

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LQ100099-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss vom 25. September 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Rekurrentin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Rekursgegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Abänderung Besuchsrecht)**

**Rekurs gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 1. Dezember 2010 (FE100140)**

Erwägungen:

I.

1. Den Parteien wurde mit Verfügung des Eheschutzrichters am Bezirksgericht Zürich (EE080645) vom 9. Februar 2009 das Getrenntleben bewilligt. Ihr Kind C._____, geboren am tt.mm.2004, wurde für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin und Rekurrentin (fortan: Gesuchstellerin) gestellt und dem Gesuchsteller und Rekursgegner (fortan: Gesuchsteller) wurde kein Besuchsrecht zugesprochen (act. 6/11 Dispositivziffern 2 – 4). Da der Gesuchsteller zur Eheschutzverhandlung trotz ordnungsgemässer Vorladung unentschuldigt nicht erschienen war, fanden die Säumnisfolgen gemäss § 208 ZPO/ZH Anwendung (Anerkennung der klägerischen Sachdarstellung und Verzicht auf Einreden, Prot. EE080645 S. 3). Die Eheschutzverfügung vom 9. Februar 2009 erging unbegründet; sie blieb unangefochten, keine der Parteien verlangte eine Begründung (act. 6/11 ff.).

2. Am 4. Januar 2010 reichte die Gesuchstellerin beim Friedensrichter Klage auf Scheidung der Ehe ein (act. 1). Mit Eingabe vom 8. Februar 2010 erklärte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz, mit der Scheidung einverstanden zu sein (act. 5 S. 2). Während des Scheidungsverfahrens stellte der Gesuchsteller am 2. September 2010 ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen, mit welchem er erreichen wollte, dass ihn sein Sohn C._____ mindestens eine Stunde pro Woche in der Strafanstalt D._____ besuchen käme (act. 39 und act. 44 S. 2).

3. Mit Verfügung vom 1. Dezember 2010 entschied die Vorinstanz über das Besuchsrecht des Gesuchsstellers wie folgt (Urk. 3 S. 9 f.):

- "1. Der Gesuchsteller wird für berechtigt erklärt, den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2004, spätestens sechs Monate nach Rechtskraft dieser Verfügung jede zweite Woche für eine Stunde zu Besuch zu empfangen; in den ersten sechs Monaten ist es Aufgabe des Beistandes, die Häufigkeit der Besuche unter Berücksichtigung des Kindeswohls zu bestimmen.

2. Es wird eine Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet. Der Beistand hat die Aufgabe, das Kind auf die Aufnahme der Besuche vorzubereiten, den Zeitpunkt der Besuche unter Wahrung der Interessen des Kindes und der Gesuchsteller festzulegen, eine Begleitperson für das Kind während der Hin- und Rückreise zur Strafanstalt sowie zu Beginn der ersten Besuche zu organisieren und die Häufigkeit der Besuche im ersten halben Jahr unter Berücksichtigung des Kindeswohls zu bestimmen.

Der Vollzug der Beistandschaft wird der Vormundschaftsbehörde E._____ übertragen.

3. [Mitteilung]
4. [Rechtsmittel]"

4. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2010 erhob die Gesuchstellerin innert Frist Rekurs gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 1. Dezember 2010 und stellte folgende Anträge (Urk. 2 S. 2 f.):

- "1. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung (Verfügung vom 1. Dezember 2010 der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich) sei Dispositiv Ziff. 4 der Verfügung vom 9. Februar 2009 des Einzelrichters des Bezirksgerichts Zürich zu bestätigen, nämlich, dass dem heutigen Gesuchsteller und Rekursgegner – solange er in einer Strafanstalt inhaftiert ist – kein Besuchsrecht für C._____ zugesprochen wird.
2. Nach Entlassung des Gesuchstellers und Rekursgegners aus der Strafanstalt sei ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen.
3. Dispositiv Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung (Verfügung vom 1. Dezember 2010 der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich) sei somit wie folgt abzuändern:
Es wird nach Entlassung des Gesuchstellers und Rekursgegners aus der Strafanstalt eine Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet. Der Beistand hat die Aufgabe, das Kind auf die Aufnahme der Besuche vorzubereiten, den Zeitpunkt der Besuche unter Wahrung der Interessen des Kindes und der Gesuchsteller festzulegen, sowie am Wohnort des Kindes einen von der Vormundschaftsbehörde für das begleitete Besuchsrecht vorgesehenen Ort zu bestimmen.
Der Vollzug der Beistandschaft wird der Vormundschaftsbehörde E._____ übertragen.
4. Es sei C._____ durch eine Fachperson (F._____, ..., ... [Adresse]) anzuhören und/oder ein kinderpsychologisches und -psychiatrisches Gutachten anzuordnen.

5. Beizug der Strafakten in Sachen B._____ durch das Gericht, insbesondere der begründeten Urteile der ersten und zweiten Instanz sowie der in Dispositiv Ziff. 2 (act. 45/1) beschlagnahmten Unterlagen, die als Beweismittel gedient hatten.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers und Rekursgegners."

5. Mit Verfügung vom 5. Januar 2011 wurde der Gesuchstellerin in Anwendung von § 276 Abs. 2 ZPO/ZH Gelegenheit gegeben, ihre Rekursanträge Ziffern 2 und 3 zu präzisieren (act. 6). Die präzisierten Rekursanträge und deren Begründung gingen innert Frist mit Eingabe vom 24. Januar 2011 ein und lauten wie folgt (Urk. 8 S. 2 ff.):

- "1. [wie ursprünglicher Rekursantrag 1]
2. Nach Entlassung des Gesuchstellers und Rekursgegners aus der Strafanstalt wird zunächst folgendes begleitetes Besuchsrecht angeordnet:
 - a) Der Gesuchsteller wird für berechtigt erklärt, den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2004, jeden ersten und dritten Sonntag im Monat von 11.00 bis 14.00 h im städtischen Kinderhaus G._____, ..., ... [Adresse] auf eigene Kosten zu besuchen.
 - b) Das begleitete Besuchsrecht wird zunächst für sechs Monate angeordnet.
 - c) Hat der Gesuchsteller das Besuchsrecht im G._____ unbegründet mehr als zweimal nicht wahrgenommen, wird das begleitete Besuchsrecht im G._____ um weitere sechs Monate, mithin für zwölf Monate angeordnet.
 - d) Hat der Gesuchsteller das begleitete Besuchsrecht im G._____ während der erstreckten sechs Monate wiederum unbegründet mehr als zweimal nicht wahrgenommen, wird ihm das Besuchsrecht entzogen.
 - e) Hat sich das begleitete Besuchsrecht im G._____ nach sechs oder zwölf Monaten bewährt, wird folgendes Besuchsrecht angeordnet:
3. Nach dem bewährten begleitetem Besuchsrecht gemäss vorstehender Ziff. 2 wird der Gesuchsteller zunächst für berechtigt erklärt, den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2004, jeden ersten und dritten Samstag im Monat von 10.00 h bis 18.30 h während weiteren 18 Monaten auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Er wird sodann verpflichtet, jeweils am Samstagnachmittag C._____ zum Fussballtraining zu bringen und vom Fussballtraining wieder abzuholen.

4. Hat sich auch das Besuchsrecht gemäss vorstehender Ziff. 3 bewährt, wird der Gesuchsteller für berechtigt erklärt, den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2004, jedes erste und dritte Wochenende im Monat von Samstag 10.00 h bis Sonntag 18.30 h auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Dies vorausgesetzt, dass er über eine Wohnmöglichkeit verfügt, die für das Besuchsrecht mit Übernachtung geeignet ist.

Der Gesuchsteller wird überdies für berechtigt erklärt, C._____ für die Dauer von zwei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei er einerseits verpflichtet wird, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus der Gesuchstellerin schriftlich mitzuteilen und andererseits verpflichtet wird, seinen Pass bei der Vormundschaftsbehörde E._____ zu hinterlegen oder eine Friedensbürgschaft zu leisten.

5. Dispositiv Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung (Verfügung vom 1. Dezember 2010 der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich) wird somit wie folgt abgeändert:
Es wird nach Entlassung des Gesuchstellers und Rekursgegners aus der Strafanstalt eine Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet, wobei der Gesuchsteller der Vormundschaftsbehörde E._____ das Datum seiner Entlassung aus der Strafanstalt vorzeitig mitzuteilen hat. Der Beistand hat die Aufgabe, C._____ auf die Aufnahme der Besuche vorzubereiten, sowie das Besuchsrecht zu überwachen und bei unbegründetem Fernbleiben des Gesuchstellers hinsichtlich begleitetem Besuchsrecht, dies sogleich der Vormundschaftsbehörde E._____ zu melden.

Der Vollzug der Beistandschaft wird der Vormundschaftsbehörde E._____ übertragen.

6. [wie ursprünglicher Rekursantrag 4]
7. [wie ursprünglicher Rekursantrag 5]
8. [wie ursprünglicher Rekursantrag 6]"

6. Die Vorinstanz verzichtete mit Eingabe vom 28. Januar 2011 auf Vernehmung zum Rekurs (Urk. 12). Die Rekursantwort des Gesuchstellers datiert vom 25. Februar 2011. Er schliesst darin auf Abweisung des Rekurses, sofern überhaupt darauf einzutreten sei (Urk. 14 S. 2). Gleichzeitig stellte der Gesuchsteller das Gesuch, es sei dem Rekurs vollumfänglich die aufschiebende Wirkung zu entziehen (Urk. 14 S. 3). Dieses Gesuch wurde mit Verfügung vom 2. März 2011 abgewiesen (Urk. 17).

7. Mit Verfügung vom 1. April 2011 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zu den Noven in der Rekursantwort und zu den neu eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen (Urk. 19). Die Gesuchstellerin erstatte die entsprechende Stellungnahme am 9. Mai 2011 und reichte weitere Belege ein (Urk. 21 und 23/1-2). Dem Gesuchsteller wurde mit Beschluss vom 28. Juli 2011 Frist angesetzt, um zu allfälligen Noven in der Eingabe der Gesuchstellerin vom 9. Mai 2011 Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurde der Gesuchsteller zur Edition von Unterlagen verpflichtet und aufgefordert mitzuteilen, welche Punkte des gegen ihn ergangenen erstinstanzlichen Strafurteils beim Obergericht des Kantons Zürich angefochten worden sind (Urk. 24).

8. Die Edition des Urteils und Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich vom 23. April 2011 im Strafverfahren gegen den Gesuchsteller wurde von diesem abgelehnt (Urk. 27 S. 3), das Original von Urk. 16/1 befinde sich nicht in seinem Besitz (Urk. 27 S. 2 f.). Gleichzeitig teilte der Gesuchsteller mit, die Berufungsverhandlung vor Obergericht im Strafverfahren stehe noch aus (Urk. 27 S. 4).

9. Mit Beschluss vom 2. September 2011 wurde die Gesuchstellerin verpflichtet, das Original von Urk. 16/1 einzureichen (Urk. 31). Mit Eingabe vom 10. Oktober 2011 erklärte die Gesuchstellerin, nicht im Besitz dieser Urkunde zu sein (Urk. 33 S. 2 ff.).

10. Am 4. November 2011 ergaben Erkundigungen bei der II. Strafkammer des Zürcher Obergerichts, dass der Gesuchsteller gegen das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. April 2010 Berufung in Bezug auf den Schuldpunkt und die Strafzumessung erhoben hatte. Das Strafmass sei hinsichtlich der von der Vorinstanz festgelegten Freiheitsstrafe von 7 ½ Jahren bestätigt worden; die schriftliche Begründung stehe noch aus (Urk. 37). Mit Beschluss vom 8. November 2011 nahm die beschliessende Kammer unter Hinweis auf § 145 ZPO/ZH einen Urteilsauszug vom 23. April 2010 des am Bezirksgericht Zürich unter der Geschäftsnummer DG100050 angelegten Strafverfahrens zu den Akten (Urk. 38 f.). Dieser Urteilsauszug betreffend Strafzumessung wurde den Parteien zusammen mit weiteren Unterlagen zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 39).

11. Mit Eingabe vom 11. November 2011 reichte der Gesuchsteller das Urteilsdispositiv der II. Strafkammer des Zürcher Obergerichts vom 5. Oktober 2011 ein (Urk. 40 f.).

12. Mit Eingabe vom 8. Dezember 2011 nahm die Gesuchstellerin (unaufgefordert) zu den Urk. 37, 38, 40 und 41 Stellung. Das Doppel dieser Eingabe wurde dem Gesuchsteller am 4. Januar 2012 zur Kenntnisnahme gebracht (Urk. 43 f.).

13. Am 8. März 2012 teilte die II. Strafkammer des Zürcher Obergerichts mit, das am 5. Oktober 2011 zweitinstanzlich ausgefallte Strafurteil sei zwischenzeitlich in Rechtskraft erwachsen. Davon wurde den Parteien am 12. März 2012 Kenntnis gegeben (Urk. 46).

14. Mit Eingabe vom 3. April 2012 machte der Gesuchsteller Ausführungen zu seinem aktuellen Haftregime. Diese Eingabe wurde der Gesuchstellerin am 11. April 2012 zur Kenntnis zugestellt (Urk. 48).

15. Die Gesuchstellerin nahm dazu mit Eingabe vom 19. April 2012 Stellung (und machte weitere Ausführungen; Urk. 51). Der Gesuchsteller informierte die beschliessende Kammer mit Eingabe vom 22. Mai 2012 über seine neue Haftsituation (Urk. 54 S. 1). Die beschliessende Kammer erkundigte sich darauf bei der Justizvollzugsanstalt nach dem aktuellen Haftregime des Gesuchstellers (Urk. 56) und stellte die Eingaben der Parteien vom 19. April bzw. 22. Mai 2012 der jeweiligen Gegenpartei mit Verfügung vom 18. Juli 2012 zur Stellungnahme zu (Urk. 57). Die Stellungnahme des Gesuchstellers datiert vom 9. August 2012 (Urk. 58 bis 60/1-17), diejenige der Gesuchstellerin vom 3. September 2012 (Urk. 62 bis 64/1-2). Am 10. September 2012 wurde den Parteien die letzte Stellungnahme der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 58 und 62).

II.

1. Allgemeine Vorbemerkungen

1.1. Am 1. Januar 2011 trat die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft. Das vorliegende Verfahren war damals bereits rechtshängig. Somit gilt das bisherige Verfahrensrecht (ZPO/ZH, GVG/ZH) bis zum Abschluss des Rekursverfahrens (Art. 404 Abs. 1 ZPO).

1.2. Hinsichtlich der Eigenarten der vorsorglichen Massnahmen bzw. des summarischen Verfahrens ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (§ 161 GVG/ZH, Urk. 3 S. 5 f.). Das gleiche gilt für die allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz zum Besuchsrecht (Urk. 3 S. 6).

