

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 8. April 2015

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils (Sistierung Besuchsrecht / Ladungsabnahme / heilpädagogischer Bericht)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 5. Februar 2015; Proz. FP130016

Rechtsbegehren:

(act. 5/56 S. 3, sinngemäss)

Es sei von einer Suspendierung des Besuchsrechts abzusehen.

Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 5. Februar 2015:

(act. 5/60 S. 5 = act. 3 S. 5 = act. 6 S. 5)

1. Das Besuchsrecht beider Parteien wird einstweilen bis Ende Mai 2015 ausgesetzt.
2. Die am 19. Februar 2015 angesetzte Hauptverhandlung am Bezirksgericht Dielsdorf wird abgenommen und findet somit nicht statt.
3. Es wird mit separatem Schreiben zur Hauptverhandlung auf Mitte Mai 2015 vorgeladen.
4. Der C._____ neu zur Seite stehende Heilpädagoge, D._____, wird Ende April 2015 ersucht, zum Schulverlauf sowie zum Verhalten von C._____ einen Bericht zu verfassen.
D._____ wird hierzu mit separatem Schreiben angeschrieben werden. Es steht den Parteien frei, dem Gericht bis 15. April 2015 eigene Fragen an den Heilpädagogen einzureichen.
5. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
- 6./7. Mitteilung /Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

– des Klägers und Berufungsklägers (act. 2 S. 2):

- "1. Die Verfügungsziffer 1, Seite 5, sei aufzuheben; das Besuchsrecht des Klägers sei nicht auszusetzen.
2. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren.

3. Es sei dem Berufungskläger im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Prozessführung und Bestellung eines Rechtsbeistandes in der Person des Unterzeichnenden) zu gewähren.
 4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich 8,0% MWSt.) zulasten der Berufungsbeklagten bzw. der Gerichtskasse"
- der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 9 S. 2):
- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
 2. Die aufschiebende Wirkung der Berufung sei aufzuheben; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Dezember 2002. Aus der Ehe ist der gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt.mm.2005, hervorgegangen (act. 5/4/5/2). Seit dem 24. März 2005 leben die Parteien getrennt. C._____ lebte nach der Trennung beim Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger). Im Rahmen des vor mehreren Gerichtsinstanzen geführten Eheschutzverfahrens wurde C._____ unter die Obhut der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) gestellt. Ab März 2007 lebte C._____ bei der Beklagten. Dem Kläger war ein Besuchsrecht eingeräumt worden (act. 5/7/1 S. 3 und 21; act. 5/7/2 S. 5; act. 5/4/8/6 S. 1). Mit Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. Oktober 2008 wurde die Ehe der Parteien geschieden und der Sohn C._____ unter die elterliche Sorge der Beklagten gestellt. Der Kläger wurde berechtigt, den Sohn alle drei Wochen von Donnerstag 14.00 Uhr bis Sonntag 16.00 Uhr und ab 1. Februar 2009 alle 14 Tage von Freitag 14.00 Uhr bis Sonntag 16.00 Uhr zu besuchen oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Zudem wurde ihm ein Feiertags- sowie ein fünfwöchiges Ferienbesuchsrecht eingeräumt (act. 5/4/26 S. 3 f.; act. 5/4/29 S. 3 f.). Vom 9. Januar 2012 bis 30. Juni 2012 wurde C._____ – aufgrund verstärkt auftretender Probleme in seinem (Sozial-)Verhalten nach der Einschulung – in der Kinderklinik ... in E._____

abgeklärt. Die Beklagte als Inhaberin der elterlichen Sorge stimmte in der Folge der Empfehlung der Klinik zu, C._____ in einer Pflegefamilie zu platzieren (act. 5/11/2; act. 5/11/6 S. 5). C._____ wurde ab dem 1. Juli 2012 bei der Pflegefamilie F._____ und G._____ auf dem Bauernhof ... in H._____ platziert, mit einem anfänglichen Besuchsrecht der Beklagten an zwei Wochenenden im Monat und einem solchen des Klägers an einem Wochenende im Monat. Hernach wurde ein Besuchsrecht des Klägers an jedem zweiten Wochenende im Monat von Freitag zirka 18.00 Uhr bis Sonntag zirka 18.00 Uhr und ein solches der Beklagten an jedem vierten Wochenende im Monat vereinbart (act. 5/9/3 S. 5; act. 5/33/4 S. 3 des Beistandschaftsberichts vom 18. September 2013).

