

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY240038-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Stebler

Beschluss und Urteil vom 7. November 2024

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. September 2024; Proz. FE230812

Anträge betr. vorsorgliche Kinderschutzmassnahmen der Beiständin:

(act. 5/30 S. 1)

- "- Anordnung einer KET-Beratung im MMI oder Elternkurs "Kinder im Blick" bei der Beratungsstelle Pinocchio sowie Weisung, an diesen teilzunehmen
- Anordnung begleitete Kindsübergaben bei Besuchen beim Kindsvater
- Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung bei der Kindsmutter"

Verfügung des Einzelgerichts:

(act. 5/61 = act. 3/2 = act. 4)

1. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten einen Prozesskostenvorschuss von einstweilen Fr. 10'000.– zu bezahlen.
2. Der Antrag der Beiständin betreffend Anordnung einer KET-Beratung im MMI oder eines Elternkurses "Kinder im Blick" bei der Beratungsstelle Pinocchio wird zurzeit abgewiesen.
3. Der Antrag um Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung bei der Klägerin wird zurzeit abgewiesen.
4. und 5. [schriftliche Mitteilung, Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

(act. 2 S. 2)

- "1. Es seien Dispositiv Ziff. 2 und 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. September 2024 (Geschäfts-Nr.: FE230812-L/Z02) aufzuheben.
2. Der Antrag der Beiständin auf Anordnung einer KET-Beratung im MMI oder eines Elternkurses "Kinder im Blick" bei der Beratungsstelle Pinocchio sei gutzuheissen.
3. Der Antrag auf Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung bei der Berufungsbeklagten sei gutzuheissen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

prozessuale Anträge:

- "1. Die Berufungsbeklagte habe dem Berufungskläger einen Prozesskostenbeitrag von CHF 5'000.00 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei dem Berufungskläger die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei Rechtsanwältin X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin einzusetzen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien befinden sich in einem von der Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagte) mit Eingabe vom 18. Dezember 2023 beim Einzelgericht (3. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) eingeleiteten Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB (act. 5/1). Dem Scheidungsprozess ging ein Eheschutzverfahren vor Vorinstanz voraus (vgl. act. 5/12/1 bis 5/12/37). Mit Eingabe vom 18. März 2024 stellte die Beiständin des gemeinsamen Sohnes C. _____ bei der KESB der Stadt Zürich (nachfolgend: KESB) die eingangs genannten Anträge (act. 5/30 S. 1). Aufgrund des hängigen Scheidungsverfahrens wurden die Anträge in Absprache mit der KESB durch die Vorinstanz behandelt (vgl. act. 5/29; act. 5/32). Mit Verfügung vom 12. April 2024 wurde der Antrag der Beiständin auf Erweiterung ihres Auftrags als Begehren um vorsorgliche Anordnung erweiterter Kindesschutzmassnahmen entgegen genommen. Auf den Antrag betreffend begleitete Übergaben von C. _____ anlässlich von Besuchen beim Vater wurde weiter nicht eingetreten. Dies mit der Begründung, dass gemäss Urteil des Eheschutzgerichts vom 11. Juni 2021 der Beiständin der Auftrag erteilt wurde, nach Abschluss und Auswertung der KOFA-Abklärung entsprechend dem Ergebnis der Abklärung die Besuche beim Vater in unbegleitete Besuche mit vorerst begleiteten Übergaben und – nach einer angemessenen Übergangsphase – in unbegleitete Besuche mit unbegleiteten Übergaben von einem Tag zu überführen und dieser Auftrag an die Beiständin von der KESB mit Beschluss vom 29. Juni 2021 bestätigt und übernommen worden sei. Weiter wurde den Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den übrigen Anträgen

der Beiständin eingeräumt. Schliesslich wurde verfügt, dass anlässlich der Verhandlung vom 19. Juni 2024 auch über die Anträge der Beiständin verhandelt werde (act. 5/33). Anlässlich der Verhandlung beantragte die Berufungsbeklagte die Abweisung sämtlicher Anträge (Protokoll Vorinstanz, S. 7 und 9), während der Berufungskläger deren Gutheissung beantragte (act. 52 S. 3). Die Parteien konnten in der Folge keine Einigung betreffend die vorsorglichen Massnahmen erzielen (vgl. Protokoll Vorinstanz, S. 47).

