

ZH_OBERGERICHT LZ200002 vom 30. Dezember 2020

ZH Obergericht, 2020-12-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ200002

FR: ZH_OBERGERICHT LZ200002 du 30 décembre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LZ200002 del 30 dicembre 2020

Erwägungen

E. 1

Die Beklagte 1, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte 1 (fortan Beklagte 1) und der Kläger, Erstberufungsbeklagte 1 und Zweitberufungskläger (fortan Kläger) sind die unverheirateten Eltern von D._____, geboren am tt.mm.2013. Am 7. Mai 2014 genehmigte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen (fortan KESB) die Vereinbarung der Eltern über die gemeinsame elterliche Sorge (Urk. 8/7/1/7). Am 1. Februar 2018 erstattete die Beklagte 1 Strafanzeige gegen den Kläger wegen sexuellen Missbrauchs der gemeinsamen Tochter (Urk. 8/4/6; Urk. 8/7/4). Am 23. Februar 2018 reichte der Kläger bei der KESB eine Gefährdungsmeldung gegen die Beklagte 1 ein wegen Kontaktabbruchs zwischen ihm und seiner Tochter (Urk. 8/4/5). Im Laufe des KESB-Verfahrens wurde unter anderem mit Beschluss vom 21. August 2018 der persönliche Verkehr des Klägers mit D._____ geregelt (Urk. 8/7/116 S. 9 ff.). In der Folge konnten am 14. Mai, 11. Juni und 9. Juli 2019 durch Fachpersonen der E._____ GmbH begleitete Besuchskontakte durchgeführt, nicht aber unbegleitete Treffen realisiert werden (Urk. 1 S. 4; Urk. 16 S. 13 f.; Urk. 8/7/225 S. 2). Mit Eingabe vom 5. November 2019 erhob der Kläger bei der Vorinstanz eine Klage auf Abänderung des Kinderunterhalts und Regelung der Obhut (Urk. 8/1). Mit Verfügung vom 6. Dezember 2019 wurde dem Kläger und

- 8 - der Beklagten 1 unter anderem Frist angesetzt, um zu erklären, wie sie sich zu einer umgehenden Anordnung einer Psychotherapie für D._____, der umgehenden Wiederaufnahme der durch die KESB angeordneten Besuchskontakte zwischen dem Kläger und D._____, zur Weiterführung der Besuchsrechtsbeistandschaft und zur umgehenden Anordnung einer Kindesvertretung stellen (Urk. 8/8). Nach Einsicht in die entsprechenden Stellungnahmen (Urk. 8/10+11) erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 8/18 = Urk. 2).

E. 1.1

Die Entscheidgebühr für das vereinigte Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

E. 1.2

Gemäss Art. 108 ZPO hat derjenige die unnötigen Kosten zu tragen, der sie verursacht. Unnötig sind unter anderem Kosten für vermeidbare Fehler (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 108 N 7). Unter diesem Titel können Prozesskosten auch dem Parteivertreter auferlegt werden, wenn er die Grundsätze elementarster Sorgfalt missachtet (BGer 4A_524/2019 vom 4. März 2020, E. 4.1). Die Kosten für das Beweisverfahren betreffend die Rechtzeitigkeit der Erstberufungsantwort in

Höhe von Fr. 500.– sind daher Rechtsanwalt MLaw Y. _____ persönlich aufzuerlegen.

E. 1.3

Sowohl die Beklagte 1 als auch der Kläger unterliegen mit ihren Berufungen vollumfänglich. Zwar wurde der Berufung der Beklagten 1 teilweise die beantragte aufschiebende Wirkung gewährt (Urk. 12 S. 9 f.), in der Folge aber die angefochtene Verfügung mit vorliegendem Endentscheid vollumfänglich bestätigt. Sodann wird dem klägerischen Ansinnen teilweise entsprochen, indem die Kosten für das begleitete Besuchsrecht von beiden Elternteilen zu tragen sind, was jedoch im Rahmen seiner Berufungsanträge nur marginal zu Buche schlägt. Daher und da beide Eltern unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresse gute Gründe für ihre Antragstellung hatten, sind gemäss ständiger Praxis der erkennenden Kammer

- 27 - die Kosten dieses Verfahrens – nach Abzug der durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____ zu tragenden Kosten – der Beklagten 1 und dem Kläger je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO). Die Beklagte 2 hat sich vom Berufungsverfahren distanziert mit der Begründung, ihre Parteistellung beruhe einzig auf den von ihr bevorschussten Kinderunterhaltsbeiträgen, die nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens seien (Urk. 23/10). Letzteres trifft zu. Die Beklagte 2 ist somit in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO antragsgemäss von den Prozesskosten zu befreien. Sie ist für das Berufungsverfahren weder kosten- noch entschädigungspflichtig (vgl. Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 107 N 22).

E. 1.4

Die Kosten der Kindesvertretung im Umfang von Fr. 2'422.70 sind als Teil der Verfahrenskosten der Beklagten 1 und dem Kläger entsprechend der Verteilung der Prozesskosten je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 lit. e ZPO; Urk. 39). 2. Unentgeltliche Rechtspflege

E. 2

Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Folglich können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Sämtliche von den Parteien im Berufungsverfahren eingereichten Urkunden und daraus abgeleiteten Vorbringen sind somit vorliegend zu berücksichtigen. 3.1. Mit seinem Zweitberufungsantrag Ziffer 1 verlangte der Kläger, es sei nebst der Dispositiv-Ziffer 2 auch Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Entscheids aufzuheben (Urk. 23/1 S. 2). Mit Letzterer wird die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten (Urk. 2 S. 8). Der Kläger unterlässt es, diesen Antrag in seiner Berufungsschrift zu begründen (Urk. 23/1). Es fehlt somit insofern an einer Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung (Art. 311 Abs. 1 ZPO; BGer 5A_736/2016 vom 30. März 2017 E. 4.2; BGer 5A_205/2015 vom 22. Oktober 2015 E. 5.2), weshalb auf die Zweitberufung betreffend Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 5 nicht einzutreten ist. 3.2. Im Übrigen sind die Rechtsmittelvoraussetzungen vorliegend erfüllt: Die gegen den erstinstanzlichen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen zulässige Erstberufung und die als Zweitberufung entgegengenommene Beschwerde (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO) wurden form- und fristgerecht erhoben (Art. 314 Abs. 1 ZPO, Art. 142 f. ZPO) und sind – mit vorstehender Ausnahme – rechtsgenügend begründet (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Auf die

Berufungen ist damit insoweit einzutreten.

- 11 -

E. 2.1

Sowohl die Beklagte 1 als auch der Kläger ersuchen für die vorliegenden Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 3; Urk. 16 S. 3; Urk. 23/1 S. 3; Urk. 23/16 S. 2).

E. 2.2

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechts- pflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechts- begehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Für die Beurtei- lung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu be- trachten ist, sind ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu berücksichti- gen, und zwar im Zeitpunkt der Gesuchsstellung (Mohs, OFK-ZPO, ZPO 117 N 5). Dabei gilt als mittellos bzw. bedürftig, wer trotz Ausschöpfung sämtlicher ei- gener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und seine Familie auch den Prozess zu finanzieren (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 4). Ist es dem Gesuchsteller nicht möglich, die anfallenden Prozesskosten bei weniger

- 28 - aufwändigen Prozessen innert Jahresfrist, bei aufwändigeren innert zwei Jahren zu tilgen, ist ihm die unentgeltliche Rechtspflege nach ständiger Bundesgerichts- praxis zu bewilligen (vgl. statt vieler BGE 141 III 369 E. 4.1).