1.3. Auf die Parteivorbringen ist sodann im Folgenden nur insoweit einzugehen, als es für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

2. Beanstandungen formeller Natur durch den Gesuchsteller

2.1. Der Gesuchsteller macht in seiner Rekursantwort geltend, § 276 ZPO/ZH verlange ausdrücklich Rekursanträge, da der Umfang der aufschiebenden Wirkung sich nur aufgrund derselben bestimmen lasse. Neue Rechtsbegehren seien ausgeschlossen, ausgenommen nach § 200 ZPO/ZH (Urk. 14 S. 4). Beweisanträge gehörten grundsätzlich nicht in Rekursanträge, da sich Rekursanträge nur auf angefochtene Dispositiv beziehen sollen. Die Rekursanträge Ziff. 4 und 5 [Anträge 6 und 7 der verbesserten Rekurschrift; Urk. 14 S. 6] gemäss Rekurschrift vom 20. Dezember 2010 (Urk. 2) seien unzulässig, es sei auf diese Rekursanträge nicht einzutreten (Urk. 14 S. 5).

Vor der Rekursinstanz ist neues Vorbringen unter den Voraussetzungen von §§ 115 [Noven] und 138 [nachträgliche Beweisantrittung] zulässig (§ 278 in Verbindung mit § 267 Abs. 1 ZPO/ZH). In Prozessen über Kinderbelange können uneingeschränkt neue Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden erhoben und neue Beweismittel bezeichnet werden (BGE 133 III 115). Der Antrag auf Beizug der Strafakten ist zudem nicht neu (act. 46 S. 1). Bei den Rekursanträgen

Ziff. 4 und 5 [Anträge 6 und 7 der verbesserten Rekurschrift; Urk. 14 S. 6] handelt es sich damit um zwei zulässige Beweisanträge; als solche sind sie im Folgenden zu behandeln.

2.2. Weiter erklärt der Gesuchsteller, der Rekursantrag 2 sei präzisiert worden, der Antrag Ziff. 3 sei aber nicht gleichermassen präzisiert worden. Es sei nicht nachvollziehbar, was unter bewährtem begleitetem Besuchsrecht zu verstehen sei. Auf die neuen Anträge Ziff. 3 und 4 sei nicht einzutreten. Die Ziff. 5 des neu formulierten Antrages entspreche auch nicht den Präzisierungsvorgaben, da die Aufgaben des Beistandes nicht klar definiert würden (act. 14 S. 5 f.).

Soweit Kinderbelange zu regeln sind, gilt zum Schutz der Kindesinteressen die uneingeschränkte Officialmaxime (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169 – 180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1997, Art. 176 N 17 und N 117). Dies bedeutet, dass das Gericht nicht an die Parteianträge gebunden ist. Trotzdem sind in der Rekurschrift konkrete Anträge zu stellen. Dies tat die Gesuchstellerin mit ihren Rekursanträgen 2 bis 5 der verbesserten Rekurschrift vom 24. Januar 2011 (Urk. 8). Auf die Rekursanträge der verbesserten Rekurschrift ist deshalb einzutreten. Die beschliessende Kammer wird nach der materiellen Prüfung des Rekurses vollstreckbare Anordnungen zu erlassen haben.

3. Voraussetzungen der Abänderung der Eheschutzverfügung

3.1. Die Gesuchstellerin macht vorab geltend, die Voraussetzungen der Abänderung der Eheschutzverfügung vom 9. Februar 2009 seien nicht gegeben. Die Vorrichterin habe sich nicht mit der Eheschutzverfügung auseinandergesetzt. Die Abänderung oder Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen (Eheschutzmassnahmen) sei unzulässig, da überhaupt keine erhebliche und dauernde Änderung der Entscheidungsgrundlagen eingetreten sei. Selbst der Gesuchsteller sei damals der Auffassung gewesen, dass eine Strafanstalt kein Ort sei, wo vorschul- oder schulpflichtige Kinder ihre Freizeit zu verbringen hätten. Die Vorinstanz habe keine vertieften Abklärungen der tatsächlichen Verhältnisse vorgenommen, die ein abweichendes Ergebnis vom ursprünglichen Entscheid gerechtfertigt hätten (Urk. 8 S. 6 ff.).

Dem entgegnet der Gesuchsteller, das Eheschutzverfahren im Jahr 2009 sei in seiner Abwesenheit durchgeführt worden. Er sei nicht anwaltlich vertreten sowie noch nicht im vorzeitigen Strafvollzug gewesen (Urk. 14 S. 15). Der Gesuchsteller sei nie der Ansicht gewesen, dass eine Strafanstalt kein Ort sei, wo Kinder ihre Freizeit verbringen sollten. Er sei dazu im eheschutzrichterlichen Verfahren gar nicht befragt worden (Urk. 16 S. 16). Es lägen sehr wohl erhebliche und dauernde Veränderungen der Entscheidungsgrundlagen vor. Der Gesuchsteller sei verurteilt und der Sohn C._____ deutlich älter (Urk. 14 S. 18).

3.2. Die Abänderung eheschutzrichterlicher Anordnungen kann stets verlangt werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse, die dem früheren Entscheid zugrunde liegen, wesentlich und dauernd verändert haben (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar zum Eherecht, Art. 179 N 8; ZR 80 Nr. 52). Zwar trifft es zu, dass sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung vom 1. Dezember 2010 nicht (explizit) damit auseinandersetzte (Urk. 3 S. 7 ff.), ob eine erhebliche und dauernde Veränderung Verhältnisse gegenüber dem Eheschutzentscheid vom 9. Februar 2009 vorlag. Allerdings haben sich die Verhältnisse einerseits durch das fortgeschrittene Alter C._____s und andererseits durch die Verurteilung des Gesuchstellers erheblich verändert. Im Zeitpunkt der Eheschutzverfügung befand sich der Gesuchsteller noch in Untersuchungshaft (Prot. EE080645 S. 3) und somit in einem Vollzugsregime, das für die Ausübung eines Besuchsrechts gänzlich ungeeignet ist. Zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung befand sich der Gesuchsteller im Strafvollzug in der D._____, heute befindet er sich im offenen Vollzug im H._____ (Urk. 56 und Urk. 60/17). Damit haben sich die Verhältnisse erheblich und dauernd verändert und die Voraussetzungen einer grundsätzlichen Abänderbarkeit der Eheschutzverfügung vom 9. Februar 2009 sind gegeben.

4. Besuchsrecht des Gesuchstellers während dessen Haft

Generell können folgende Umstände bei der Regelung des Besuchsrechts in Betracht gezogen werden: Alter des Kindes, Persönlichkeit und Bedürfnisse des Kindes und des Besuchsberechtigten, Beziehung des Kindes zum Besuchsberechtigten, Beziehung der Eltern untereinander, zeitliche Beanspruchung bzw.

Verfügbarkeit aller Beteiligten, Gesundheitszustand der Beteiligten, Geschwister, Entfernung bzw. Erreichbarkeit der Wohnorte, Wohnverhältnisse beim besuchsberechtigten Elternteil. Zur Angemessenheit der Besuchsrechtsregelung gehört ebenfalls die Möglichkeit der Anpassung an veränderte Verhältnisse (BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 273 N 10 mit weiteren Hinweisen). Gemäss Gesuchstellerin sprechen folgende Punkte gegen das von der Vorinstanz angeordnete Besuchsrecht des Gesuchstellers:

4.1. Beziehung des Gesuchstellers zu C._____ vor Verhaftung

4.1.1. Die Gesuchstellerin macht geltend, der Gesuchsteller habe während der Baby- und Kleinkinderzeit von C._____ bewusst darauf verzichtet, eine tragfähige Beziehung zu seinem Sohn aufzubauen. Die selbst gewählte Abwesenheit des Gesuchstellers hätte durch antragsgemässen Beizug des begründeten Strafurteils der ersten Instanz und der beschlagnahmten Unterlagen, wie Flugunterlagen, bewiesen werden können (Urk. 8 S. 11). Der Gesuchsteller habe vor dem Strafrichter selber ausgeführt, seine Familie vernachlässigt zu haben (Urk. 43 S. 3 mit Hinweis auf Urk. 38 S. 123).

Der Gesuchsteller erklärt, bezüglich des Beizugs der Strafakten sei darauf hinzuweisen, dass das Strafverfahren auch andere Personen betreffe und diese nichts mit dem familienrechtlichen Verfahren zu tun hätten (Persönlichkeitsrechte und Datenschutz; Urk. 14 S. 14). Der Gesuchsteller wollte mit einem Brief der Gesuchstellerin an ihn (Urk. 16/1) beweisen, dass sie vor dessen Inhaftierung nie länger als acht Tage von ihm getrennt gewesen sei (Urk. 14 S. 20).

Dem entgegnete die Gesuchstellerin, sie habe diesen Brief dem Gesuchsteller nicht im Januar 2008 in die Haft gesandt, sondern im Jahr 2001, als er bereits einmal wegen des Verdachts des Drogenhandels in Polizeigewahrsam genommen worden sei (Urk. 21 S. 8 bis 10). Von der beschliessenden Kammer zur Edition des Originalbriefs verpflichtet (Urk. 24), machte der Gesuchsteller geltend, diesen der Gesuchstellerin retourniert zu haben, um ihr einen Gedankenanstoss zu geben (Urk. 27 S. 2 f.). Er habe nichts gefälscht (Urk. 29/1 S. 3). Darauf bestritt die Gesuchstellerin, den Originalbrief vom Gesuchsteller retourniert erhalten zu

haben (Urk. 33 S. 2 bis 4). Es kam deswegen zu einer Strafanzeige der Gesuchstellerin gegen den Gesuchsteller wegen Urkundenfälschung (Urk. 53/2) – nachdem der Gesuchsteller seinerseits aufgrund eines anderen Sachverhalts Strafanzeige wegen desselben Delikts erstattet hatte (Urk. 53/1).

4.1.2. Der Zeitpunkt der Erstellung des Briefes (Urk. 16/1) wird sich durch die Strafuntersuchung nicht klären lassen. Beide Parteien haben Desinteresseerklärungen abgegeben (Urk. 53/5-6) und die Strafuntersuchung gegen die Gesuchstellerin wird voraussichtlich eingestellt (Urk. 53/7). Zwar fällt auf, dass das Schriftbild der beiden Daten von demjenigen des restlichen Briefes abweicht. Auch spricht der Umstand, dass der Gesuchsteller im erstinstanzlichen Strafverfahren selbst ausführte, die Familie vernachlässigt zu haben (Urk. 38 S. 123), dafür, dass er zu C._____ während der Kleinkinderphase keine enge Beziehung aufbaute. Andererseits findet sich in den Akten ein Brief, in welchem die Gesuchstellerin dem Gesuchsteller am 15. Februar 2008 in die Untersuchungshaft schrieb, sie wisse, wie er C._____ vermisse. C._____ erzähle immer vom Gesuchsteller (act. 18/5). Die Frage der Beziehung C._____s zum Gesuchsteller ist jedoch für den heutigen Besuchsrechtsentscheid nur noch bedingt relevant. C._____ war bei der Inhaftierung des Gesuchstellers 3 ½ Jahre alt. Unterdessen ist er acht Jahre alt und hat den Gesuchsteller während dessen Haftzeit nicht mehr gesehen (worauf unter Ziff. 4.2 zurückzukommen sein wird). C._____ hat demgemäss im heutigen Zeitpunkt keine gelebte und damit enge Beziehung mehr zum Gesuchsteller, selbst wenn eine solche bis zu dessen Verhaftung bestanden haben sollte. Demgemäss und da es auch die Persönlichkeitsrechte Dritter zu schützen gilt, ist der von der Gesuchstellerin gestellte Antrag auf Beizug der Strafakten abzuweisen, soweit ihm durch den Beizug des Strafurteils der ersten Instanz nicht bereits nachgekommen wurde.

4.2. Beziehung des Gesuchstellers zu C._____ während der Haft

4.2.1. Die Gesuchstellerin führt aus, während seiner dreijährigen Inhaftierung habe der Gesuchsteller C._____ erst zum sechsten Geburtstag am tt.mm.2010 eine Karte und die Zeichnung eines Mithäftlings geschickt (Urk. 16/2+5). Daraus könne geschlossen werden, dass der Gesuchsteller keine Beziehung zu C._____ (ge-

habt) habe (Urk. 8 S. 13, Urk. 21 S. 5). Irgendwann im Februar oder März 2011 habe er nochmals eine Karte an C._____ geschickt. Die Ankündigung des Gesuchstellers (in dieser Karte), er und C._____ würden bald zusammen sein, habe C._____ verängstigt (Urk. 21 S. 5 und Urk. 23/2). Der Gesuchsteller habe sich in der Haft ein Handy besorgt, um die Gesuchstellerin und ihren Partner zu beschimpfen und zu bedrohen, nicht um mit C._____ Kontakt zu unterhalten (Urk. 21 S. 5 f. und S. 11). Nachdem dem Gesuchsteller anlässlich der Strafgerichtsverhandlung vom 23. April 2010 klar habe werden müssen, dass er sein Schweizer Bürgerrecht verlieren und daher nach seiner Entlassung aus der Strafanstalt voraussichtlich aus der Schweiz weggewiesen werde (unter Hinweis auf Urk. 38 S. 120), habe er erstmals mit seinem Gesuch vom 2. September 2010 (act. 39) den Antrag gestellt, dass ihn C._____ wöchentlich in der Strafanstalt zu besuchen habe, denn er müsse gegenüber der Migrationsbehörde eine enge und gelebte Vater-Sohn-Beziehung nachweisen (Urk. 43 S. 4 f.).

Der Gesuchsteller macht geltend, er habe sich in der Haft ein Handy besorgt, um mit seiner Familie in Kontakt zu bleiben (Urk. 14 S. 21). Während seiner gesamten Inhaftierungszeit habe er versucht, den Kontakt zu seiner Familie aufrecht zu erhalten (Urk. 16/3) und habe unzählige Karten und Briefe an seine Familie versandt sowie dem Sohn Päckchen verschickt (Urk. 14 S. 22, Urk. 16/4-5).

4.2.2. Auch wenn die Sachverhaltsdarstellung der Gesuchstellerin betreffend die Geburtstagskarte zutreffen sollte, lernte C._____ wohl erst im Zeitpunkt des Erhalts der ersten Karte lesen. Alleine aufgrund dieses Umstandes kann nichts gegen den Gesuchsteller abgeleitet werden. Fest steht allerdings, dass dem Gesuchsteller mit Verfügung des Eheschutzrichters vom 9. Februar 2009 kein Besuchsrecht zugesprochen wurde (act. 6/11 Dispositivziffer 4) und diese Verfügung unangefochten blieb (act. 6/13) sowie dass er das vorliegend zu beurteilende Gesuch um vorsorgliche Massnahmen erst rund 1 ½ Jahre nach dem Eheschutzverfahren bzw. fast drei Jahre nach seiner Inhaftierung stellte (act. 39). Die fehlende gelebte Beziehung zwischen dem Gesuchsteller und C._____ ist jedoch für die sich heute stellende Frage der Initiierung eines Besuchsrechts von untergeordneter Bedeutung. Der Gesuchsteller hat auch unter den gegebenen Umständen das

Recht, (wieder) eine Beziehung zu seinem Sohn aufzubauen. Dieses Recht steht ihm um seiner Persönlichkeit willen zu (Art. 273 Abs. 1 ZGB, BGE 123 III 445 E. 3b). Ausschlaggebend sind jedoch in diesem Zusammenhang letztlich nicht die Interessen des Gesuchstellers, sondern das Kindeswohl C.____s (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 133 N 10). Gerade für die Entwicklung C.____s ist dieser Beziehungsaufbau jedoch wichtig, da die Beziehung zu seinem Vater bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 130 III 585 E. 2.2.2. mit Hinweis auf weitere Urteile).

4.3. Begutachtung C.____s

4.3.1. Die Gesuchstellerin wirft der Vorinstanz vor, C.____ nicht angehört zu haben. Sie beantragt die Anhörung C.____s durch eine Fachperson und/oder die Anordnung eines kinderpsychologischen und -psychiatrischen Gutachtens (Urk. 8 S. 5). Die Gesuchstellerin macht geltend, C.____ sei im Sommer 2011 eingeschult worden. Welche kognitiven Fähigkeiten, sprachlichen Möglichkeiten sowie emotionale Abhängigkeit oder emotionale Sicherheit er sich bereits angeeignet habe, könne ausschliesslich eine kinderpsychologische und -psychiatrische ausgebildete Fachperson eruieren und feststellen, ob neben der Einschulung der Besuch bei seinem Vater im zweiwöchigen Rhythmus in der Strafanstalt für Schwerverbrecher ein Risiko und Nachteil darstellen würde oder nicht (Urk. 8 S. 15, Urk. 51 S. 10). Nachdem mittlerweile voraussehbar ist, dass der Gesuchsteller höchstwahrscheinlich Ende Dezember 2012 aus dem Strafvollzug entlassen werden wird (Urk. 56), fordert die Gesuchstellerin die Begutachtung mit dem Argument, C.____ brauche die Hilfe eines erfahrenen Kinderpsychiaters, damit er überhaupt eine Beziehung zu seinem ihm fremden Vater aufbauen könne. Der Gutachter habe nicht nur die Frage zu beantworten, welche Kontaktaufnahme zu seinem Vater C.____ zugemutet werden könne, sondern er habe C.____ auch auf die allfällig bevorstehenden Kontakte mit seinem ihm fremden Vater gebührend vorzubereiten (Urk. 62 S. 4 f.).

Der Gesuchsteller wendet ein, dass ein kinderpsychologisches respektive kinderpsychiatrisches Gutachten nur ausnahmsweise im summarischen Verfahren angeordnet werden könne (Urk. 14 S. 14). Weiter macht der Gesuchsteller geltend,

der von der Vorinstanz festgelegte Besuchsrythmus sei derart gering, dass er keinerlei Einschränkung für C._____ bedeute (Urk. 14 S. 22). Bei dem von der Vorinstanz festgelegten Besuchsrecht könne unmöglich die emotionale Sicherheit C._____s gefährdet werden (Urk. 14 S. 23).

4.3.2. C._____ kann keine zuverlässigen Äusserungen zu seiner Beziehung zum Gesuchsteller aus eigener Wahrnehmung machen, da er im Zeitpunkt der räumlichen Trennung von ihm im Dezember 2007 erst dreieinhalb Jahre alt war. Zudem steht er seit diesem Zeitpunkt unter dem Einfluss der Gesuchstellerin. Sie lässt selber ausführen, C._____ habe sicherlich wahrgenommen, dass sich ihre Emotionen allmählich in pure Verachtung gegenüber dem Gesuchsteller entwickelt hätten (Urk. 8 S. 22). Damit sind von einer Kinderanhörung keine neuen Erkenntnisse zu erwarten.

Ein Gutachten ist selbst bei vollständigem Entzug des Besuchsrechts nicht zwingend notwendig, sofern der massgebliche Sachverhalt auf andere Weise geklärt werden kann (BGer 5C.93/2005 vom 9. August 2005, E. 2.1; BGE 122 III 404 E. 3d). Die Wahrung der grundrechtlich gewährleisteten Kontaktansprüche gebietet zwar eine sorgfältige Evaluation, je nach schon vorliegenden Abklärungen und tatsächlichen Umständen jedoch nicht in jedem Falle (weitere) Abklärungen, welche für das Kind letztlich auch zur Belastung werden können. Eine Entfremdung mag zwar ein pathologischer Zustand sein, dessen Überwindung aber nicht durch kinderpsychologische oder -psychiatrische Untersuchungshandlungen, sondern allenfalls durch Behandlung, eher aber durch mediative Überzeugungsarbeit eines Erziehungs- und/oder Besuchsrechtsbeistands im Alltag gelingt. Zudem erweisen sich kinderpsychologische Gutachten als äusserst zeitintensiv, weshalb nur in schwerwiegenden Problemfällen auf dieses Hilfsmittel zurückgegriffen werden sollte (BSK ZGB I-Breitschmid, 3. Auflage, Art. 145 aZGB N 4; FamKomm Scheidung/Schweighauser, Art. 145 aZGB N 6). Von der Gesuchstellerin werden über die Verurteilung des Gesuchstellers und dessen Inhaftierung hinaus keine konkreten Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung geäussert, welche ein psychiatrische Begutachtung erheischen würden. Zudem wird nirgends geltend gemacht, dass es sich bei C._____ nicht um ein gesundes, unauffälliges Kind

handelt. Im Gegenteil bringt die Gesuchstellerin vor, C._____ habe sich bislang gut entwickelt (Urk. 51 S. 9). Es liegen mit anderen Worten auf Kindesseite keine besonderen Umstände vor, die eine Begutachtung als notwendig erscheinen lassen. Zudem entscheidet das Gericht über die Ausgestaltung des Besuchsrechts und nicht ein Gutachter. Der Antrag der Gesuchstellerin auf Anhörung C.____s durch eine Fachperson und/oder Anordnung eines kinderpsychologischen und -psychiatrischen Gutachtens ist deshalb abzuweisen.

4.4. Persönlichkeit des Gesuchstellers

4.4.1. Die Gesuchstellerin gibt zu bedenken, der Gesuchsteller sei nicht nur wegen seines florierenden Drogenhandels sondern auch wegen Drohung im Sinne von Art. 180 StGB verurteilt worden. Es sei daher nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz die Auffassung vertrete, die Verurteilung des Gesuchstellers würde nicht mit Handlungen im Zusammenhang stehen, die Bedenken für den Umgang mit einem Kind erwecken müssten. Konkret habe er (neben den Drogenkonsumenten) auch die Gesuchstellerin und C._____ in erhebliche Gefahr gebracht. Wer einen derart florierenden Drogenhandel unterhalte, bewege sich in einem Milieu, wo man gegenüber "Geschäftspartnern" keine Rücksicht nehme (Urk. 8 S. 12 f.). Weiter macht die Gesuchstellerin geltend, der Gesuchsteller verfüge lediglich über ein eingeschränktes Verantwortungsgefühl und einen Mangel an Empathie (Urk. 8 S. 18 f.). Er habe aus der Untersuchungshaft mittels eingeschmuggelten Handy die Gesuchstellerin im Mai oder Juni 2009 zu allen Tages- und Nachzeiten angerufen und ihr vor allem gedroht, dass C._____ ein B._____ sei und er ihn ihr wegnehmen werde (Urk. 8 S. 19). Wollte der Gesuchsteller etwas von seinem Gegenüber und bekomme es nicht, drohe er mit Unannehmlichkeiten (Urk. 8 S. 20). Es bestünden ernstzunehmende Indizien, dass der Gesuchsteller seine Drohungen gegenüber der Gesuchstellerin hinsichtlich Entführung von C._____ in die Tat umsetzen könnte, sobald er aus der Strafanstalt entlassen werde (Urk. 8 S. 21). Zudem sei dem Gesuchsteller im Strafurteil (Urk. 38 S. 115) eine sehr hohe kriminelle Energie nachgewiesen worden (Urk. 43 S. 7). Weiter führt sie unter Berufung auf Äusserungen im Massnahmeverfahren (Prot. I S. 31)

aus, diese deuteten auf eine narzisstische Persönlichkeit hin. Sodann verfüge der Gesuchsteller über eine ausgeprägte Manipulationsfähigkeit (Urk. 43 S. 8).

Der Gesuchsteller erklärt, es bestehe keine konkrete Kindeswohlgefährdung (Urk. 14 S. 11). Er habe weder der Gesuchstellerin gedroht (Urk. 14 S. 25), noch angedroht, C._____ zu entführen (Urk. 14 S. 27). Der Gesuchsteller besitze zudem nur das Schweizer Bürgerrecht; er sei am 26. Januar 2011 aus der ... Staatsbürgerschaft [des Staates I. _____] entlassen worden (Urk. 60/1 Ziff. 16, Urk. 60/16).

4.4.2. Was den Umgang des Gesuchstellers in kriminellem Milieu betrifft, ist die von der Gesuchstellerin geschilderte Gefahr wohl eher abstrakt. Zudem hat der Gesuchsteller beinahe fünf Jahre Strafvollzug hinter sich, welche hoffentlich nicht ohne positive Wirkung blieben. Den Bedenken der Gesuchstellerin – vor allem hinsichtlich einer Entführung – kann zudem mit einem begleitetem Besuchsrecht begegnet werden (s. unten Ziff. 4.5). Der Gesuchsteller wurde in der Strafuntersuchung nicht begutachtet (vgl. Urk. 38). Es gibt damit ausser den Parteibehauptungen der Gesuchstellerin keine Hinweise darauf, dass seine Persönlichkeit abnorm wäre und gegen ein Besuchsrecht sprechen würde.

4.5. Zusammenfassung und Fazit

4.5.1. Weder die umstrittene Beziehung zwischen C._____ und dem Gesuchsteller vor dessen Verhaftung, noch die während der Haft nicht gelebte Vater-Sohn-Beziehung, noch die Persönlichkeit des Gesuchstellers sprechen für einen Besuchsrechtsentzug (vgl. BGer 5C.93/2005 vom 9. August 2005, E. 4.2). Es verbleibt aufgrund des Alters C._____s – er ist unterdessen acht Jahre alt – nicht mehr viel Zeit zur Aufnahme einer persönlichen Beziehung zum Gesuchsteller. Die Inhaftierung des Gesuchstellers schliesst für sich alleine betrachtet ein Besuchsrecht in der Haftanstalt zwar nicht von vornherein aus. Sein Gefängnisaufenthalt stellt jedoch bereits für sich allein genommen eine Belastung für das Kind dar. Da der Gesuchsteller mittlerweile zweimal monatlich die Haftanstalt verlassen darf (darauf wird unter Ziff. 4.5.2 f. zurückzukommen sein) und zudem voraussichtlich Ende 2012 aus der Haft entlassen wird, rechtfertigen sich Besuche

C._____s in der Strafanstalt für die verbleibende kurze Zeit nicht mehr, da ein Beziehungsaufbau in diesem Rahmen erhöhte Anforderungen sowohl an C._____ als auch an den Gesuchsteller stellen würde.

4.5.2. Mit Eingabe vom 3. April 2012 bzw. 22. Mai 2012 machte der Gesuchsteller Änderungen seines Haftregimes geltend. Er könne deshalb seinen Sohn sehen (Urk. 48 f., Urk. 54 S. 1). Der Gesuchsteller führt in einem Brief an die Gesuchstellerin vom 7. März 2012 aus, dass er teilweise nachvollziehen könne, dass die Gesuchstellerin nicht wolle, dass C._____ ihn im Gefängnis besuche. Jetzt habe sich die Situation jedoch verändert, so dass er C._____ ab dem 31. März 2012 einmal pro Monat mit sich nehmen könne, und dies auch mit Übernachtungen, so dass er mit C._____ wieder eine Vater-Sohn-Beziehung aufbauen könne (Urk. 60/10).

Die Gesuchstellerin erklärt dazu, für sie sei zum Wohle C._____s lediglich ein vom Obergericht angeordnetes begleitetes Besuchsrecht in einem Besuchstreff akzeptabel (Urk. 51 S. 3). Seit der Strafanzeige des Gesuchstellers gegen die Gesuchstellerin lehne C._____ ein Treffen mit seinem Vater kategorisch ab. Ein Treffen des Gesuchstellers mit C._____ anlässlich eines Beziehungsurlaubs würde C._____ deshalb schlicht überfordern (Urk. 51 S. 8).

4.5.3. Erkundigungen der beschliessenden Kammer bei der Justizvollzugsanstalt D._____ nach dem aktuellen Haftregime des Gesuchstellers ergaben, dass er einmal pro Monat am Wochenende 32 Stunden Beziehungsurlaub erhält. Dieser werde bei Bewährung jedes Mal neu bewilligt. Der Gesuchsteller könne sich während dem Beziehungsurlaub im Kanton Zürich frei bewegen, habe jeweils ein Programm anzugeben und könne Wünsche betreffend genaue Zeit der Durchführung (zwischen Freitag und Sonntagabend) anbringen. Zusätzlich habe der Gesuchsteller einmal im Monat am Sonntag zwischen 13 und 18 Uhr Ausgang, dann dürfe er sich jedoch nicht mehr als 20 km von der Strafanstalt (H._____, offener Vollzug) weg bewegen. Der Gesuchsgegner werde höchstwahrscheinlich Ende Dezember 2012 aus der Haft entlassen werden (Urk. 56).

4.5.4. Ein begleitetes Besuchsrecht ist als Alternative zur Verweigerung des Besuchsrechts zu verstehen und nicht als solche zum ordentlichen, unbegleiteten Besuchsrecht (vgl. BGE 122 III 404 E. 3c; BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 273 N 26 mit weiteren Hinweisen). Das begleitete Besuchsrecht ist insbesondere indiziert bei Verdacht auf sexuelle Übergriffe, Gewaltanwendungen, Entführungsgefahr, Suchtabhängigkeit oder psychischer Erkrankung, negativer Beeinflussung des Kindes, Überforderungen und Ängsten des Kindes sowie bei stark gestörtem Verhältnis unter den Eltern (BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 273 N 26). Ein begleitetes Besuchsrecht ist weiter angebracht in Fällen, in denen es nach fehlendem Kontakt um das Anbahnen einer Beziehung zwischen dem Kind und einem Elternteil geht (FamKomm Scheidung/Schreiner, Anh. Psych N 228). Weigert sich ein unter zehnjähriges Kind, seinen Vater zu sehen, und wird diese Meinung vom obhutsberechtigten Elternteil unterstützt, so ist mit Blick auf die Wichtigkeit einer Vater-Kind-Beziehung ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen, da ein Kind in diesem Alter nicht ansatzweise abschätzen kann, was der Abbruch des Kontakts zu einem Elternteil mittel- und langfristig für Folgen haben könnte (BGer 5C.293/2005 vom 6. April 2006, E. 4.2).

4.5.5. Der persönliche Kontakt C. _____s zum Gesuchsteller muss nach dem Gesagten auch im Interesse C. _____s baldmöglichst initiiert werden. Unbegleitete Besuche sind jedoch vorderhand nicht zu verantworten. Gemäss glaubhaften Aussagen der Gesuchstellerin weigert sich C. _____ momentan, sich mit dem Gesuchsteller zu treffen (Urk. 51 S. 8). Somit würden unbegleitete Besuche C. _____ nach rund fünf Jahren ohne Kontakt zum Gesuchsteller einerseits überfordern; andererseits ist das Verhältnis der Parteien untereinander stark gestört (was sich insbesondere durch die gegenseitigen Strafanzeigen manifestiert). Die von der Gesuchstellerin geltend gemachte aber durch nichts belegte Entführungsgefahr ist wohl eher eine abstrakte; trotzdem kann ein begleitetes Besuchsrecht auch hinsichtlich dieser Vorbehalte der Gesuchstellerin dazu beitragen, dass sie wieder Vertrauen zum Gesuchsteller bzw. in seine Fähigkeiten als Vater aufbauen kann.

Was die Modalitäten des Besuchsrechts anbelangt, so scheint ein Besuch in einem Besuchstreff für C. _____ momentan die beste Lösung zu sein, um in einer

kinderfreundlichen Umgebung die ersten Schritte auf seinen Vater zumachen zu können. C._____ kann so vor möglichen Gefährdungen geschützt, und die mit dem Kontaktabbau verbundenen kindlichen Belastungen können vermindert werden (vgl. FamKomm Scheidung/Schreiner, Anh. Psych., N 230). Der Besuchstreff bietet mit seinen Spielmöglichkeiten und der Anwesenheit anderer Kinder einen Rahmen, der es C._____ erleichtern sollte, auf seinen Vater zuzugehen und eine Beziehung aufbauen zu können. Gleichzeitig kann auch der Gesuchsteller bei Bedarf Hilfe von Fachpersonen in Anspruch nehmen. Zwar sind die Betroffenen im Rahmen von Besuchstagen nicht mehr frei, miteinander gemeinsamen Interessen nachzugehen oder Ausflüge zu unternehmen (Hausheer, Die drittüberwachte Besuchsrechtsausübung, ZVW 1998, S. 39). Dies ist jedoch aufgrund der eben geschilderten Vorzüge eines Besuchstreffs für eine beschränkte Zeit hinzunehmen. Ein beaufsichtigter Umgang, bei dem während des gesamten Kontaktzeitraumes eine Drittperson anwesend ist, erscheint nicht angebracht, da die Privatsphäre der Kontakte zwischen dem Gesuchsteller und C._____ zu stark eingeschränkt wäre. Dies kann sich auf den Beziehungsaufbau auch kontraproduktiv auswirken. Zudem würden hier auch nicht unerhebliche Kosten anfallen, die in der Regel von den Eltern selbst zu tragen sind (vgl. FamKomm Scheidung/Schreiner, Anh. Psych N 226).

4.5.6. Da die Besuchstreffs Wartelisten führen (Prot. S. 22), wird der Beistand damit zu beauftragen sein, einen geeigneten Besuchstreff im Kanton Zürich auszuwählen, wo ein Besuchsrecht – nach entsprechender Vorbereitung C._____s auf die Besuche – baldmöglichst etabliert werden kann. Aufgrund des aktuellen Bewegungsradius des Gesuchstellers um die Strafanstalt kommen nebst E._____ notfalls auch die Besuchstreffs in J._____ und K._____ in Betracht. Während der verbleibenden Haftzeit des Gesuchstellers (bis voraussichtlich Ende Dezember 2012) ist er deshalb für berechtigt zu erklären, seinen Sohn C._____, geboren am tt.mm.2004, an zwei Sonntagen pro Monat für max. je vier Stunden in einem Besuchstreff des Kantons Zürich auf eigene Kosten zu besuchen. Der zweiwöchige Rhythmus entspricht dabei einer normalen Besuchsrechtsregelung. Die zeitliche Begrenzung ergibt sich teilweise aus dem Haftregime des Gesuchstellers. Sie ist aber auch angebracht, da eine längere Dauer der einzelnen Besuche sowohl

C._____ als auch den Gesuchsteller – besonders anfangs – überfordern könnte. Da der Gesuchsteller die heute zu treffende Regelung durch seine Inhaftierung zu verantworten hat, rechtfertigt es sich, dass er für die Kosten aufzukommen hat (er wird sie aus seinem Pekulium [vgl. Urk. 60/14 S. 2] zu bezahlen haben; vgl. BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 273 N 28 mit weiteren Hinweisen).

5. Besuchsrecht des Gesuchstellers nach dessen Haftentlassung

5.1.1. Die Gesuchstellerin beantragt das begleitete Besuchsrecht im G._____ nach der Haftentlassung des Gesuchstellers und bei Bewährung eine stufenweise Ausweitung zu einem normalen Besuchsrecht (Urk. 8 S. 23).

Der Gesuchsteller erklärt, sobald er aus der Haft entlassen werde, sei kein begleitetes Besuchsrecht mehr anzuordnen, sondern ein praxisübliches Besuchsrecht (Urk. 14 S. 12). Dazu gehöre nicht die Verpflichtung des Gesuchstellers, C._____ zum Fussballtraining zu bringen und wieder abzuholen (Urk. 14 S. 13). Der Besuchstreff G._____ erscheine als Ort zur Besuchsrechtsausübung nicht geeignet (Urk. 14 S. 28).

5.1.2. Die Entwicklung der Beziehung zwischen dem Gesuchsteller und C._____ ist im jetzigen Zeitpunkt ungewiss. Es ist vorstellbar, dass die beiden bereits nach einigen Monaten – und damit kurz nach der bevorstehenden Haftentlassung des Gesuchstellers – eine Beziehung zueinander aufgebaut haben werden, die ein unbegleitetes Besuchsrecht (vorerst ohne Übernachtung) zulässt. Wahrscheinlich wird dieser Prozess längere Zeit in Anspruch nehmen. Weitere Unsicherheiten bestehen beim Gesuchsteller hinsichtlich des Zeitpunkts seiner Haftentlassung, Erfolgs einer Wohnungs- und Jobsuche und den damit einhergehenden Einflüssen auf ein Besuchsrecht (insbesondere mit Übernachtung).

5.1.3. Das begleitete Besuchsrecht soll zeitlich befristet und höchstens für ein Jahr angeordnet werden (Empfehlungen des Amtes für Jugend- und Berufsberatung des Kantons Zürich, ZVW 1999, S. 24). Eine zeitlich gestaffelte Regelung des Besuchsrechts ist nur dort angebracht, wo mit einiger Sicherheit von einer positiven Entwicklung der Beziehungen ausgegangen werden kann. Bleibt ei-

ne erhoffte Wende zum Guten ungewiss, weil sie nicht allein vom Alter des Kindes abhängt, sind die Betroffenen auf die Möglichkeit des Abänderungsverfahrens zu verweisen (vgl. Hausheer, Die drittüberwachte Besuchsrechtsausübung, ZVW 1998, S. 38). Dies rechtfertigt sich vorliegend umso mehr, als die Scheidung der Parteien absehbar ist; im Rahmen derselben wird eine langfristige Regelung zu treffen sein. Damit ist für das Massnahmeverfahren am begleiteten Besuchsrecht auch nach der Haftentlassung des Gesuchstellers festzuhalten. Es ist ab dem Zeitpunkt der Installierung für längstens ein Jahr anzuordnen. Der Beistand bzw. die Vormundschaftsbehörde wird spätestens dann – sollte es bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu einer Scheidung der Parteien und einer damit einhergehenden Regelung des Besuchsrechts gekommen sein – beim Scheidungsgericht ein Abänderungsbegehren (zu den Kompetenzen des Beistandes siehe Ziff. 6 unten) zu stellen haben (Art. 315a Abs. 2 ZGB). Aus Verhältnismässigkeitsgründen (Art. 313 Abs. 1 ZGB; vgl. BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 307 N 8) soll der Beistand ein Abänderungsbegehren bereits früher stellen können, wenn der Gesuchsteller und C. _____ durch die regelmässigen Besuche im Besuchstreff eine Beziehung aufgebaut haben werden, die ein unbegleitetes Besuchsrecht erlaubt (vgl. Hausheer, Die drittüberwachte Besuchsrechtsausübung, ZVW 1998, S. 33 f.). Denn ein Besuch unter Aufsicht einer Begleitperson hat nicht denselben Wert wie ein unbegleiteter, der in der Regel ungezwungener erfolgt. Sodann führt namentlich die gegen den Willen des berechtigten Elternteils angeordnete Begleitung nicht selten zur Verbitterung des Berechtigten, wodurch ein zu langes Festhalten am begleiteten Besuchsrecht kontraproduktiv wirken kann (vgl. Maier, in: AJP 1/2008 S. 88).

6. Errichtung einer Beistandschaft und Kompetenzen des Beistandes

6.1. Die Gesuchstellerin rügt an der vorinstanzlichen Anordnung, der Beistand sei nicht in eigener Kompetenz berechtigt, das Besuchsrecht in den ersten sechs Monaten zu modifizieren und es insbesondere auszudehnen (Urk. 8 S. 9 f.).

Der Gesuchsteller dagegen erklärt, es sei üblich, dass man dem Besuchsbeistand in einer ersten Phase eine gewisse freie Hand gewähre, vor allem wenn so lange kein Besuchsrecht habe installiert werden können. Die Anordnung des Richters sei genügend konkretisiert (Urk. 14 S. 19).

6.2. Zur Besuchsrechtsüberwachung ist für C._____ eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten. Ordnet der Richter eine Erziehungsbeistandschaft an, so hat er die Pflichten des Beistandes klar zu umschreiben. Es verletzt Bundesrecht, wenn dem Beistand die Aufgabe übertragen wird, das Besuchsrecht anzupassen oder gar festzulegen (BGE 118 II 241 E. 2; BGer 5C.68/2004 vom 26. Mai 2004, E. 2.4). Der Beistand kann mit der Überwachung des persönlichen Verkehrs und der Regelung von Über- und Rückgabe des Kindes im einzelnen betraut werden (BGE 118 II 241 E. 2d). Der Beistand hat im Rahmen der gerichtlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung die für einen reibungslosen Verlauf der einzelnen Besuche nötigen Modalitäten (Yvo Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft [Art. 308 ZGB], Diss. Freiburg 1996, S. 316 ff.) so festzusetzen, dass Spannungen abgebaut, negative Beeinflussungen vermieden und die Beteiligten bei Problemen beraten werden (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 308 N 14). Es sind keine Einzelheiten zur Durchführung des begleiteten Besuchsrechts festzulegen, sondern ein Auftrag an den Beistand, die Modalitäten zu regeln (Empfehlungen des Amtes für Jugend- und Berufsberatung des Kantons Zürich, ZVW 1999, S. 24 f.).

6.3. Der Beistand ist damit zu beauftragen, C._____ auf die Aufnahme der Besuche vorzubereiten; sicherzustellen, dass das angeordnete Besuchsrecht in einem Besuchsrechtstreff des Kantons Zürich ausgeübt wird; unter Einbezug aller Beteiligten die Modalitäten des Besuchsrechts, insbesondere den Besuchstreff und die Zeitpunkte der Besuche, festzulegen und diese jeweils der veränderten Situation anzupassen sowie via Vormundschaftsbehörde beim Scheidungsgericht nach Ablauf eines Jahres oder bei veränderten Verhältnissen früher (insbesondere wenn eine Aufhebung des begleiteten Besuchsrecht in Betracht gezogen werden kann) ein Abänderungsbegehren zu stellen. Der Vollzug der Beistandschaft ist der Vormundschaftsbehörde E._____ zu übertragen.

III.

1. Das vorliegende Rekursverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren insbesondere aufgrund der zahlreichen Eingaben und Anträge der Parteien als in mittlerem Masse aufwändig, obschon lediglich das Besuchsrecht strittig war. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich daher in Anwendung von § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 4 Abs. 3, § 7 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 4. April 2007 (aGebV OG) eine Entscheidgebühr von Fr. 5'500.–.
2. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 64 Abs. 2 ZPO/ZH).
3. Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Solche Gründe werden den Parteien vorliegend nicht abgesprochen, weshalb die Kosten für das Rekursverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind.
4. Das den Parteien mit Verfügung der Vorinstanz vom 5. Juli 2010 gewährte Armenrecht (Urk. 33) gilt auch für das Rekursverfahren.

Es wird beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses der Gesuchstellerin werden die Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 1. Dezember 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "1. Der Gesuchsteller ist berechtigt, das Kind C. _____ für die Dauer von höchstens einem Jahr zweimal pro Monat für maximal vier Stunden in einem Besuchstreff (begleitetes Besuchsrecht) des Kantons Zürich zu

besuchen. Die Kosten des Besuchstreffs sind vom Gesuchsteller zu tragen.

2. Für C._____ wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet.
3. Der Beistand bzw. die Beiständin wird beauftragt,
 - 3.1. C._____ auf die Aufnahme der Besuche vorzubereiten;
 - 3.2. sicherzustellen, dass das angeordnete Besuchsrecht in einem Besuchsrechtstreff des Kantons Zürich ausgeübt wird;
 - 3.3. unter Einbezug aller Beteiligten die Modalitäten des Besuchsrechts, insbesondere den Besuchstreff und die Zeitpunkte der Besuche, festzulegen und diese jeweils der veränderten Situation anzupassen sowie
 - 3.4. beim Scheidungsgericht via Vormundschaftsbehörde nach Ablauf eines Jahres oder bei veränderten Verhältnissen früher (insbesondere wenn eine Aufhebung des begleiteten Besuchsrechts in Betracht gezogen werden kann) ein Abänderungsbegehren zu stellen.

Der Vollzug der Beistandschaft wird der Vormundschaftsbehörde E._____ übertragen."

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'500.–.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage eines Doppels von Urk. 67, sowie an die Vormundschaftsbehörde E._____ und an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist 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.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
ss