2. Mit Verfügung vom 9. September 2024 wies die Vorinstanz das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (act. 5/61 = act. 3/1 = act. 4). Mit Eingabe vom 27. September 2024 erhob der Berufungskläger gegen Dispositiv-Ziffer 2 und 3 rechtzeitig (vgl. act. 5/63/1) Berufung und stellte vorstehend genannte Anträge (act. 2 S. 2).

3. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-67). Da sich die Berufung, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird (vgl. unten E. II.), sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist spruchreif.

II.

1.

1.1 Vorliegend geht es um nicht vermögensrechtliche vorsorgliche Massnahmen betreffend Kinderschutz. Es liegt eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit vor. Dagegen ist die Berufung das zutreffende Rechtsmittel (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO).

1.2 Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich, begründet und mit Anträgen versehen einzureichen. In der schriftlichen Berufungsbegründung ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in

rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Es kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Untersteht das Verfahren allerdings wie hier der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO), sind Noven auch im Berufungsverfahren unabhängig von den erwähnten Einschränkungen noch bis zur Urteilsberatung zulässig (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

1.3 Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 276 N 15). Es soll in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung (vgl. Art. 248 lit. d ZPO); die entscheiderelevanten Tatsachen sind nicht strikte zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen. In Bezug auf die hier strittigen Kinderbelange gelten die Officialmaxime und der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 ZPO).

2.

2.1 Die Vorinstanz erwog in Bezug auf die "Kinder und Eltern in Trennung-Beratung" (nachfolgend: KET-Beratung) im Marie Meierhofer Institut für das Kind (nachfolgend: MMI) und den Elternkurs "Kinder im Blick" bei der Beratungsstelle Pinocchio zusammengefasst, dass zunächst das Vertrauen zwischen den Parteien, vor allem betreffend die Sicherheit des Sohnes, wiederhergestellt werden müsse. Ein solcher Vertrauensaufbau könne primär über begleitete Übergaben stattfinden, indem vor Ort bei der Übergabe durch eine geeignete Fachperson geprüft werden könne, ob der Berufungskläger in der Lage sei, C._____ während

der nächsten Stunden zu betreuen, bzw. indem diese sich einen Eindruck über die Verfassung des Berufungsklägers am Ende des Besuchs verschaffen könne. Zunächst könne auch zusammen mit der Beiständin oder einer allfälligen individuellen Besuchsbegleitung das vorgesehene Programm besprochen werden. Damit könnte die Berufungsbeklagte Vertrauen fassen, dass der Berufungskläger nicht wie befürchtet in der nächsten Bar verschwinde, um seine eigenen Bedürfnisse zu stillen. Festzuhalten bleibe, dass die Anordnung einer KET-Beratung oder eines Elternkurses zu einem späteren Zeitpunkt durchaus eine zielführende Massnahme sein könne. Die Anordnung einer KET-Beratung bzw. eines Elternkurses sei somit zurzeit abzuweisen (act. 4 E. Ziff. C. II. 2.6).

2.2 Der Berufungskläger bringt dagegen im Wesentlichen vor, die Vorinstanz widerspreche sich, wenn sie gleichzeitig darauf abstelle, dass eine KET-Beratung oder der Elternkurs nicht zielführend seien, und andererseits erwäge, die Parteien hätten bereits seit einiger Zeit Meinungsverschiedenheiten und es sei nicht absehbar, dass diese beseitigt und unter ihnen ein harmonisches Klima – ohne Hilfe Dritter – geschaffen werden könne. Deshalb sei es umso wichtiger, dass die Auseinandersetzungen, die die Parteien hätten, möglichst wenig in das Mutter-Kind/Vater-Kind-Verhältnis abfärbten. Im Moment sei der gemeinsame Sohn, weil er aus Sicht des Kindsvaters stark von der Mutter beeinflusst werde, in einem Loyalitätskonflikt. Mit einer gezielten KET-Beratung oder einem Elternkurs könnte die Berufungsbeklagte darauf geschult werden, ihre Abneigung gegen den Berufungskläger nicht in ihre Beziehung mit dem gemeinsamen Sohn einfließen zu lassen. Die Vorinstanz erwäge zudem, dass später eine solche Beratung oder ein solcher Kurs angezeigt wäre. Allerdings seien die Diskrepanzen zwischen den Parteien gross und eine Besserung nicht in Sicht, weshalb umgehend entsprechende Massnahmen ergriffen werden müssten. Abgesehen davon sei es nicht stichhaltig, wenn die Vorinstanz sich im Wesentlichen darauf abstütze, dass die Berufungsbeklagte sich weigern würde, eine solche Beratung freiwillig in Anspruch zu nehmen. Genau aus diesem Grund sei der Antrag auf Erteilung einer entsprechenden Weisung seitens der Beiständin beim Gericht gestellt worden. Die Weigerungshaltung der Berufungsbeklagten zeige einmal mehr deutlich auf,

dass eben gerade eine zwangsweise Anordnung durch ein Gericht zur Durchführung der Beratung/des Kurses notwendig sei (act. 2 Rz. 8 ff.).

2.3 Zunächst ist anzumerken, dass sowohl die Vorinstanz als auch der Berufungskläger sich im Grundsatz darüber einig sind, dass eine KET-Beratung bzw. ein Elternkurs eine zielführende Massnahme sein können. Divergierende Ansichten bestehen indes bei der Frage des Zeitpunkts der Anordnung einer KET-Beratung oder eines Elternkurses. Diesbezüglich kommt die Vorinstanz basierend auf den Ausführungen der Parteien, welche auf ein Vertrauensproblem der Berufungsbeklagten gegenüber dem Berufungskläger hinwiesen, zum Schluss, dass zunächst das Vertrauen zwischen den Parteien, vor allem betreffend der Sicherheit des Sohnes beim Berufungskläger, wiederhergestellt werden müsse (act. 4 E. Ziff. C. II. 2.1 ff.). Das Kindeswohl gebietet, dass nur Massnahmen ergriffen werden, die erfolgsversprechend sind. Als Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips hat sich der Kindeschutz nach folgenden Grundsätzen zu richten: Prävention, Subsidiarität, Komplementarität und Proportionalität (BSK ZGB I-BREITSCHMID, 7. Aufl. 2022, Art. 307 N 4). Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass ein Vertrauensaufbau primär über begleitete Übergaben stattfinden könne, ist plausibel und nachvollziehbar. Der Vorinstanz ist damit zuzustimmen, dass eine KET-Beratung oder ein Elternkurs zum jetzigen Zeitpunkt nicht zielführend scheinen und die Berufungsbeklagte zunächst durch begleitete Besuchsübergaben Vertrauen in die Erziehungsfähigkeit des Berufungsbeklagten aufbauen können soll. Der Berufungskläger bringt nichts vor, was daran etwas zu ändern vermag. Insbesondere zeigt der Berufungskläger nicht auf, weshalb ein Vertrauensaufbau durch die begleiteten Übergaben ohne KET-Beratung oder Elternkurs nicht erfolgsversprechend sein soll und deshalb im Sinne der Grundsätze der Komplementarität und Proportionalität nicht zunächst der Versuch des Vertrauensaufbaus durch die begleiteten Übergaben erfolgen soll.

3.

3.1 Die Vorinstanz erwog sodann in Bezug auf die sozialpädagogische Familienbegleitung bei der Berufungsbeklagten, dass die Situation ähnlich aussehe. Es sei zu erkennen, dass auch hier das Kernproblem das fehlende Vertrauen der Berufungsbeklagten in den Berufungskläger aufgrund des angeblichen Drogen- und Alkoholproblems sei. Solange beim Berufungskläger keine ärztlich diagnostizierte Erkrankung nachgewiesen sei, erscheine es wiederum wenig zielführend, eine sozialpädagogische Familienbegleitung bei der Berufungsbeklagten zu installieren, welche darauf hinarbeite, einen (unbegleiteten) Kontakt zwischen C. _____ und dem Berufungskläger zu ermöglichen und die Einstellung der Berufungsbeklagten hierzu thematisiere. Es erscheine daher zurzeit nicht angemessen, bei der Berufungsbeklagten eine sozialpädagogische Familienbegleitung zu installieren, zumal diese sich auch gegen diese Massnahme wehre und daher unklar sei, wieviel damit ausgerichtet werden könne (act. 4 E. Ziff. II. C. 3).

3.2 Der Berufungskläger entgegnet zusammengefasst, die sozialpädagogische Familienhilfe unterstütze Familien in schwierigen Lebenssituationen. Eine diagnostizierte Erkrankung bei einem Familienangehörigen sei nicht notwendig. Die Berufungsbeklagte gehe aufgrund von persönlichen Abneigungen gegenüber dem Berufungskläger davon aus, dass dieser nicht fähig sei, den gemeinsamen Sohn zu betreuen. Die Situation werde sich zumindest mittelfristig nicht bessern, weshalb es sich sehr wohl anbieten würde, die Berufungsbeklagte sozialpädagogisch zu begleiten, damit sie lerne mit der Situation umzugehen. Die Berufungsbeklagte müsse unter professioneller Hilfe an die neue Situation herangeführt werden und lernen, dem Berufungskläger bezüglich der Obhut des gemeinsamen Sohnes – trotz persönlicher Abneigung – zu vertrauen. Abgesehen davon könne es nicht angehen, eine Partei in einem Verfahren wiederholt und unrechtmässig als Alkoholiker und psychisch Kranken darzustellen, ohne dies substantiieren zu können. Es sei persönlichkeitsverletzend, wenn in der Folge gar noch darauf abgestützt werde, dass, so lange der Berufungskläger nicht das Gegenteil beweise, dies im Raum stehe und folglich bei dieser Person entsprechende Massnahmen notwendig seien. Es sei keineswegs verständlich, weshalb der Berufungskläger auf

Grund dieser haltlosen Anschuldigungen nun zunächst beweisen müsse, dass er keine Suchtprobleme habe, währendem ihm sogar der Begleitete Besuchstreff (nachfolgend: BBT) bzw. die KOFA-Abklärung sehr gute Erziehungsfähigkeiten attestierten, die Berufungsbeklagte, bei welcher ja gar die Beiständin davon ausgehe, dass eine sozialpädagogische Familienbegleitung notwendig sei, sich aber schlichtweg mit ihrer Weigerungshaltung einer Öffnung der Vater-Sohn-Beziehung entziehen könne (act. 2 Rz. 13 ff.).

3.3 Die Vorinstanz stützt sich, wie bereits bei der KET-Beratung bzw. dem Elternkurs, auf das fehlende Vertrauen der Berufungsbeklagten in den Berufungskläger aufgrund dessen angeblichen Drogen- und Alkoholproblems. Ob die Behauptung persönlichkeitsverletzend ist oder nicht, ist vorliegend nicht zu beurteilen. Die Vorinstanz hat entgegen dem Berufungskläger auch nicht auf sein angebliches Drogen- und Alkoholproblem abgestellt, sondern auf das fehlende Vertrauen der Berufungsbeklagten in den Berufungskläger. Ebenso wenig muss der Berufungskläger zunächst beweisen, dass er keine Suchtprobleme hat. Die Vorinstanz weist gar darauf hin, dass eine Suchterkrankung oder Persönlichkeitsstörung ohne ärztliche Diagnose nicht unterstellt werden könne (act. 4 E. Ziff. II. C. 3.2). Vielmehr kommt die Vorinstanz zum Schluss, dass zunächst das Vertrauen zwischen den Parteien aufgebaut werden müsse und deshalb zurzeit die Installation einer sozialpädagogischen Familienbegleitung nicht angemessen erscheine. Bei den Ausführungen des Berufungsklägers, wonach sich die Situation mittelfristig nicht bessern werde, handelt es sich um eine nicht näher belegte Vermutung. Im Sinne der Grundsätze der Komplementarität und Proportionalität sowie des Grundsatzes, dass eine Massnahme erfolgsversprechend sein soll, ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass eine sozialpädagogische Familienbegleitung der Berufungsbeklagten zurzeit nicht dringend angezeigt ist. Vielmehr ist wie bereits bei der KET-Beratung bzw. dem Elternkurs zunächst zu versuchen, durch die begleiteten Übergaben das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zu verbessern.

4. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen. Das Urteil der Vorinstanz vom 9. September 2024 ist in Bezug auf die

durch den Berufungskläger angefochtenen Dispositiv-Ziffern 2 und 3 zu bestätigen.

III.

1. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger für das vorliegende Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).
2. Der Berufungskläger stellt im Berufungsverfahren ein Gesuch um Verpflichtung der Berufungsbeklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren von Fr. 5'000.– sowie eventualiter ein Gesuch Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverbeiständung (act. 2 S. 2). Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich die Berufung des Berufungsklägers als aussichtslos, weshalb beide Gesuche abzuweisen sind. Es ist deshalb auch nicht weiter darauf einzugehen, ob die Mittellosigkeit des Berufungsklägers und die Notwendigkeit der Rechtsverbeiständung gegeben sind (vgl. act. 2 Rz. 24 ff.).
3. Die Entscheidunggebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b sowie § 12 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 300.– festzusetzen. Unter den gegebenen Umständen sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Verpflichtung der Berufungsbeklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, an die Beiständin von C._____, D._____, Sozialzentrum E._____, ... [Adresse], an die KESB der Stadt Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und 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:

MLaw D. Stebler

versandt am: