch ein Recht des Kindes selbst darstellt. Oberste Richtschnur ist auch hier das Kindeswohl, allfällige Interessen der Eltern müssen dahinter zurückstehen (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 10 m.w.H.). In diesem Sinne hat auch der persönliche Verkehr zum Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle

spielen können (BGE 131 III 209 E. 5; 123 III 445 E. 3b; BGer 5A\_968/2016 vom 14. Juni 2017, E. 4.1.). Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs verbieten dessen gänzliche Unterbindung, wenn die befürchteten nachteiligen Auswirkungen für das Kind durch die persönliche Anwesenheit einer Drittperson in Grenzen gehalten werden können. Wie die Verweigerung oder der Entzug nach Art. 274 Abs. 2 ZGB bedarf auch die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts – welches eine Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 307 ff. ZGB darstellt – konkreter Anhaltspunkte für die Kindeswohlgefährdung, eine bloss abstrakte Gefahr reicht nicht aus (BGer 5P.349/2003 vom 21. Oktober 2003, E. 2.1.). Das begleitete Besuchsrecht kann ein Mittel sein, der Gefährdung des Kindes wirksam zu begegnen, Krisensituationen zu entschärfen, Ängste abzubauen resp. dem Kind ein realistisches Bild vom abwesenden Elternteil sowie Hilfestellungen für eine Verbesserung der Eltern-Kind-Beziehung zu vermitteln. Ein begleitetes Besuchsrecht erscheint insbesondere bei stark gestörtem Verhältnis der Eltern, Überforderungen und Ängsten des Kindes, psychischer Belastung oder einem längeren Kontaktunterbruch zwischen einem Elternteil und dem Kind als indiziert (vgl. BGer 5A\_968/2016 vom 16. Juni 2017, E. 4.1.; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 26). Das begleitete Besuchsrecht stellt aber lediglich eine Übergangslösung dar, weshalb es stets nur für eine begrenzte Dauer – im Regelfall für ein halbes oder ein ganzes Jahr – anzuordnen ist. Es scheidet

- 16 - aus, wenn klar ist, dass die Besuche nicht innert absehbarer Zeit ohne Begleitung ausgeübt werden können (vgl. BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 27).

### **E. 3.3**

Besuchsrecht im konkreten Fall

#### **E. 3.3.1**

Die Referentin I. \_\_\_\_\_ hält im Fachbericht fest, dass C. \_\_\_\_\_ mit der aktuellen Elternsituation weit mehr belastet zu sein scheine, als bisher angenommen. Das zwischen den Parteien durch ein tiefes gegenseitiges Misstrauen belastete Verhältnis müsse bei C. \_\_\_\_\_ zu einer "ungeheuren Verunsicherung und Belastung" führen. Zudem spüre C. \_\_\_\_\_ bei den Übergaben die Verunsicherung der Klägerin, die einerseits unter Druck stehe, die Besuche zu ermöglichen, und gleichzeitig überzeugt sei, dass sie C. \_\_\_\_\_ nicht guttun würden. Bei den von der Referentin des Fachberichts begleiteten Übergaben habe sich C. \_\_\_\_\_ in ihrer Verzweiflung auch von der Mutter abgewendet, als ob sie deren Dilemma gespürt hätte. Es sei für C. \_\_\_\_\_s Entwicklung höchst gefährdend, wenn sie sich in Stresssituationen von niemanden beschützt fühle. Zur Zeit habe C. \_\_\_\_\_ selbst offenbar eine (Not-) Lösung gefunden: Sie verweigere sich dem Beklagten ganz grundsätzlich (Urk. 20/138 S. 23). In der Folge wird von der Referentin empfohlen, das Besuchsrecht für einige Zeit "in der jetzigen Form" auszusetzen. Ein vollständiger Kontaktabbruch, mithin eine Sistierung des Besuchsrechts, wäre für C. \_\_\_\_\_ nicht einzuordnen, zumal sie sich intensiv mit dem Beklagten beschäftige. Darüber hinaus bestünde die Gefahr, dass sich die entstehende Lücke mit weiteren Phantasien fülle, die einen späteren Kontaktaufbau behindern würden (Urk. 20/138 S. 24). Im Weiteren wird empfohlen, dass die Parteien sich

zum Wohl von C.\_\_\_\_\_ mit ihren Vorbehalten, Ansprüchen und Erwartungen gegenüber dem jeweils anderen Elternteil vertieft auseinandersetzen. Dabei sei es wichtig, die Ambivalenzen gegenüber dem anderen Elternteil, die sich aktuell in der Not von C.\_\_\_\_\_ ausdrückten, offen zu benennen (Urk. 20/138 S. 25). Entsprechend wird von der Referentin im Fachbericht angeregt, durch eine Fachperson begleitete Treffen der Kindsmutter mit C.\_\_\_\_\_ und dem Kindsvater durchzuführen, anfänglich alle vier bis sechs Wochen. Derartige Kontakte würden es den Kindseltern ermöglichen, sich kindsbezogen mit ihrer gemeinsamen Elternschaft auseinanderzusetzen. Die Besuchskontakte könnten dabei durch das H.\_\_\_\_\_

- 17 - begleitet und in dessen Räumlichkeiten durchgeführt werden oder durch eine andere geeignete Institution (Urk. 20/138 S. 24).

### **E. 3.3.2**

Mit Blick auf die schlüssigen und nachvollziehbaren Erwägungen des Fachberichts ist davon auszugehen, dass das unbegleitete Besuchsrecht, wie es von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angeordnet wurde, aktuell nicht im Kindeswohl liegt. Indes ist auch von einer Sistierung, wie es die Klägerin verlangt, abzusehen, würde dies C.\_\_\_\_\_ doch ebenfalls negativ belasten und einen für sie wichtigen Beziehungsaufbau zum Beklagten behindern. Die Klägerin moniert, die Referentin habe beim Abschlussgespräch geraten, bis zum vierten Lebensjahr von C.\_\_\_\_\_ auf jegliche Kontakte zu verzichten (Urk. 30 S. 2). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Referentin solches bei der finalen Ausarbeitung des Berichts – nach "langer Diskussion" mit ihren Kolleginnen (siehe Urk. 25) – offenbar nicht mehr als im Kindeswohl gelegen erachtete und zu einem anderen Schluss gelangte. Ebenfalls ins Leere geht der Einwand der Klägerin, es sei nicht verständlich, inwiefern einerseits eine Pause und andererseits begleitete Eltern-Kind-Kontakte empfohlen werden (Urk. 30 S. 2 f.). Im Fachbericht wird lediglich die Aussetzung der Besuchskontakte in der jetzigen Form empfohlen und nicht – wovon die Klägerin auszugehen scheint – das Aussetzen der Besuchskontakte generell. Sollten "weitere Auskünfte" oder "Erläuterungen von der Gutachterin" – wie die Klägerin vorbringt (Urk. 30) – nachträglich tatsächlich zu neuen Erkenntnissen führen, wäre über eine vorsorgliche "Sistierung" des Besuchsrechts gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu befinden. Im Weiteren scheint die Installierung einer Besuchsbegleitung mit Blick auf C.\_\_\_\_\_s aktuelle Überforderung und damit einhergehend ihre (psychische) Belastung sowie die Ursache hierfür als im Interesse des Kindeswohls geboten. Auch soll die (mögliche) Beziehung zwischen dem Beklagten und C.\_\_\_\_\_ nicht weiter gefährdet, sondern unter fachlicher Begleitung auf- und ausgebaut werden. Angesichts der schwelenden Konflikte und dem von Misstrauen geprägten Verhältnis zwischen den Kindseltern sowie der weitreichenden Konsequenzen für C.\_\_\_\_\_ vermag eine Begleitung durch die (bisherigen) Besuchsbegleiterinnen im vorliegenden Fall offensichtlich nicht mehr zu genügen (siehe hierzu auch Urk. 20/138

- 18 - S. 23 f.). Nachdem eine Mediation zwischen den Parteien nicht weitergeführt bzw. abgebrochen wurde (siehe Urk. 20/138 S. 8 und S. 9) und nicht ersichtlich ist, inwiefern den zwischen den Parteien bestehenden Differenzen und damit der (weiteren) Gefährdung des Kindeswohls anders beizukommen wäre, erscheint es vorliegend – wie im Fachbericht empfohlen – angezeigt, die Besuchskontakte mit C.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Verfahrens unter Begleitung einer Institution mit entsprechender Fachkompetenz sowie in Anwesenheit der Kindsmutter stattfinden zu lassen. Da indes Besuchskontakte – auch

begleitete – in der Regel ohne den anderen Elternteil stattfinden sollten, ist dem Beistand die Aufgabe zu übertragen, stetig zu überprüfen, ob die Anwesenheit der Kindsmutter weiterhin erforderlich erscheint, und gegebenenfalls diesbezüglich einen Antrag zu stellen. Soweit der Beklagte sich gegen ein begleitetes Besuchsrecht ausspricht, insbesondere auch gegen dessen Durchführung im H.\_\_\_\_\_, und Ausführungen in Bezug auf den Fachbericht macht (siehe Urk. 24; Urk. 36), ist Folgendes festzuhalten: In Ziffer 4.1. des Fachberichts werden lediglich die Ausführungen der Klägerin wiedergegeben. Es handelt sich hierbei nicht um Feststellungen der Referentin (siehe Urk. 24 S. 2 sowie auch Urk. 20/138 S. 6 ff.). Dass die Referentin diese Ansichten teilte und ihre Empfehlungen darauf abstützte, ist nicht ersichtlich. Auch ist für die Referentin hinsichtlich ihrer Empfehlungen nicht ausschlaggebend, ob sich C.\_\_\_\_\_ während der begleiteten Besuche an die Besuchsbegleiterin E.\_\_\_\_\_ gebunden und sich aufgrund von deren Abwesenheit am (letztlich abgebrochenen) Besuchstag vom 2. September 2018 dem Beklagten widersetzt habe. Diese Überlegungen erfolgten im Zusammenhang mit der Frage, weshalb sich die Besuche des Beklagten nicht besser aufbauen liessen, obwohl die Berichte der Besuchsbegleiterinnen derart positiv ausgefallen seien (siehe Urk. 20/138 S. 23 f.). Im Übrigen stellt der Beklagte lediglich seine Sicht der Dinge dar, ohne konkrete Beanstandungen zu erheben (Urk. 24 S. 2 zu Ziff. 4.3.3. und Ziff. 4.3.6. sowie Urk. 24 S. 3). Insgesamt vermag der Beklagte damit die Darlegungen des Fachberichts nicht in Zweifel zu ziehen.

### **E. 3.3.3**

Hinsichtlich der Häufigkeit und der Dauer der Kontakte ist festzuhalten, dass der Kinderarzt Dr. L.\_\_\_\_\_ – worauf die Klägerin zutreffend hinweist – in

- 19 - seinem Bericht vom 27. Mai 2018 eine Besuchszeit von einigen Stunden einmal pro Monat für sinnvoll hielt, um aufgrund der anhaltenden Regulationsprobleme genügend Erholungszeit für C.\_\_\_\_\_ zu gewährleisten (Urk. 7/112 S. 2). Die Besuchsbegleiterin E.\_\_\_\_\_ thematisierte in ihrem Bericht vom 7. Februar 2018 lediglich die Anregung der Psychologin F.\_\_\_\_\_, wonach die Besuchskontakte im Abstand von drei anstatt zwei Wochen stattfinden sollten, und bezeichnete sie als "mögliche Lösung". Eine tatsächliche Empfehlung hinsichtlich eines angemessenen Abstands zwischen den Besuchen lässt sich diesem Bericht nicht entnehmen (siehe Urk. 7/52). Die Psychologin F.\_\_\_\_\_ hielt in ihrem E-Mail vom 30. April 2018 fest, dass C.\_\_\_\_\_ aktuell wieder gut schlafe und einen deutlichen Entwicklungsschub gemacht habe (Urk. 7/82/73 S. 1). Die Klägerin führte aus, diese Einschätzung sei indes nach grösseren Besuchsabständen (fünf und sechs Wochen, siehe Urk. 1 S. 7) erfolgt, was seitens des Beklagten unbestritten blieb. Vorliegend ist davon auszugehen, dass C.\_\_\_\_\_ aktuell mit Besuchskontakten, die im Abstand von weniger als vier Wochen stattfinden, überfordert ist. Dennoch ist ein regelmässiges Kontaktrecht zum Beklagten zu gewährleisten, wobei die Abstände bei Kleinkindern wie C.\_\_\_\_\_ grundsätzlich nicht zu gross sein sollten (siehe hierzu Ziff. 3.2.). Insgesamt erscheint es daher vorliegend im Kindeswohl gelegen, die Besuchskontakte in Übereinstimmung mit dem Fachbericht auf einmal pro Monat festzulegen. Die Festlegung des konkreten Besuchstags ist dem Beistand zu überlassen, zumal der Besuchstag von der zeitlichen Kapazität der Begleitperson, bei einer Institution zudem von deren Öffnungszeiten, abhängt. Nach Möglichkeit hat der Besuchstag jeweils in der ersten Woche des Monats stattzufinden. Zur Dauer der jeweiligen Kontakte äussert sich die Referentin im Fachbericht nicht (siehe Urk. 20/138). Die Klägerin reicht ein E-Mail des Kinderarztes Dr.

L.\_\_\_\_\_ ins Recht (Urk. 32/4/2). Darin führt dieser auf entsprechende Frage der Klägerin aus, dass er vier bis fünf Stunden pro Besuch als sinnvoll erachte. Indes hält er einschränkend fest, "die Frage an sich" sei, ob C.\_\_\_\_\_'s Reaktion mit der Dauer der Kontakte zusammenhänge oder auf deren Häufigkeit zurückzuführen sei (Urk. 4/2). Wie erwähnt sieht der Fachbericht im Wesentlichen die Ursache für C.\_\_\_\_\_'s Verhaltensauffälligkeiten im tiefen gegenseitigen Misstrauen zwischen den Kindseltern (Urk. 20/138 S. 23). Es ist damit nicht davon auszuge-

- 20 - hen, dass C.\_\_\_\_\_'s Reaktion auf die Dauer der Kontakte zurückzuführen ist. Mit Verfügung vom 29. August 2017 räumte die Vorinstanz dem Beklagten eine Besuchszeit von sechs Stunden ein, welche die Parteien nach eigenen Angaben in der Folge einvernehmlich auf 5.5 Stunden abänderten (siehe Urk. 7/27; Urk. 7/94 Rz. 16 und Urk. 7/114 Rz. 16). Diese Besuchszeit wollten die Parteien offenbar auch für die Besuche vom 25. März, 22. April und 20. Mai 2018 beibehalten (siehe Urk. 7/63). Auch in ihren Massnahmebegehren vor Vorinstanz beantragten beide Parteien eine Besuchszeit von 5.5 Stunden, wenngleich mit einer unterschiedlichen Besuchskadenz (siehe Urk. 7/76 S. 2; Urk. 7/94 S. 2 und Urk. 7/81). Inwiefern eine Besuchszeit von 7 Stunden dem Kindeswohl besser entsprechen soll als die bisherigen 5.5 Stunden, wird von der Vorinstanz nicht näher dargelegt (siehe Urk. 32/2 E. 1.4. S. 10) und ist auch nicht ersichtlich. Entsprechend ist – auch mit Blick auf das Alter von C.\_\_\_\_\_ – die Besuchszeit auf 5.5 Stunden pro Besuch festzulegen.

#### **E. 3.3.4**

Im Fachbericht wird empfohlen, "aufgrund der verfahrenen Situation" die Besuche beim Beklagten für einige Zeit, aber mindestens bis zum vollendeten vierten Lebensjahr von C.\_\_\_\_\_ "in dieser Form auszusetzen" (Urk. 20/138 S. 25). Damit wird offengelassen, bis wann ein begleitetes Besuchsrecht indiziert erscheint. Die Installierung eines unbegleiteten Besuchsrechts ab C.\_\_\_\_\_'s vollendetem viertem Lebensjahr wird damit aber durchaus für möglich gehalten. Damit kann die Rechtsmittelinstanz aber im heutigen Zeitpunkt nicht abschliessend beurteilen, ab wann das Besuchsrecht wieder unbegleitet ausgeübt werden könnte. Dies dürfte denn auch von den Fortschritten im Rahmen des begleiteten Besuchsrechts abhängen. Entsprechend ist für die Dauer des Verfahrens ein begleitetes Besuchsrecht im Sinne der vorstehenden Erwägungen anzuordnen. Die Beurteilung und Anordnung eines unbegleiteten Besuchsrechts ist einem Abänderungsverfahren oder dem Endentscheid im Hauptverfahren vorzubehalten.

#### **E. 3.3.5**

Die Kosten des begleiteten Besuchsrechts sind den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, nachdem vorliegend nicht davon auszugehen ist, dass das begleitete Besuchsrecht durch das Verhalten eines Elternteils allein verursacht wurde (siehe BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 28).

- 21 -

#### **E. 3.4**

Zusammenfassend ist der Beklagte damit für die Dauer des Verfahrens zu berechtigen und verpflichten, C.\_\_\_\_\_ in Begleitung einer vom Beistand zu bestimmenden Fachperson (H.\_\_\_\_\_, eine ähnliche Institution oder eine über ähnliche Kompetenzen verfügende Fachperson) sowie in Anwesenheit der Klägerin jeweils einmal pro Monat (nach

Möglichkeit in der ersten Woche des jeweiligen Monats) für die Dauer von 5.5 Stunden zu besuchen. Die Kosten des begleiteten Besuchsrechts sind von den Parteien je hälftig zu tragen. Dem Beistand ist die Aufgabe zu übertragen, das begleitete Besuchsrecht im vorerwähnten Sinne zu installieren, stetig zu überprüfen, ob eine (weitere) Anwesenheit der Klägerin bei den begleiteten Besuchskontakten erforderlich erscheint, und gegebenenfalls einen Antrag zu stellen. Über ein unbegleitetes Besuchsrecht wird im Rahmen eines Abänderungsverfahrens oder im Endentscheid zu befinden sein. 4. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Vorinstanz hat in den angefochtenen Entscheiden keine Kosten festgesetzt. Diesbezüglich gilt es daher keine Anordnungen zu treffen. V. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Die Entscheidgebühr für das vereinigte Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG auf insgesamt Fr. 4'000.– (Fr. 1'000.– für das gegenstandslos gewordene Rechtsmittelverfahren gegen die Verfügung vom 18. Mai 2018 und Fr. 3'000.– für dasjenige gegen die Verfügung vom 26. Juni 2018) festzusetzen. 2. Die Klägerin beantragt, es seien die Kosten für das gegenstandslos gewordene Berufungsverfahren gegen die Verfügung vom 18. Mai 2018 auf die Staatskasse zu nehmen. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, es sei einzig der Vorinstanz anzulasten, die beiden in kurzen Abständen gestellten Gesuche der Parteien um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf das Besuchsrecht separat – und nicht gemeinsam behandelt – und damit unnötig Aufwand provoziert zu haben. Dadurch sei die Klägerin gezwungen gewesen, zweimal Berufung zu erheben, da sie sich mit den beiden Entscheiden nicht habe

- 22 - einverstanden erklären können (mit Verweis auf BGer 5A\_61/2012 vom 23. März 2012, E. 4; Urk. 15). Eine Kostenauflage an den Kanton gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO kommt insbesondere in Fällen regelrechter Justizpannen zur Anwendung. Vorausgesetzt ist eine krasse Fehlleistung der Erstinstanz, welche eine Kostenauflage an die Parteien als unbillig erscheinen lassen würde. Der blosser Umstand, dass der Erstinstanz Fehler unterlaufen sind, welche weder einer Partei noch Dritten angelastet werden können, vermag mithin nicht zu genügen, da dies nach der Beurteilung der Rechtsmittelinstanz doch regelmässig der Fall ist, ansonsten keine Kassation und Rückweisung erfolgen würde (BGer 4A\_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4; 5A\_104/2012 vom 11. Mai 2012, E. 4.4.2; 5A\_61/2012 vom 23. März 2012, E. 4). Selbst wenn vorliegend das Vorgehen der Vorinstanz als unzweckmässig anzusehen wäre, kann nicht von einer eigentlichen Justizpanne im Sinne des zuvor Ausgeführten gesprochen werden, die eine Kostenauflage an den Kanton rechtfertigen würde. 3. Sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, kann das Gericht bei der Abschreibung eines Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen (Art. 106 ZPO) abweichen und die Prozesskosten nach richterlichem Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei kann das Gericht u.a. berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben bzw. welche Partei die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat oder welche Partei vermutlich obsiegt hätte (ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 242 N 9). Das voraussichtliche Prozessergebnis in Bezug auf die Berufung gegen die Verfügung vom 18. Mai 2018 kann vorliegend unberücksichtigt bleiben, da in familienrechtlichen Verfahren die Kosten ohnehin nicht zwingend nach Obsiegen und Unterliegen verteilt werden müssen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). In Verfahren mit Bezug auf Kinderbelange werden nach Praxis der Kammer die Verfahrenskosten unabhängig vom Verfahrensausgang den Eltern je hälftig auferlegt, da in aller Regel beide Elternteile in guten Treuen ihren je unterschiedlichen Standpunkt im Interesse ihrer Kinder vertreten (OGer ZH RV150007 vom 21.12.2015, E. IV.2; OGer ZH RV150002 vom

10.04.2015, E. III.2; ZR 84 [1985] Nr. 41). Anlass, um vorliegend von dieser Pra-

- 23 - xis abzuweichen, besteht nicht. Entsprechend rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten für das vereinigte Berufungsverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzulegen und die gegenseitigen Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren wettzuschlagen. Es wird beschlossen: 1. Die Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 18. Mai 2018 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 26. Juni 2018 wird deren Dispositiv-Ziffer 1 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "1. a) Der Beklagte ist für die Dauer des Verfahrens berechtigt und verpflichtet, C.\_\_\_\_\_ in Begleitung einer vom Beistand zu bestimmenden Fachperson sowie in Anwesenheit der Klägerin jeweils einmal pro Monat (nach Möglichkeit in der ersten Woche des jeweiligen Monats) für die Dauer von 5.5 Stunden zu besuchen. Die Kosten des begleiteten Besuchsrechts sind von den Parteien je hälftig zu tragen. b) Dem Beistand werden folgende zusätzliche Aufgaben übertragen: – den monatlichen Besuchstag sowie die Begleitperson (H.\_\_\_\_\_, eine ähnliche Institution oder eine über ähnliche Kompetenzen verfügende Fachperson) zu bestimmen und das begleitete Besuchsrecht zu installieren. – zu überprüfen, ob die Anwesenheit der Klägerin bei den begleiteten Besuchskontakten weiterhin erforder-

- 24 - lich erscheint und gegebenenfalls einen entsprechenden Antrag zu stellen. Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin abgewiesen. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Klägerin sowie dem Beklagten je zur Hälfte auferlegt und mit den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 2'000.– zu ersetzen. 4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an – die Parteien, je gegen Empfangsschein – den Beistand D.\_\_\_\_\_, KJZ J.\_\_\_\_\_, ...-Strasse ..., ... [Ort] – die KESB Horgen, Dammstrasse 12, 8810 Horgen – die Vorinstanz. Nach unbenutztem 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 Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 25 - Zürich, 12. Juni 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. C. Faoro versandt am: mc

#### **E. 4**

Am 30. Januar 2018 stellte die Klägerin ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit dem Begehren, das Besuchsrecht des Beklagten sei vorläufig

- 6 - zu sistieren (Urk. 7/44 S. 2), im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Besuche massive negative Auswirkungen auf C.\_\_\_\_\_ hätten und auch die Klägerin unter C.\_\_\_\_\_s Schlaf- und Verhaltensstörungen leide. Eine "Pause" sei nötig, damit sich C.\_\_\_\_\_ von den Besuchen und deren Auswirkungen erholen könne (vgl. Urk. 7/44 S. 8 f.). Der Beklagte nahm hierzu am 12. Februar 2018 Stellung, wobei er auf Abweisung des Begehrens schloss sowie eigene Anträge zu einem (erweiterten) Besuchsrecht stellte (Urk. 7/55). Am 22. Februar 2018 liess der Beistand der Vorinstanz ein Schreiben zukommen, in welchem er festhielt, dass die Parteien eine Vereinbarung geschlossen hätten. Darin hätten sie sich über die Daten der nächsten drei Besuche (25. März, 22. April und 20. Mai 2018) geeinigt. Nach diesen drei Besuchen würde eine Auswertung der Besuche stattfinden. Zusätzlich würden die Parteien eine Mediation in Anspruch nehmen (Urk. 7/63). Die Vorinstanz setzte den Parteien daraufhin Frist an, um ihr schriftliches Einverständnis zur ergänzten Besuchsrechtsregelung mit folgendem Wortlaut zu geben: "Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Tochter C.\_\_\_\_\_ am 25. März 2018, 22. April 2018 und 20. Mai 2018 von 9.30 Uhr bis 15.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Findet einer dieser Besuchstage nicht statt, ist er am nächstmöglichen Sonntag nachzuholen" (Urk. 7/65 Disp. Ziff. 2). Der Beklagte erklärte sich einverstanden (Urk. 7/68), die Klägerin bemängelte die Formulierung der Vorinstanz, da der Beklagten damit zu unbegleiteten Besuchen berechtigt würde. Zudem müsste ihrer Ansicht nach unterschieden werden, wer die Ursache für die Verschiebung des Besuchstags gesetzt habe (Urk. 7/70). Mit Verfügung vom 24. April 2018 teilte die Vorinstanz den Parteien mit, dass zur Abklärung des Kindeswohls ein Gutachten eingeholt werde (Urk. 7/74 Disp. Ziff. 1).

#### **E. 5**

Am 26. April 2018 stellte sodann der Beklagte ein Gesuch um Erlass vororglicher Massnahmen mit den eingangs zitierten Rechtsbegehren, die er mit Eingabe vom 16. Mai 2018 noch ergänzte (siehe Urk. 7/76 S. 2; Urk. 7/94 S. 2; siehe auch vorstehend S. 3). In ihrer Gesuchsantwort vom 2. Mai 2018 stellte die Klägerin die vorstehend wiedergegebenen Rechtsbegehren (Urk. 7/81 S. 1; siehe auch vorstehend S. 3).

- 7 -

#### **E. 6**

Mit Verfügung vom 18. Mai 2018 wies die Vorinstanz das (Massnahme-)Gesuch der Klägerin vom 30. Januar 2018 betreffend Sistierung des Besuchsrechts ab (Urk. 7/97 Disp. Ziff. 1). Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 31. Mai 2018 (Poststempel 1. Juni 2018) rechtzeitig (siehe Urk. 7/98/2) Berufung (Urk. 1; angelegt unter der Geschäfts-Nr. LZ180014-O). Am 23. Mai 2018 erteilte die Vorinstanz dem H.\_\_\_\_\_ [Institut] (H.\_\_\_\_\_) den Auftrag zur Erstellung eines rechtspsychologischen Fachberichts (Urk. 7/102). Am 26. Juni 2018 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung, wobei sie dem Beklagten im Wesentlichen ein unbegleitetes Besuchsrecht einräumte (Urk. 7/122 Disp. Ziff. 1 und 2; siehe auch vorstehend S. 4). Gegen diesen Entscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 9. Juli 2018 rechtzeitig (siehe Urk. 7/123/1) Berufung (Urk. 32/1; angelegt unter der Geschäfts-Nr. LZ180015-O).

#### **E. 7**

Sowohl im Verfahren LZ180014-O als auch im Verfahren LZ180015-O wurde der einverlangte Kostenvorschuss geleistet (Urk. 8-11, Urk. 32/6 und 32/9). Die vom Beklagten bis anhin mandatierte Rechtsvertreterin orientierte das Gericht mit Eingaben vom 23. Juli

2018 darüber, dass sie den Beklagten nicht mehr vertrete (Urk. 12 und Urk. 32/8). Das im Verfahren LZ180015-O von der Klägerin gestellte Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 31. Juli 2018 abgewiesen (Urk. 32/11). Die Berufungsantwort im Verfahren LZ180015-O datiert vom 4. September 2018 (Urk. 32/12-13). Im Verfahren LZ180014-O wurde den Parteien mit Verfügung vom 27. August 2018 Frist angesetzt, um hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit Stellung zu nehmen (Urk. 13). Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 4. September 2018 Stellung (Urk. 14), die Klägerin mit Eingabe vom 17. September 2018 (Urk. 15). In ihrer Eingabe beantragte die Klägerin zudem, es seien die Verfahren LZ180014-O und LZ180015-O zu vereinigen und über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens LZ180014-O sei mit dem Endentscheid im Verfahren LZ180015-O zu befinden, eventualiter sei das Verfahren wegen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, wobei die dortige Berufungsbegründung inklusive eingereichter Unterlagen zu den Akten des Verfahrens LZ180015-O zu nehmen, die Kosten des Verfahrens LZ180014-O

- 8 - dem Staat aufzuerlegen und die beiderseitigen Anwaltskosten wettzuschlagen seien (Urk. 15 S. 1). Mit Eingabe vom 18. Oktober 2018 ersuchte die Klägerin darum, mit dem (Rechtsmittel-)Entscheid zuzuwarten, bis das von der Vorinstanz eingeholte Gutachten vorliege, und machte weitere Ausführungen zu den zuletzt stattgefundenen Besuchskontakten (Urk. 17 und Urk. 32/15). Am 5. November 2018 orientierte die Rechtsvertreterin der Klägerin über ihre Ferienabwesenheit bis zum 28. November 2018 (Urk. 19). Im Dezember 2018 liess die Vorinstanz der I. Zivilkammer den von ihr eingeholten kinderpsychologischen Fachbericht des H.\_\_\_\_\_ vom 25. November 2018 zukommen (Urk. 20/138 = Urk. 32/17/138; vgl. auch Urk. 21). Dieser Fachbericht wurde den Parteien von der Vorinstanz mit Verfügung vom 7. Dezember 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 21 = Urk. 32/18). Mit Eingabe vom 12. Dezember 2018 ersuchte die Klägerin mit Hinweis auf ihre Auslandsabwesenheit um Fristansetzung zur Stellungnahme zum Gutachten im Rechtsmittelverfahren bis mindestens 28. Januar 2019 (Urk. 22 = Urk. 32/19). Mit Verfügung vom 25. Januar 2019 wurde den Parteien sodann im Berufungsverfahren Frist angesetzt, um zum Fachbericht Stellung zu nehmen (Urk. 23; Urk. 32/20). Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 1. Februar 2019 Stellung (Urk. 27; vgl. auch Urk. 32/24), die Klägerin innert erstreckter Frist am 18. Februar 2019, wobei sie gleichzeitig den Antrag stellte, "das Besuchsrecht des Beklagten sei während der Dauer des Verfahrens zu sistieren" (Urk. 28, 29 und 30; vgl. auch Urk. 32/25-27). Mit Eingabe vom 28. Januar 2019 stellte die Klägerin den Antrag, die Gutachterin I.\_\_\_\_\_ sei im Rahmen einer Anhörung als sachverständige Person aufzufordern, ihr Gutachten mündlich zu erläutern, und es seien im Anschluss daran in Anwesenheit und unter Mitwirkung der Gutachterin Vergleichsgespräche durchzuführen. Zudem ersuchte sie um "umgehende Antwort" auf den Antrag, es sei den Parteien erneut eine Frist von 10 Tagen ab Eingang eines allfällig ablehnenden Entscheids bezüglich des Erläuterungsbegehrens anzusetzen, um zum Gutachten Stellung zu nehmen (Urk. 24; Urk. 32/21). Mit Verfügung vom 29. Januar 2019 wurden die Anträge der Klägerin abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 26; Urk. 32/23). Mit Beschluss vom 25. Februar 2019 wurde das Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LZ180015-O mit dem Berufungsverfahren Geschäfts-Nr. LZ180014-O vereinigt und als dadurch er-

- 9 - ledigt abgeschrieben. Gleichzeitig wurde der Antrag der Klägerin gemäss Eingabe vom 18. Februar 2019 abgewiesen (Urk. 31; siehe auch Urk. 32/28).

#### **E. 8**

Mit Eingabe vom 4. März 2019 stellte die Klägerin schliesslich den eingangs zitierten modifizierten Berufungsantrag (Urk. 34; siehe vorstehend S. 5). Der Beklagte nahm hierzu auf Aufforderung des Gerichts mit Eingabe vom 12. März 2019 Stellung, wobei er auf Abweisung schloss (Urk. 35 und Urk. 36). Diese Eingabe wurde der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Weitere Eingaben erfolgten nicht.

#### **E. 9**

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 7) wurden beigezogen. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind. II. (Formelles) 1. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). Im Berufungsverfahren gilt sodann auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. 2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie

- 10 - vorliegend zu beurteilen sind – den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien auch im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen. Die Bestimmung von Art. 317 Abs. 1 ZPO gilt somit nicht für Verfahren, in welchen Kinderbelange zu beurteilen sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). 3. Eine Klageänderung ist im Berufungsverfahren nur noch eingeschränkt zulässig (vgl. Art. 317 Abs. 2 ZPO). Bei Geltung der Officialmaxime sind Änderungen von Begehren indes jederzeit und uneingeschränkt möglich, freilich ohne dass die Rechtsmittelinstanz an diese gebunden wäre (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 76 m.w.H.). Der mit Eingabe vom 4. März 2019 gestellte modifizierte Berufungsantrag der Klägerin erweist sich damit ohne Weiteres als zulässig, gilt vorliegend doch die Officialmaxime (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO). III. (Berufung gegen die Verfügung vom 18. Mai 2018) Die Vorinstanz wies mit Verfügung vom 18. Mai 2018 das von der Klägerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gestellte Gesuch um Sistierung des mit Verfügung vom 29. August 2017 angeordneten Besuchsrechts des Beklagten ab. Dagegen erhob die Klägerin am 31. Mai 2018 Berufung. Mit Verfügung vom 26. Juni 2018 entschied die Vorinstanz erneut materiell über das Besuchsrecht und räumte dem Beklagten ein

erweitertes Besuchsrecht ein, wobei dieser Entscheidung ebenfalls mittels Berufung angefochten wurde (siehe vorstehend Ziff. I./6). Da mit der Verfügung vom 26. Juni 2018 ein neuer materieller Entscheidung gefällt wurde und eine Regelung bzw. Sistierung des Besuchsrechts bis zu diesem Zeitpunkt obsolet ist, ist das Rechtsmittelverfahren gegen die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 18. Mai 2018 daher in Anwendung von Art. 242 ZPO gegenstandslos geworden und entsprechend abzuschreiben (vgl. BK ZPO-Killias, Art. 242 N 1 und N 4; ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 242 N 3).

- 11 - IV. (Berufung gegen die Verfügung vom 26. Juni 2018) 1. Vorbemerkungen Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in ihrer Eingabe vom 4. März 2019 zum modifizierten Berufungsantrag erklärte, es gebe in materieller Hinsicht nichts zu ergänzen, und grundsätzlich auf ihre bisherigen Ausführungen verwies (Urk. 34 S. 2). Entsprechend ist auf ihre zuvor gemachten Ausführungen näher einzugehen. 2. Zulässigkeit der Abänderung vorsorglicher Massnahmen Die Klägerin wirft in ihrer Berufungsschrift die Frage auf, ob die Vorinstanz überhaupt berechtigt gewesen sei, einen Entscheid über die Abänderung vorsorglicher Massnahmen bezüglich des Besuchsrechts zu treffen, nachdem sich die Parteien am 22. Februar 2018 anlässlich einer Besprechung beim AJB J.\_\_\_\_\_ über das weitere Besuchsrecht geeinigt hätten (Urk. 32/1 S. 8 mit Verweis auf Urk. 1). Der Beistand habe in der Folge in einem Schreiben an die Vorinstanz festgehalten, worüber die Parteien sich geeinigt hätten, wobei er dieses Schreiben zuerst den Parteien vorgelegt habe und dieses erst nach deren Bestätigung an die Vorinstanz gesandt habe (siehe Urk. 1 S. 7). Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass sich der vom Beistand D.\_\_\_\_\_ unterzeichneten und der Vorinstanz eingereichten "Teilvereinbarung" lediglich eine einvernehmliche Regelung der "nächsten drei Besuche" entnehmen lässt, nämlich derjenigen am 25. März, 22. April und 20. Mai 2018. Danach sollte eine Auswertung dieser Besuche stattfinden (siehe Urk. 7/63). Eine einvernehmliche Regelung sämtlicher zukünftigen Besuche lässt sich dem Wortlaut dieser "Vereinbarung" hingegen nicht entnehmen. Zudem hielt die Klägerin in ihrer Berufungsschrift vom 31. Mai 2018 selbst fest, dass sich die Parteien an einem Auswertungsgespräch über die weiteren Besuche hätten einigen und die Modalitäten festlegen wollen (Urk. 1 S. 9). Dies ist in der Folge jedoch offenbar nicht geschehen, jedenfalls wird nichts dergleichen vorgebracht. Insofern ist nicht ersichtlich, dass sich die Parteien bereits einvernehmlich über das künftige Besuchsrecht geeinigt hätten (siehe im Übrigen auch Urk. 7/65-70).

- 12 - 3. Besuchsrecht

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