E. 2.3

Die Beklagte 1 erzielt ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'364.– (Urk. 5/7). Über massgebliches Vermögen verfügt sie nicht (Urk. 22/11; Urk. 20 S. 3; Urk. 23/16 S. 9). Beim von ihr geltend gemachten Bedarf von Fr. 3'426.– (Urk. 20 S. 3; Urk. 23/16 S. 8) sind die Transportkosten von Fr. 620.– auf Fr. 84.– zu reduzieren, sind doch die effektiven Fahrtkosten zum Arbeitsplatz bedarfsrele- vant, die sich praxisgemäss anhand einer Kilometerpauschale von Fr. 0.70 be- rechnen (10 km Arbeitsweg [Hin- und Rückweg] à Fr. 0.70 x 12 Tage). Dadurch resultiert ein monatlicher Bedarf der Beklagten 1 von Fr. 2'890.–. Nach dessen Deckung verbleibt ihr ein Überschuss von Fr. 474.– pro Monat. Dieser Über- schuss ermöglicht es ihr nicht, die Kosten des als wenig aufwändig zu qualifizie- renden Berufungsverfahrens von rund Fr. 9'573.– (Fr. 2'211.– hälftige Gerichts- kosten, Fr. 7'362.– voraussichtliche eigene Anwaltskosten; Urk. 37/21+22) innert Jahresfrist zu tilgen. Damit ist die Bedürftigkeit der Beklagten 1 für das Beru- fungsverfahren ausgewiesen. Der Kläger erzielte im Jahr 2019 ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'780.– (Urk. 23/4/12; Urk. 23/4/13). Per Ende 2019 betrug der Kontostand seines Privatkontos Fr. 6'397.18 (Urk. 23/4/14), weshalb von einem Vermögen auszugehen ist, das einen ihm zu belassenden Notgroschen nicht übersteigt. Sei- nem Einkommen steht ein monatlicher Bedarf von rund Fr. 3'200.– gegenüber (Urk. 23/1 S. 12; Urk. 23/4/11; Urk. 8/1 S. 35; Urk. 8/4/18-21). Die Kosten für die Ehefrau des Klägers sind mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz nicht zu berück- sichtigen, macht er doch selbst nicht geltend, dass sie bereits im Zeitpunkt der Gesuchstellung angefallen sind (Urk. 16 S. 18). Nach der Deckung seines Be- darfs verbleibt dem Kläger demzufolge ein Überschuss von Fr. 580.–. Auch ihm ist es demnach

nicht möglich, die Kosten des wenig aufwändigen Berufungsverfahrens von rund Fr. 8'210.– (Fr. 2'211.– hälftige Gerichtskosten, Fr. 6'000.– geschätzte eigene Anwaltskosten) innert Jahresfrist zu tilgen, weshalb die Bedürftigkeit des Klägers für das Berufungsverfahren ebenfalls gegeben ist.

- 29 -

E. 2.4

Die Prozessstandpunkte der beiden Gesuchsteller können im vorliegenden Verfahren nicht als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden. Zudem sind sie rechtsunkundig und für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte im Berufungsverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Ihre Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind demzufolge zu bewilligen und es ist der Beklagten 1 in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin, dem Kläger in der Person von Rechtsanwalt MLaw Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Es wird beschlossen:

E. 4

Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurde Dispositiv-Ziffer 3 erster bis dritter und fünfter bis achter Spiegelstrich der vorinstanzlichen Verfügung. In diesem Umfang ist sie in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. Das von der Beklagten 1 gegen die Dispositiv-Ziffern 1 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung erhobene Rechtsmittel wurde in einem separaten Verfahren beurteilt (RZ200001-O; Urk. 14). III. (Materielle Beurteilung) A. Gehörsverletzung 1. Die Beklagte 1 rügt zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Vorinstanz habe den Parteien – ohne dass Entsprechendes beantragt worden sei – mit Verfügung vom 6. Dezember 2019 Frist angesetzt, um unter anderem zur umgehenden Wiederaufnahme der durch die KESB angeordneten Besuchskontakte des Klägers zu seiner Tochter D._____ Stellung zu nehmen. Die entsprechenden Eingaben (Urk. 8/10; Urk. 8/11) seien den Parteien erst zusammen mit der angefochtenen Verfügung zugegangen, weshalb die Beklagte 1 zu den vorgebrachten Behauptungen der Gegenseite nicht habe Stellung nehmen können. Dadurch sei ihr rechtliches Gehör verletzt worden (Urk. 1 S. 5, 6). Zudem sei die angefochtene Verfügung der Vorinstanz ergangen, bevor die Beklagte 1 zur Klagebegründung erstmals habe Stellung nehmen können (Urk. 1 S. 5), sei ihr doch die Frist zur Erstattung der Klageantwort bis 24. Februar 2020 erstreckt worden. Die von der Vorinstanz erlassene Kontaktregelung gehe weit über die mit Verfügung vom 6. Dezember 2019 angekündigte "umgehende Wiederaufnahme von Besuchskontakten" hinaus und regle das Kontaktrecht für die Zeit nach Ablauf eines halben Jahres. Dies obwohl die Klageantwort wenige Tage nach Erlass des vorsorglichen Massnahmeentscheides und damit weit vor Ablauf eines halben Jahres vorgelegen hätte. Auch damit habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beklagten 1 verletzt. Entsprechend sei Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheides aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes zurückzuweisen (Urk. 1 S. 5 f.).

- 12 - 2. Der Kläger bestreitet eine Gehörsverletzung der Beklagten 1 und bringt unter anderem vor, sie habe genau wie er zu einer möglichen umgehenden Wiederaufnahme der Besuchskontakte zwischen Vater und Tochter Stellung nehmen können, was sie denn auch ausführlich getan habe (Urk. 16 S. 15 ff.). 3. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss

Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO umfasst neben anderen das Recht auf Replik. Dieses beinhaltet nämlich das Recht, sich zu jeder eingereichten Stellungnahme unabhängig von ihrer prozessualen Bezeichnung zu äussern. Das Gericht hat die Stellungnahme den anderen Parteien zuzustellen, auch wenn es auf die Verfügung eines neuen Schriftwechsels verzichtet. Das Recht auf Replik verpflichtet dabei nicht zur Festsetzung einer Frist an die Partei zur Einreichung allfälliger Stellungnahmen, ihr muss lediglich zwischen der Übermittlung der Dokumente und dem Erlass der Verfügung genügend Zeit gelassen werden, um allfällige Bemerkungen einzureichen, wenn sie es für notwendig hält (BGE 142 III 48 E. 4.1.1 = Pra 106 (2017) Nr. 4; BGE 138 I 484 E. 2.2 m.w.H.).

E. 4.1

Die Vorinstanz setzte dem Kläger und der Beklagten 1 mit Verfügung vom

E. 4.2

Nicht gefolgt werden kann hingegen der Argumentation der Beklagten 1, ihr rechtliches Gehör sei auch dadurch verletzt, dass die vorsorglichen Massnahmen vor Erstattung der Klageantwort erlassen wurden (Urk. 1 S. 6). Die Vorinstanz gab den Eltern Gelegenheit, sich zu den Kinderschutzmassnahmen zu äussern (Urk. 8/8 S. 2). Beide Elternteile nahmen diese wahr (Urk. 8/10; Urk. 8/11). Es war der Beklagten 1 somit unbenommen, im Rahmen ihrer Stellungnahme alle ihr we-

- 13 - sentlich erscheinenden Vorbringen zur umgehenden (und vorsorglichen) Wiederaufnahme des durch die KESB angeordneten Kontaktrechts zu äussern. Sie durfte nicht darauf vertrauen, ihren Standpunkt mit ihrer Klageantwort, die den Vorbringen zur Hauptsache dient, nochmals verdeutlichen zu können. Mit der vorgängigen Gewährung des Äusserungsrechts wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör ausreichend gewahrt. Dass die Vorinstanz die fraglichen Kinderschutzmassnahmen anordnete, ohne dass irgendeine Partei entsprechende Anträge gestellt hatte, wurde von der Beklagten 1 zu Recht nicht beanstandet (Urk. 8/1 S. 5). Für Verfahren betreffend Kinderbelange gilt die Offizial- und uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO), weshalb das Gericht ohne Bindung an die Parteienanträge entscheidet, mithin auch wenn solche gänzlich fehlen (Art. 298 Abs. 3 ZPO). Weiter verfängt der Einwand der Beklagten 1 nicht, wonach die vorsorglich angeordnete Kontaktregelung weit über die "umgehende Wiederaufnahme von Besuchskontakten" hinausgehe, indem sie das Kontaktrecht für die Zeit nach Ablauf eines halben Jahres regle (Urk. 1 S. 6). Nach dem Wortlaut der Verfügung vom 6. Dezember 2019 wurde ausdrücklich die umgehende Wiederaufnahme der durch die KESB angeordneten Besuchskontakte zur Diskussion gestellt (Urk. 8/8 S. 2). Diese sahen zunächst ein begleitetes Besuchsrecht für zwei Male während je zwei Stunden vor, hernach ein unbegleitetes Besuchsrecht an jedem zweiten Samstag von 10 Uhr bis 16 Uhr (Urk. 8/7/116 S. 9). Die Anordnung des von der Beklagten 1 beanstandeten unbegleiteten Besuchsrechts stellte somit keine Überraschung dar. Sodann geht der Entscheid der Vorinstanz, der erst nach sechs Monaten ein unbegleitetes Besuchsrecht vorsieht, inhaltlich weniger weit als die Anordnung der KESB, weshalb der Beklagten 1 auch in diesem Punkt nicht gefolgt werden kann. Eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs ist nicht ersichtlich. Weitere Gehörsverletzungen wurden nicht gerügt. 5.1. Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Dessen Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Eine nicht besonders

schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann jedoch ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann.

- 14 - Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.2, E. 2.3.2; BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.). 5.2. Die Stellungnahmen des Klägers und der Beklagten 1 wurden der Gegenseite und der Verfahrensbeteiligten mit der angefochtenen Verfügung zugestellt (Urk. 2 S. 8; Urk. 8/10+11; Urk. 1 S. 5). Die beiden Eingaben gingen demnach den Parteien zu Beginn der Rechtsmittelfrist zu. Damit hatte die Beklagte 1 Gelegenheit, sich zusammen mit der Berufungsschrift zur fraglichen Eingabe des Klägers zu äussern, was sie denn auch tat (Urk. 1 S. 5 f.). Die Berufungsinstanz überprüft vorliegend den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei, gelten doch auch zweitinstanzlich die Offizial- und uneingeschränkte Untersuchungsmaxime sowie die freie Novenausserung bis zur Urteilsberatungsphase (BGE 142 III 413 E. 2.2.6). Die Rückweisung der Sache würde daher einen formalistischen Leerlauf bedeuten und gerade vorliegend, da im Interesse des Kindeswohls eine baldige Wiederaufnahme des Kontakts zwischen Vater und Tochter angezeigt ist (vgl. nachstehend E. III.B.), zu unnötigen Verzögerungen führen, die mit dem Interesse an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären. Damit hat die vorstehend festgestellte Gehörsverletzung (E. III.4.1.) im Berufungsverfahren als geheilt zu gelten. 5.3. Die Beklagte 1 bringt schliesslich vor, ihr habe für das Verfassen der Berufungsschrift lediglich ein Teil der vorinstanzlichen Akten vorgelegen, da diese bis Ende Februar 2020 an die KESB herausgegeben worden seien. Sie ersuche deshalb um Fristansetzung zur Ergänzung der Berufungsschrift (Urk. 1 S. 6). Die Beklagte 1 hatte sowohl mit ihrer Zweitberufungsantwortsschrift vom

E. 6

Juli 2020 (Urk. 23/16) als auch im Rahmen des von ihr ausgeübten Replikrechts zur Erstberufungsantwort resp. zur Eingabe des Kindesvertreters vom

- 15 - 2. November 2020 (Urk. 35) Gelegenheit, Anträge zu stellen und Behauptungen vorzubringen. Bis dahin hatte sie auch Einsicht in die vollständigen vorinstanzlichen Akten (Urk. 8/35; Urk. 8/1-33). Angesichts der geltenden Prozessmaximen und mangels Novenschranke bis zur Urteilsberatung sind ihre Vorbringen im Berufungsverfahren ohne Einschränkung zu berücksichtigen. Damit konnte die Beklagte 1 ihre Einsichts- und Äusserungsrechte hinreichend wahrnehmen. Eine Fristansetzung zur Ergänzung der Berufungsschrift erübrigt sich aus diesem Grund. B. Kontaktrecht 1. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz berechtigt den Kläger, D._____ für die Dauer des Verfahrens während sechs Monaten alle vierzehn Tage während mindestens zwei Stunden unter individuell und situativ ausgestalteter sowie flexibler Begleitung durch Fachpersonen, beispielsweise der E._____ GmbH oder einer vergleichbaren Einrichtung, zu besuchen. Bei erfolgreicher Durchführung des halbjährigen begleiteten Besuchsrechts wird der Kläger für berechtigt und verpflichtet erklärt, die Tochter jedes zweite Wochenende am Samstag oder

Sonntag von 10 Uhr bis 18 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (Urk. 2 S. 6 f.). Die Vorinstanz erwog dazu, der letzte Kontakt zwischen dem Kläger und D._____ sei am 9. Juli 2019 begleitet durch Fachpersonen der E._____ GmbH erfolgt. Seither hätten keine Besuchskontakte stattgefunden. Regelmässige und verlässliche Kontakte zu beiden Elternteilen seien jedoch zur gedeihlichen Entwicklung gerade von Kindern getrennt lebender Eltern enorm wichtig und D._____ wolle den Kläger sehen. Weiter würden auch die Experten des Kantonsspitals Winterthur in ihrem Abklärungsbericht vom 4. September 2019 die Fortführung der begleiteten Besuche und deren allmähliche Ausdehnung sowie unbegleitete Besuche bei gutem Verlauf empfehlen (Urk. 8/7/233 S. 4). Daher seien die Besuchskontakte, die während fast sieben Monaten nicht stattgefunden hätten, erneut behutsam aufzubauen. Der kindswohlgerechte Kontaktaufbau habe bisher nur unter Begleitung von Fachpersonen der E._____ GmbH erreicht werden können, wozu die Beklagte 1 grundsätzlich bereit sei, wenn dies weiterhin durch

- 16 - F._____ geschähe. Der Kläger habe sodann selbst erlebt, wie sich seine Tochter bei den bisherigen Treffen im erwähnten Rahmen sehr schnell recht entspannt und sich ihm zugewandt verhalten sowie von sich aus den Körperkontakt zu ihm gesucht habe. In einer ersten Phase liege somit der Kontaktaufbau mit individuell und situativ ausgestalteter sowie flexibler Begleitung durch Fachpersonen, beispielsweise der E._____ GmbH oder einer vergleichbaren Einrichtung, im Kindeswohl. Weiter wies die Vorinstanz darauf hin, die Vor- und Nachbereitung sowie die Durchführung der Besuche und die Berichterstattung oblägen den Fachpersonen der Besuchsrechtsbegleitung. Diese könnten je nach Verlauf der begleiteten Besuche Antrag auf Verkürzung oder Verlängerung der ersten Phase stellen (Urk. 2 S. 4 f.).

E. 9

Juli 2019 erfolgten Besuchstreffen zwischen Vater und Tochter unter fachlicher Begleitung von F._____ der E._____ GmbH. Diesen Kontaktverlauf beurteilt die Beiständin in ihrem Bericht vom 19. Juli 2019 als "in ersten Ansätzen erkennbar positiv". Sie hielt dafür, die Besuche vorerst über einen Zeitraum von sechs Monaten durch die E._____ GmbH begleitet vorzusehen, wobei das Setting und die Kontaktdauer den Bedürfnissen des Kindes anzupassen seien (Urk. 8/7/225 S. 2). An dieser Auffassung hielt die Beiständin auch drei Monate später in ihrem Bericht vom 3. Oktober 2019 fest, als der Kläger seine Zustimmung zur Fortführung der begleiteten Besuche bereits widerrufen hatte. Sie führte aus, D._____ habe

- 22 - extrem grosse Schwierigkeiten beim Wechsel von einem zum anderen Elternteil. Dabei benötige sie professionelle Unterstützung und Begleitung. Es sei äusserst wichtig, dass sie den Rhythmus vorgebe, inwieweit sie sich auf den Vater einlassen könne und er sich der Tochter nähern dürfe. Mit unbegleiteten Kontakten zum Vater sei D._____ nach wie vor massiv überfordert und werde vermutlich mit Verweigerung reagieren. Nach Ansicht der Beiständin erscheine daher eine situativ angepasste professionelle Besuchsbegleitung, wie sie bis anhin praktiziert worden und geplant sei, als die einzige verbleibende Variante, um D._____ einen kindswohlgerechten Kontaktaufbau zum Vater zu ermöglichen (Urk. 8/7/237 S. 3). 5.1. Insgesamt ergibt sich, dass es zwischen D._____ und dem Kläger aufgrund der extrem konfliktbehafteten Elternbeziehung und da die Beklagte 1 das Kindeswohl in der Obhut des Klägers stark gefährdet sah, zu einem inzwischen überjährigen Kontaktabbruch kam. D._____ befindet sich in einem grossen Loyalitätskonflikt. Während sie noch am 8. Januar 2019 in Abwesenheit der Beklagten 1

ge- gegenüber den Abklärenden des KJZ Winterthur äusserte, den Kläger treffen zu wollen (Urk. 8/7/179 S. 12), gab sie im September 2020 gegenüber dem Kindesvertreter an, sie wünsche den Vater derzeit nicht zu sehen (Urk. 32 S. 3). Grundsätzlich ist auf den Willen des Kindes Rücksicht zu nehmen. Vorliegend ist jedoch mit dem Kindesvertreter davon auszugehen, dass es D._____ aufgrund ihres Alters und der Nähe zur Mutter als engster Bezugsperson nicht möglich ist, hinsichtlich des Kontakts zum Vater einen unabhängigen Willen zu entwickeln. Auch ist dem Kindesvertreter beizupflichten, dass das Thema "Vater" D._____ selbst im Falle eines Verzichts auf einen Kontaktaufbau weiterhin begleitet und belastet. Darüber hinaus leuchtet ein, dass im Falle weiterer Verzögerungen des Kontaktaufbaus die Widerstände D._____s zunehmen, wohingegen ein regelmässiger Kontakt die Ängste abzubauen hilft (Urk. 32 S. 6). Weiter erscheint relevant, dass sich die Siebenjährige der Auswirkungen eines Kontaktabbruchs zum Vater auf ihre psychische und kindgerechte Entwicklung im heutigen Zeitpunkt nicht bewusst sein kann. Es ist daher entgegen dem Kinderwillen auf die Meinung der Experten abzustützen, die eine Fortführung der Besuchskontakte zwischen Vater und Tochter empfehlen.

- 23 - Mittlerweile ist die Entfremdung zum Kläger aber offenbar derart gross, dass eine Wiederannäherung nach übereinstimmender Einschätzung der Fachpersonen nur behutsam und unter enger professioneller Begleitung möglich ist. Mit einem unbegleiteten Besuchsrecht wäre D._____ nach Ansicht der Beiständin massiv überfordert und damit das Kindeswohl gefährdet. Da die drei im vergangenen Jahr durchgeführten begleiteten Kontakte im Gegensatz zum nicht realisierten begleiteten Besuchskontakt im Besuchstreff Winterthur grundsätzlich positiv verliefen, ist dieses Setting wieder aufzunehmen, zumal auch D._____ gegenüber dem Kindesvertreter geäussert hat, sie wünsche bei einer Wiederaufnahme des Besuchsrechts F._____ dabei zu haben. Den Einwänden des Klägers, diese Treffen seien für ihn erniedrigend gewesen (Urk. 23/1 S. 7), ist entgegenzuhalten, dass bei der Besuchsrechtsausübung die Interessen der Eltern gegenüber denjenigen des Kindes unterzuordnen sind. Der besuchsberechtigte Elternteil hat die aus dem Besuchsrecht ergebenden Unannehmlichkeiten ebenso in Kauf zu nehmen wie der obhutsberechtigte Elternteil, zumal es um ein dem Kindeswohl entsprechendes Kontaktrecht geht. Angesichts des aktuellen Widerstands D._____s gegenüber Besuchskontakten ist ein situativ ausgestaltetes Besuchsrecht angezeigt, das den Bedürfnissen von D._____ beim Wiederaufbau der Beziehung zum Vater gerecht wird. Weiter erscheint notwendig, zur Vorbeugung einer Überforderung D._____s die Dauer der einzelnen Kontakte anfangs kurz zu halten. Die situative Ausgestaltung der Treffen bringt es mit sich, dass der einzelne Kontakt nach Dafürhalten der anwesenden Fachperson auch kürzer ausfallen kann, wenn dies das Kindeswohl erfordert. Damit ist dem Argument der Beklagten 1 der Boden entzogen, wonach die von der Vorinstanz angeordnete Mindestdauer von zwei Stunden nicht verantwortbar sei (Urk. 23/1 S. 7). Insgesamt entspricht demnach das für die erste Phase von der Vorinstanz angeordnete begleitete Besuchsrecht den erläuterten Anforderungen und damit dem Kindeswohl, weshalb dieses grundsätzlich zu bestätigen ist. Bei der Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts ist über die Kostentragung zu entscheiden (vgl. FamKomm Scheidung, Buehler/Clausen, Art. 274 N 19; BSK ZGB-Schwenzer/Cottier, a.a.O., Art. 273 N 28). Gestützt auf die vorstehen-

- 24 - den Erwägungen ist der Kontaktabbruch zwischen Vater und Tochter und die damit einhergehende Distanzierung auf das Verhalten beider Elternteile zurückzuführen. Es erscheint daher sachgerecht, dass die Kosten für die zur Wiederaufnahme der Kontakte

notwendige Begleitung von beiden Elternteilen je zur Hälfte getragen werden. 5.2. Ein begleitetes Besuchsrecht ist als vorübergehende Massnahme stets nur für eine begrenzte Dauer anzuordnen. Zu beachten ist, dass ein Besuch unter Aufsicht einer Begleitperson nicht denselben Wert hat wie ein unbegleiteter, der in der Regel ungezwungener erfolgt. Sodann führt die gegen den Willen des berechtigten Elternteils angeordnete Begleitung nicht selten zur Verbitterung des Berechtigten, wodurch wiederum die reibungslose Abwicklung des Besuchsrechts und damit dieses selbst in Frage gestellt wird. Die mit dem Fall befassten Experten und Fachpersonen sprechen sich – nach durchgeführten begleiteten Kontakten – übereinstimmend für die Anordnung eines unbegleiteten Besuchsrechts des Klägers aus. Bei diesem bestehen deutliche Vorbehalte gegen das begleitete Besuchsrechtssetting, was den Beziehungsaufbau zur Tochter über längere Dauer gefährden kann. Das vorgesehene, aufwändig gestaltete und durch Fachpersonen begleitete Kontaktrecht ist denn auch zur Förderung des Annäherungsprozesses geeignet, jedoch nicht als Langzeitlösung gedacht. Allerdings ist im heutigen Zeitpunkt aufgrund der Verweigerungshaltung D.____s gegenüber einer Annäherung zum Kläger nicht davon auszugehen, dass der Abbau ihrer Ängste und der Wiederaufbau des gegenseitigen Vertrauens rasch erfolgen wird. Vielmehr ist mit Blick auf das Kindeswohl und im Einklang mit den Expertenmeinungen ein behutsamer Kontaktaufbau vorzunehmen. Es erscheint daher angemessen, das begleitete Besuchsrecht für die Dauer von sechs Monaten vorzusehen. Nach dieser Übergangsphase ist zu erwarten, dass unter der sachkundigen Anleitung der Mitwirkenden eine Annäherung zwischen Vater und Tochter stattgefunden und sich ihre Beziehung gefestigt haben wird. Darüber hinaus sollte eine gewisse Entschärfung der Situation zwischen den Eltern mit Blick auf das gemeinsame Ziel, das Wohl D.____s, erreicht worden sein.

- 25 - Erweist sich das halbjährige begleitete Besuchsrecht als insofern erfolgreich, rechtfertigt sich ein Übergang zum unbegleiteten Besuchsrecht. Der Zeitpunkt dieses Übergangs hängt auch von der Einschätzung der D.____ eng begleitenden Fachpersonen ab. Aufgrund ihrer Nähe zu den Geschehnissen vermögen sie den Verlauf des Vertrauensaufbaus am besten zu beurteilen und können mit Blick auf das Kindeswohl eine Verkürzung oder Verlängerung der begleiteten Phase beantragen. Es wird in der Folge Sache der zuständigen Behörde sein, über diese Anträge zu befinden und die Dauer der ersten Phase gegebenenfalls anzupassen. Auch das unbegleitete Besuchsrecht ist schrittweise aufzubauen, weshalb es angezeigt erscheint, die Dauer auf jeweils einen Tag alle vierzehn Tage zu begrenzen und einstweilen auf Übernachtungen beim Kläger zu verzichten. Vor diesem Hintergrund erweist sich das von der Vorinstanz angeordnete unbegleitete Besuchsrecht ebenfalls als dem Kindeswohl angemessen und ist zu bestätigen. 5.3. Die Vorinstanz ordnete in Dispositivziffer 3, 4. Spiegelstrich, die Organisation und Festlegung der Modalitäten der unbegleiteten Besuche sowie deren Überwachung durch einen im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu bestellenden Beistand resp. Beiständin an (Urk. 2 S. 7). Die Beklagte 1 will diese Dispositivziffer in Korrelation zur von ihr beantragten Neufestsetzung des Kontaktrechts (Verzicht auf ein unbegleitetes Besuchsrecht) aufheben und durch die Vorinstanz resp. die Rechtsmittelinstanz anpassen lassen (Urk. 1 S. 8). Da das Besuchsrecht im Sinne der vorstehenden Erwägungen zunächst begleitet, hernach unbegleitet festzulegen ist, erübrigt sich eine Anpassung der Aufgaben, die der Beiständin in Dispositiv-Ziffer 3, 4. Spiegelstrich, der angefochtenen Verfügung übertragen wurden. Es bleibt daher bei der entsprechenden erstinstanzlichen Anordnung. C. Fazit Zusammengefasst erweisen sich sowohl die Erst- als auch die

Zweitberufung als unbegründet. Beide Berufungen sind abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist, und der angefochtene Entscheid ist mit wenigen Präzisierungen zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 ZPO), soweit er nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Dis-

- 26 - positiv-Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist insofern zu ergänzen, als die Kosten für das angeordnete begleitete Besuchsrecht vom Kläger und von der Beklagten 1 je zur Hälfte zu tragen sind. IV. (Kosten- und Entschädigungsfolgen / Unentgeltliche Rechtspflege) 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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