1.2. Am 10. September 2013 machte der Kläger beim Bezirksgericht Dielsdorf (fortan Vorinstanz) eine Klage betreffend Abänderung des Scheidungsurteils anhängig (act. 5/1). Er beantragte zunächst die gemeinsame elterliche Sorge, dann das alleinige Sorgerecht für den Sohn C._____ sowie ein angemessenes Besuchsrecht für die Beklagte (act. 5/1; Prot. Vi S. 6 und 8; act. 5/20 S. 2). Die Beklagte beantragte, es sei ihr die elterliche Sorge zu belassen, dem Kläger sei ein begleitetes Besuchsrecht einzuräumen und sein Ferienrecht sei zu sistieren (act. 5/28 S. 2). Am 7. November 2013 fand eine Einigungsverhandlung statt und es folgten zwei Schriftenwechsel. Anschliessend führte die Vorinstanz am 31. Oktober 2014 einen Augenschein in H._____ durch. Am 18. Dezember 2014 nahm sie vier Zeugenbefragungen vor (act. 5/20; act. 5/28; act. 5/36; act. 5/41; Prot. Vi S. 5 ff., 26 ff. und 34 ff.). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2014 teilte die Vorinstanz den Parteien mit, es werde eine Besuchsrechtsaussetzung bis Ende April 2015 beabsichtigt, und sie setzte ihnen Frist zur Stellungnahme dazu an (act. 5/52). Die Stellungnahme der Beklagten datiert vom 7. Januar 2015 (act. 5/54). Die von ihr im Sinne einer superprovisorischen Massnahme beantragte sofortige Besuchsrechtsaussetzung wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 8. Januar 2015 ab (act. 5/55 S. 3). Am 9. Januar 2015 nahm der Kläger zur beabsichtigten Besuchsrechtsaussetzung Stellung (act. 5/56). Mit Verfügung vom 5. Februar 2015, Dispositiv-Ziffer 1, entschied die Vorinstanz, dass das Besuchsrecht beider Parteien einstweilen bis Ende Mai 2015 ausgesetzt werde (act. 3 S. 5).

2. Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 19. Februar 2015 rechtzeitig Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsmittelanträgen (act. 2 S. 2). Mit Beschluss vom 5. März 2015 wurde der Berufung in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beklagten Frist angesetzt, um dazu Stellung zu nehmen sowie die Berufung des Klägers zu beantworten (act. 7 S. 7 f.). Die Beklagte reichte die Berufungsantwort sowie ihre Stellungnahme zur Erteilung der aufschiebenden Wirkung am 16. März 2015 (Datum Poststempel) fristgerecht ein, wobei sie die vorstehend aufgeführten Anträge stellte (act. 9).

3.1. Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist der persönliche Kontakt des Klägers mit dem Sohn C._____. Damit liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor.

3.2. Auf streitige Änderungsverfahren finden die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss Anwendung (Art. 284 Abs. 3 ZPO). Es gelten demnach die Art. 274-283 und Art. 290-293 ZPO. Das Gericht trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen; die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Das Gericht entscheidet über vorsorgliche Massnahmen im summarischen Verfahren (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 248 lit. d ZPO); die Art. 252 ff. ZPO gelten subsidiär (ZK ZPO-Kobel, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 276 N 41). Sind wie hier Anordnungen über Kinder zu treffen, so erforscht es den Sachverhalt von Amtes wegen und ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (sog. uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und Officialmaxime; Art. 277 Abs. 3 ZPO und Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

II.

1. Die Vorinstanz führte zur Begründung aus, vor dem Hintergrund des vom Pflegevater geschilderten Sachverhalts und des durch die ausführlichen Zeugenbefragungen erweckten Eindrucks erscheine eine mehrmonatige Sistierung des

Besuchsrechts beider Eltern sinnvoll und dränge sich auf. Für das Gericht würden klare Hinweise bestehen, dass die 14-tägliche Reise des 10-jährigen C._____ zum Kläger oder der Beklagten und der damit einhergehende Aufenthalt beim jeweiligen Elternteil die noch kindliche Psyche des Knaben stark belasten und für ihn grossen Stress bedeuten. Es sei nachvollziehbar, dass dies die vom Pflegevater beschriebenen Symptome hervorrufen könne. Ähnlich wie der Pflegevater hätten sich auch die Lehrer geäussert; selbst C._____ habe sich in dieser Weise geäussert. Obwohl die Massnahme für die Direktbeteiligten einen starken Eingriff darstelle, sei sie trotzdem zum Wohle von C._____ anzuordnen, um grösstmögliche Ruhe in sein Leben einzubringen (act. 3 S. 3). Um eine mögliche Veränderung bei C._____ beobachten zu können, erscheine eine viermonatige Aussetzung des Besuchsrechts beider Parteien als angemessen und unter den besonderen Umständen als verhältnismässig; eine mildere Massnahme, welche den Gegebenheiten in gleicher Art Rechnung tragen würde, sei nicht ersichtlich. Durch einen vom Heilpädagogen von C._____ in der zweiten Aprilhälfte 2015 zu erstattenden Bericht werde das Gericht sich ein Bild von der Situation von C._____ machen bzw. sich mögliche Veränderungen aufgrund der Besuchsrechtsaussetzung vor Augen führen können (act. 3 S. 4).

2. Der Kläger rügt in seiner Berufungsschrift, dass nicht nachvollziehbar sei, inwiefern eine Autofahrt an jedem zweiten Wochenende von jeweils gesamthaft 2 ½ Stunden (Hin- und Rückweg) dem Kindeswohl abträglich sein könne (act. 2 Rz. 4). Sodann überzeuge die Begründung, dass der Aufenthalt bei dem jeweiligen Elternteil den Sohn bzw. dessen Psyche belasten bzw. stressen könnte, nicht. Es werde nicht angeführt, was denn damit gemeint sei (act. 2 Rz. 4, 2. Absatz). Im Weiteren führe die Vorinstanz als Grund "das Hervorrufen der vom Pflegevater beschriebenen Symptome" auf. Auch hier sei die Begründung unzureichend und unklar. Der Kläger macht in der Folge Ausführungen zum "Nässen" bzw. der Enuresis des Sohnes (act. 2 Rz. 4, 3. Absatz), für den Fall, dass die Vorinstanz das damit gemeint hatte. Mit diesen Vorbringen rügt der Kläger sinngemäss, dass die Vorinstanz ihrer Pflicht zur Begründung nicht nachgekommen sei.

3.1. Die grundsätzliche Pflicht des Gerichts, den Entscheid zu begründen, folgt aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 53 ZPO und Art. 238 lit. g ZPO). Dabei kann sich die Begründung auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken; es ist nicht erforderlich, dass das Gericht sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich der Entscheid stützt. Darzulegen sind sowohl der dem Entscheid zugrunde gelegte Sachverhalt als auch die rechtliche Würdigung. Auch sind die Beweise bekannt zu geben, auf die das Gericht abgestellt hat, und deren Würdigung. Die Begründung muss aus sich selbst heraus verständlich sein und nicht nur bei Kenntnis der Akten. Diese Minimalanforderungen an die Begründung gelten auch für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Daran ändert nichts, dass diese regelmässig aufgrund einer summarischen Beurteilung der Anspruchsgrundlage erfolgen, ihrem Zweck nach rasch erlassen werden müssen und mit dem Massnahmenentscheid nicht endgültig über materielle Rechte oder Ansprüche entschieden wird (BGE 134 I 83, E. 4.1 m.w.H.; BGE 133 III 439, E. 3.3; BGE 133 I 270, E. 3.1; vgl. auch BGE 101 Ia 298 ff., E. 4.c).

3.2. Die Anforderungen an die Begründung sind in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem es um die (zeitweise) Verweigerung des Rechts auf persönlichen Kontakt und damit um eine einschneidende Massnahme geht, streng zu nehmen. Die Sistierung des persönlichen Verkehrs ist, wie dessen Entzug, nur unter den Voraussetzungen von Art. 274 Abs. 2 ZGB zulässig. Es müssen konkrete Vorfälle und Umstände vorgebracht werden können, welche dem Kindeswohl abträglich waren und sind. Bei der Beschränkung des persönlichen Verkehrs ist sodann stets das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten. Die Sistierung kommt als ultima ratio in Frage, wenn und solange es keine anderen, weniger einschneidenden Möglichkeiten mehr gibt, die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen

Verkehrs in vertretbaren Grenzen zu halten und das Kindeswohl zu wahren (BGE 122 III 404 E. 3.a; FamKomm Scheidung-Büchler/Wirz, Bd. I, 2. A., Bern 2011, Art. 274 N 5 und 7 f.). Ferner führt eine (allfällig) ablehnende Haltung des Kindes nicht unbesehen zum Entzug oder zur Einschränkung des persönlichen Kontakts. Obschon das Besuchsrecht in erster Linie dem Wohl des Kindes dient, hängt es nicht ausschliesslich von dessen Willen ab. Es ist in jedem Einzelfall zu ermitteln, warum das Kind eine Abwehrhaltung gegen den nicht obhutsberechtigten Elternteil eingenommen hat und ob das Kindeswohl tatsächlich gefährdet ist. Zentral ist das Alter des Kindes und dessen Fähigkeit zu autonomer Willensbildung, sodann aber auch das Aussageverhalten und namentlich die Konstanz des geäusserten Willens. Je konstanter die Willenskundgebungen vorgebracht werden und je mehr sie mit nachvollziehbaren sowie auf das Kindeswohl zielenden Argumenten unterlegt sind, desto stärker können sie bei der Urteilsfindung gewichtet werden, allerdings stets als eines von mehreren und nicht als einziges Kriterium; andernfalls würde der Kindeswille mit dem Kindeswohl gleichgesetzt, obwohl sich die beiden Elemente durchaus widersprechen können. Zudem würde es Tür und Tor für Beeinflussungsversuche öffnen (BGE 127 III 295 E. 4.a m.w.H.; BGer 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014, E. 4.4).

3.3. Der Vorderrichter hat in Nachachtung der Erforschungsmaxime sich von den konkreten Lebensumständen C.____s einen persönlichen Eindruck verschafft, indem er am 31. Oktober 2014 zunächst das Schulhaus H.____ aufsuchte, sich vom Lehrer D.____, welcher C.____ Sonderlektionen erteilt, vorerst die Räumlichkeiten zeigen liess, von diesem über das Wesen und Verhalten C.____s in der Schule orientiert wurde und sich ebenfalls C.____s Wohnort zeigen liess (vgl. Prot. VI S. 26-33). Dass er sich dabei auch mit C.____ unterhielt und die Parteien an diesem Gespräch nicht teilnehmen und entsprechend auch keine Fragen stellen konnten, ist entgegen der Ansicht des klägerischen Vertreters in dessen Stellungnahme vom 9. Januar 2015 (act. 56) nicht zu beanstanden, da Kinder regelmässig in Abwesenheit der Eltern angehört werden. So wird sichergestellt und gewährleistet, dass sich Kinder unbeeinflusst von den Eltern frei äussern können. Von einem zivilprozessual unkorrekt bzw. nicht rechtsstaatlich durchgeführten Verfahren (act. 56 S. 1) kann keine Rede sein. Das über den Au-

genschein verfasste Protokoll (Prot. VI S. 26-33) ist sodann entgegen der klägerischerseits geäusserten Meinung (act. 56 S. 2) umfang- und detailreich und keineswegs rudimentär. Den Parteien und insbesondere auch dem Kläger (act. 56 S. 1) wurde in der Folge Einsicht in die Akten und damit auch in das Protokoll über diesen Augenschein gewährt. Der Vorinstanz ist diesbezüglich nichts vorzuwerfen.

3.4. Die Vorinstanz versäumte es hingegen, den ihrer Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt als auch dessen rechtliche Würdigung im Sinne der vorgeannten Erwägungen anzugeben: Sie verweist pauschal auf den vom Pflegevater "geschilderten Sachverhalt", die vom Pflegevater "beschriebenen Symptome", die "ähnlichen" Äusserungen von Lehrern und die Äusserung von C._____ "in dieser Weise", ohne dies inhaltlich näher auszuführen bzw. konkrete Vorfälle oder Umstände anzugeben, die ihrer Ansicht nach für eine (glaubhafte) Gefährdung des Kindeswohls infolge des persönlichen Verkehrs zwischen C._____ und seinen Eltern sprechen. Offen bleibt des Weiteren, welche Angaben welcher Zeugen bei der Vorinstanz "den Eindruck erweckten", dass sich eine Besuchsrechtssistierung aufdränge. Ebenfalls gibt die Vorinstanz nicht an, worin für sie die "klaren Hinweise" bestehen, welche sie darauf schliessen lassen, dass die Psyche von C._____ durch die 14-tägliche Reise zum Kläger oder zur Beklagten und den dortigen Aufenthalt schwer belastet wird. Aus den Erwägungen der Vorinstanz ist auch nicht ersichtlich, auf welche Akten- resp. Belegstellen sie sich stützt. Ausser auf die vorinstanzliche Protokollseite 32 finden sich keine Verweise in den Erwägungen. Es ist weder Sache des Rechtsmittelklägers noch der Rechtsmittelinstanz, aus den Prozessakten die Argumente herauszusuchen, welche den Vorderrichter möglicherweise zu dem von ihm getroffenen Entscheid bewogen haben. Eine sachgerechte Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids war den Parteien nicht möglich und es führte dazu, dass der Kläger nur mutmassen konnte, worauf sich die Vorinstanz mit ihren vagen Formulierungen bezieht. Er äussert sich in der Berufungsschrift zur Distanz resp. Fahrzeit von seinem Wohnort nach H._____ und zur Enuresis des Sohnes. Ohne Bezugnahme auf die vorinstanzlichen Erwägungen bringt die Beklagte in der Berufungsantwort vor, dass sie nicht primär die Reise, sondern den Wechsel und den Aufenthalt an sich

für C._____ als extreme Belastung sehe. Den Sohn belaste vor allem der ständige Leistungsdruck und die psychischen Beeinflussungen durch den Kläger sowie dessen negative Einstellung gegenüber sämtlichen Betreuungspersonen von C._____. Der Kläger leide des Weiteren an einer Persönlichkeitsstörung (act. 9 S. 3 f.).

Der Kläger rügt weiter, dass die Massnahme nicht verhältnismässig sei. Es fehle angesichts nur weniger entfallender Besuchswochenenden und der langjährigen Vorgeschichte der Enuresis an der Zweckmässigkeit. Es fehle auch die Notwendigkeit und die Sistierung des Besuchsrechts stehe in keinem vernünftigen Verhältnis zur Einschränkung des Rechts auf persönlichen Verkehr. Seine (privaten) Interessen und die Interessen des Sohnes seien nicht hinreichend berücksichtigt worden (act. 2 Rz. 6). Die Beklagte bestreitet die Ausführungen des Klägers vollumfänglich. Sie äussert insbesondere ihre Ansicht, dass der primäre Zweck der Besuchsrechtssistierung nicht darin liege, das Einnässen in den Griff zu bekommen, sondern die nicht stark entwickelte Psyche von C._____ zu stabilisieren (act. 9 S. 5). Auch in Bezug auf die Verhältnismässigkeit der verfügten Massnahme erschöpfen sich die Erwägungen der Vorinstanz in blossen Floskeln. Sie erachtete eine Beschränkung des Besuchsrechts für vier Monate "unter den besonderen Umständen" als verhältnismässig und eine mildere, "den Gegebenheiten" in gleicher Art Rechnung tragende Massnahme als nicht ersichtlich. Um welche besonderen Umstände und Gegebenheiten es sich handelt, führt sie wiederum nicht an. Obwohl die begleitete Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs zwischen dem Kläger und dem Sohn C._____ aufgrund der Antragsstellung der Beklagten im Hauptverfahren im Raum stand, ist aus der Begründung der Vorinstanz nicht ersichtlich, dass eine solche oder überhaupt eine mildere Massnahme (Ermahnungen, Weisungen, zeitliche/örtliche Einschränkung der Besuche) materiell geprüft bzw. abgeklärt worden ist. Ebenfalls wird aus der Formulierung der Vorinstanz, dass "mögliche Veränderungen" bei C._____ beobachtet werden sollen, nicht klar, welcher konkrete Zweck mit der (zeitweisen) Verweigerung des Rechts auf persönlichen Verkehr verfolgt wird.

4.1. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es dem angefochtenen Entscheid an nachvollziehbaren Darlegungen und Verweisen auf Belegstellen fehlt, aus welchen ersichtlich wäre, aufgrund welcher Überlegungen die Vorinstanz zu ihrem Entscheid gelangte. Es fehlt an der Angabe eines ausreichenden Grundes für die Sistierung des Rechts auf persönlichen Verkehr. Insoweit hat die Vorinstanz ihre Pflicht zur Begründung des Entscheides und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Wird im Rechtsmittelverfahren eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruchs aufgehoben. Ausnahmsweise kann die Verletzung von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist nur zulässig, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., Art. 53 N 27).

4.2. Den vorstehenden Erwägungen zufolge handelt es sich nicht nur um eine gravierende Verletzung des rechtlichen Gehörs zufolge ungenügender Entscheidungsbegründung. Die nicht näher konkretisierten Symptome von C._____ vor oder nach den Besuchswochenenden, deren Ursache sowie die möglichen weniger einschneidenden Massnahmen zur Wahrung des Kindeswohls (Ermahnungen, Weisungen, zeitliche/örtliche Einschränkung oder Begleitungen der Besuche) bedürfen zudem der näheren Prüfung. Würde die Berufungsinstanz dies vornehmen, würde sie faktisch die Aufgabe der Vorinstanz übernehmen; sie würde erstmals über wichtige Tatfragen entscheiden bzw. Würdigungen von (Zeugen-)Aussagen vornehmen und die Parteien würden im Ergebnis eine Instanz verlieren. Dies erscheint vorliegend auch unter Berücksichtigung des Beschleunigungsgebotes als nicht vertretbar. Die angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgericht Dielsdorf vom 5. Februar 2015 ist deshalb aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5. Mit dem Rückweisungsentscheid wird das Berufungsverfahren erledigt und es erübrigt sich die Entscheidung über den Antrag der Beklagten auf Aufhebung der superprovisorisch erteilten aufschiebenden Wirkung.

III.

A. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO ist im Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen. Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Unter den gleichen Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig erscheint (Art. 117, 118 Abs. 1 ZPO).

2. Beide Parteien stellten im vorliegenden Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 2; act. 10 S. 2). Das Gesuch des Klägers wurde bereits mit Beschluss der Kammer vom 5. März 2015 bewilligt; es wurde ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (act. 7 S. 7). Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist nachfolgend zu prüfen.

3.1. Die Beklagte hat am tt. August 2013 wieder geheiratet (act. 5/28 S. 3). Zur Begründung ihres im Berufungsverfahren gestellten Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verwies die Beklagte zunächst auf die Gewährung derselben vor Vorinstanz sowie die diesbezüglichen Akten. Überdies führte sie aus, dass sie umgezogen sei. Der Umzug sei aus beruflichen Gründen des Ehemannes erfolgt, er werde per 1. April 2015 eine Festanstellung antreten (act. 10 Rz. 2.-4.).

3.2. Aufgrund der aus der Unterhalts- oder Beistandspflicht (Art. 163 Abs. 1 ZGB, Art. 159 Abs. 3 ZGB) der Ehegatten fliessenden familienrechtlichen Pflicht, die Prozesskosten des anderen Ehegatten mitzufinanzieren, ist der zivilprozessuale Notbedarf anhand einer Gesamtrechnung zu ermitteln (Bühler, Die Prozessarmut in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 143 f.). Der Ehemann der Beklagten verdiente gemäss der Lohnabrechnung der I._____ AG vom Februar 2015 einen Nettolohn von Fr. 4'231.40 (act. 11/2). Dem Anstellungsvertrag mit der J._____ AG vom

14. November 2014 zufolge verdient er ab dem 1. April 2015 einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'300.00 und er erhält einen 13. Monatslohn (act. 11/3). Nach Abzug der Sozialabgaben von rund 10% (im Sinne einer Pauschalierung) ist von einem monatlichen Nettolohn (inkl. 13. Monatslohn) von rund Fr. 5'170.00 auszugehen. Die Beklagte arbeitete bis Ende Januar 2015 im Stundenlohn als Raumpflegerin. Sie verdiente gemäss den bei den vorinstanzlichen Akten liegenden Lohnabrechnungen Januar bis September 2013 einen durchschnittlichen monatlichen Nettolohn von rund Fr. 710.00. Jetzt arbeitet sie nicht mehr (act. 5/6; act. 5/7/7-8, act. 5/7/25; act. 5/7/12; act. 10 Rz. 4.). Bei der Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege ist auf die aktuelle finanzielle Situation im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs abzustellen und es sind nur Einkünfte zu berücksichtigen, die effektiv erzielt werden (sog. Effektivitätsgrundsatz). Daraus folgt, dass das Selbstverschulden bzw. ein Verzicht auf die Erzielung eines Einkommens – unter dem Vorbehalt des rechtsmissbräuchlichen Verzichts um in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu gelangen – unerheblich ist (BK ZPO-Bühler, Bd. I, Bern 2012, Art. 117 N 9). Angesichts des Alters ihrer beiden Kinder von einem und vier Jahren sowie der Steigerung des Einkommens ihres Ehegatten ist nicht von einem rechtsmissbräuchlichen Einkommensverzicht seitens der Beklagten auszugehen. Vom Sozialdienst K._____ erhält die Beklagte die Unterhaltsbeiträge für den vorehelichen Sohn L._____ in der Höhe von Fr. 600.00 bevorschusst (act. 11/7). Insgesamt belaufen sich die monatlichen Nettoeinkünfte der Beklagten und ihres Ehegatten somit auf Fr. 5'770.00.

3.3. Die Beklagte lebt mit ihrem Ehegatten, der Tochter M._____ und dem Sohn L._____ seit dem 1. März 2015 in N._____, Kanton Aargau (act. 10 Rz. 3.; act. 11/1). Der Grundbetrag für ein Ehepaar mit zwei Kindern unter zehn Jahren beträgt gemäss Ziffer I.3.-4. des Kreisschreibens des Obergerichts des Kantons Aargau über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Notbedarf) nach Art. 93 SchKG vom 21. Oktober 2009 (nachfolgend: Kreisschreiben) Fr. 2'500.00 (Fr. 1'700.00 + 2x Fr. 400.00). Sie wohnen in einer 4.5-Zimmer-Wohnung zu einem ausgewiesenen Bruttomietzins von Fr. 1'640.00 (act. 11/1). Gemäss Ziffer II.2. des Kreisschreibens kann zum monatlichen Grundbetrag ein Zuschlag für Heiz- und Nebenkosten gewährt werden. Die

Beklagte macht geltend, es würden voraussichtlich monatlich Fr. 50.00 an Mietnebenkosten anfallen (act. 10 S. 3), ohne dies belegen zu können. Im Bedarf sind nur effektiv zu zahlende und bisher tatsächlich bezahlte Kosten bzw. Schuldverpflichtungen aufzunehmen (BK ZPO-Bühler, a.a.O., Art. 117 N 11). Da im Bruttomietzins Akontozahlungen von monatlich Fr. 240.00 für die Nebenkosten enthalten sind (act. 11/1) und es nicht gerichtsnotorisch erscheint, dass zusätzliche Fr. 50.00 monatlich anfallen, ist kein weiterer Betrag für die Nebenkosten in die Bedarfsrechnung aufzunehmen. Die Krankenkassenkosten (KVG) belaufen sich gemäss den Versicherungspolice für das Jahr 2015 für die ganze Familie auf Fr. 886.60 (act. 11/8). Die VVG-Prämien können nicht berücksichtigt werden (vgl. Ziffer II.3. des Kreisschreibens). Für unumgängliche Berufsauslagen, wie die Fahrten zum Arbeitsplatz, ist ein Zuschlag zum Grundbetrag zu gewähren (Ziffer II.4.d des Kreisschreibens). Es ist allerdings nicht dargetan und auch nicht ersichtlich, dass der Ehegatte der Beklagten zur Ausübung des Berufes oder die Fahrten zum Arbeitsplatz auf ein Automobil angewiesen ist. Mangels ausgewiesener Kompetenzqualität des Automobils sind daher Auslagen im Umfang der Kosten für die Benützung der öffentlichen Verkehrsmittel anzurechnen. Bei Kauf eines Jahresabonnements betragen die monatlichen Kosten Fr. 86.00 (vgl. www.sbb.ch/abos-billette/abonnemente/streckenabonnemente.html). Zudem sind monatliche Kosten für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung von Fr. 30.00, Telefon-/Internetkosten von Fr. 120.00 und Kosten für die Billag von Fr. 39.00 als gerichtsnotorisch in die zivilprozessuale Bedarfsrechnung aufzunehmen. Im Weiteren ist zu beachten, dass der zivilprozessuale Notbedarf grosszügiger zu bemessen ist als der betriebsrechtliche; die unentgeltliche Rechtspflege hat gerade zum Zweck, zu verhindern, dass der Gesuchsteller die für den Prozess notwendigen Mittel durch Nichterfüllung notwendiger Verpflichtungen, Eingehung neuer Schulden oder unzumutbarer Verfügungen über Vermögenswerte beschaffen muss (Bühler, a.a.O., S. 156 f.). Um den Bedarf der Beklagten mit ihrem Ehegatten und den beiden Kindern nicht auf das absolute Minimum zu beschränken und ihren konkreten finanziellen Umständen Rechnung zu tragen, rechtfertigt es sich insgesamt betrachtet, einen Zuschlag von 20% auf den Grundbetrag zu ge-

währen (vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7301; BGer 5P.295/2005 vom 4. Oktober 2005, E. 2.3.1-2.3.2).

4. Der den monatlichen Einkünften von Fr. 5'770.00 gegenüberstehende Bedarf beläuft sich folglich auf gerundet Fr. 5'800.00. Über Vermögen verfügen die Beklagte und ihr Ehegatte nicht (vgl. act. 10 Rz. 7 und act. 11/9). Dementsprechend ist die Beklagte im armenrechtlichen Sinne als mittellos anzusehen. Ausserdem erscheint ihr Standpunkt im Berufungsverfahren nicht von vornherein als aussichtslos und sie ist auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Rechte angewiesen, insbesondere auch, da der Kläger anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Beklagten ist daher im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsvertretung zu gewähren. Rechtsanwältin MLaw Y._____ ist ihr als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

B. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) festzulegen. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 1'500.00 angemessen.

2.1. Mit der Aufhebung der angefochtenen Dispositiv-Ziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheides ist der Kläger – auch wenn er mit seinen Berufungsanträgen in der Sache nicht vollständig durchzudringen vermochte – als im Berufungsverfahren obsiegende Partei zu betrachten. Die Beklagte, welche auf Abweisung der Berufung schloss, unterliegt.

2.2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind von den Parteien grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen zu tragen (Art. 106 ZPO). Im vorliegenden Berufungsverfahren war der persönliche Verkehr mit dem Sohn C._____ umstritten. Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzu-

erlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 [1985] Nr. 41). Da im vorliegenden Verfahren nicht gesagt werden kann, dass Anträge gestellt worden wären, die nicht achtenswert sind, rechtfertigt es sich, die Kosten hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Aufgrund der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteien sind auf ihre Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 1 (Aussetzung Besuchsrecht) der Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 5. Februar 2015 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, infolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt das Nachforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO.
4. Die Prozessentschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren werden gegenseitig wettgeschlagen.

5. Schriftliche Mitteilung an

- die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von act. 9-11/1-9;
- die KESB Oberland ..., ... [Adresse];
- den Beistand O._____, c/o Sozialdienst Region ..., ... [Adresse];
- die Pflegeeltern F.____ und G.____, ... [Adresse], im Dispositiv-Auszug (Dispositiv-Ziffer 1 und 5 des Erkenntnisses);
- das Bezirksgericht Dielsdorf;
- die Obergerichtskasse;

je gegen Empfangsschein.

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: