

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ180014-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: LZ180015-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss und Urteil vom 12. Juni 2019

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Besuchsrecht (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufungen gegen Verfügungen des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 18. Mai 2018 sowie vom 26. Juni
2018 (FK170010-F)**

**1. Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 18. Mai 2018:**

Rechtsbegehren der Klägerin betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen:
(Urk. 7/44 S. 2)

"Das Besuchsrecht des Beklagten sei vorläufig zu sistieren."

Verfügung des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 18. Mai 2018:
(Urk. 7/97 S. 5 f. = Urk. 2 S. 5 f.)

1. Das Begehren um Sistierung des Besuchsrechts des Beklagten wird abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden dem Endentscheid vorbehalten.
3. [Schriftliche Mitteilung.]
4. [Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

1. Es sei festzustellen, dass der angefochtene Entscheid nichtig ist und dass die Parteien sich hinsichtlich des weiteren Besuchsrechts dahingehend geeinigt haben, vorerst drei bis auf die Übergaben begleitete Besuche im Vier-Wochen-Abstand durchzuführen, danach die Erkenntnisse daraus auszuwerten und in einer nächsten Besprechung gemeinsam die Ausgestaltung der weiteren Besuche festzulegen.
2. Eventualiter sei das Besuchsrecht des Berufungsbeklagten während der Dauer der Erstellung des Gutachtens zu sistieren, und es sei den Gutachterinnen zu überlassen, im Rahmen der Begutachtung Kontakte zwischen C. _____ und dem Berufungsbeklagten festzulegen sowie über die Ausgestaltung der Besuche zu bestimmen.
3. Subeventualiter sei dem Berufungsbeklagten während der Begutachtung das Recht einzuräumen, C. _____ jeden vierten Sonntag von 8.30 bis 13 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, wobei die Besuche bis auf die Übergaben begleitet zu erfolgen hätten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsbeklagten.

2. **Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 26. Juni 2018:**

Rechtsbegehren des Beklagten betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen:
(Urk. 7/76 S. 2 und Urk. 7/94 S. 2)

1. Es sei der Beklagte während der Dauer des vorliegenden Verfahrens für berechtigt zu erklären, die Tochter C. _____ jeden zweiten Sonntag von 9.30 Uhr bis 15.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Eventualiter sei der Beklagte während der Dauer des vorliegenden Verfahrens für berechtigt zu erklären, die Tochter C. _____ jeden dritten Sonntag von 9.30 Uhr bis 18.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

2. [...]
3. Es sei festzuhalten, dass es in der Kompetenz des Beistandes D. _____ liege, die Besuchsbegleitung durch die Besuchsbegleiterin E. _____ zu beschränken oder aufzuheben.
4. Die Kosten der Besuchsbegleitung seien der Klägerin aufzuerlegen.
5. Es sei die Klägerin zur Einhaltung der Besuchsrechtsregelung unter Androhung der Bestrafung mit Busse gemäss Art. 292 StGB in Höhe von CHF 1'000.00 für jede Zuwiderhandlung, das heisst für jeden nicht gewährten Besuchstag, zu verpflichten.
6. Der Antrag der Klägerin Ziffer 2 in der Eingabe vom 2. Mai 2018 sei abzuweisen und auf den Antrag Ziffer 3 sei nicht einzutreten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Klägerin im Endentscheid.

Rechtsbegehren der Klägerin betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen:
(Urk. 7/81)

1. Dem Beklagten sei das Recht zu erteilen, C. _____ ab dem 6. Mai 2018 jeden vierten Sonntag von 8.30 bis 14 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
Diese Besuche seien vollständig begleitet durchzuführen bis auf die Übergaben von C. _____; diesbezüglich sei es dem Beistand in Absprache mit Frau E. _____ und Frau F. _____ zu überlassen, die Begleitung abzubauen.
Eine andere Besuchsregelung insbesondere hinsichtlich von Rhythmus und Dauer der Besuche sowie der Begleitung sei der freien Vereinbarung zwischen den Parteien zu überlassen.
2. Die Parteien seien zu verpflichten, an einer Mediation bei Herrn G. _____, ... [Ort], teilzunehmen.
3. Der Gutachtensauftrag sei bis zum Abschluss der Mediation zu sistieren.
4. Die Kosten der Besuchsbegleitung seien von den Parteien weiterhin je zur Hälfte zu bezahlen.
5. Von der Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB gegenüber der Klägerin sei abzusehen.

Verfügung des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 26. Juni 2018:
(Urk. 7/122 S. 16 f. = Urk. 32/2 S. 16 f.)

1. Der Beklagte ist während der Dauer des vorliegenden Verfahrens berechtigt und verpflichtet, die Tochter C. _____ jeden dritten Sonntag von 9.00 Uhr bis 16.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
2. Es wird festgestellt, dass die Organisation der Besuche und somit die konkrete Ausgestaltung der Besuchsbegleitung in der Kompetenz des Beistandes D. _____ liegt.
3. Der Antrag des Beklagten um alleinige Auferlegung der Kosten der Besuchsbegleitung auf die Klägerin wird abgewiesen.
4. Der Antrag der Klägerin um Sistierung des Gutachtensauftrags bis zum Abschluss der Mediation wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

5. Der Antrag der Klägerin auf Verpflichtung der Parteien zur Teilnahme an einer Mediation bei Mediator G. _____ wird abgewiesen.
6. Der Antrag des Beklagten auf Verpflichtung der Klägerin zur Einhaltung der Besuchsrechtsregelung unter Androhung der Bestrafung mit Busse gemäss Art. 292 StGB in Höhe von Fr. 1'000.00 für jede Zuwiderhandlung, das heisst für jeden nicht gewährten Besuchstag, wird abgewiesen.
7. [Schriftliche Mitteilung.]
8. [Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 32/1 S. 2):

1. In Abänderung von Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides sei festzustellen, dass diese nichtig ist und dass die Parteien sich hinsichtlich des weiteren Besuchsrechts dahingehend geeinigt haben, vorerst drei bis auf die Übergaben begleitete Besuche im Vier-Wochen-Abstand durchzuführen, danach die Erkenntnisse daraus auszuwerten und in einer nächsten Besprechung gemeinsam die Ausgestaltung der weiteren Besuche festzulegen.

Eventualiter sei das Besuchsrecht des Berufungsbeklagten während der Dauer der Erstellung des Gutachtens zu sistieren, und es sei den Gutachterinnen zu überlassen, im Rahmen der Begutachtung Kontakte zwischen C. _____ und dem Berufungsbeklagten festzulegen sowie über die Ausgestaltung der Besuche zu bestimmen.

Subeventualiter sei dem Berufungsbeklagten während der Begutachtung das Recht einzuräumen, C. _____ jeden vierten Sonntag von 8.30 bis 13 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, wobei die Besuche bis auf die Übergaben begleitet zu erfolgen hätten.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, und die gegenseitigen Prozessentschädigungen seien wettzuschlagen.

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 32/13 S. 2):

Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin und Berufungsklägerin.

3. Vereinigtes Verfahren:

modifizierter Berufungsantrag der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 34 S. 1):

"In Abänderung der Berufungsanträge gemäss Eingaben vom 31. Mai 2018 sowie 9. Juli 2018 sei das Besuchsrecht des Beklagten während der Dauer des Hauptverfahrens zu sistieren."

Erwägungen:

I.

(Sachverhalt/Prozessgeschichte)

1. Die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) sowie der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter), die nie zusammenlebten, sind die unverheirateten Eltern von C._____, geboren am tt.mm.2016. C._____ lebt seit ihrer Geburt bei der Klägerin. Vor Vorinstanz stehen sich die Parteien in einem Verfahren betreffend elterliche Sorge, Unterhaltsbeiträge sowie Erstausrüstung gegenüber.
2. Dem vorinstanzlichen Verfahren ging ein Verfahren bei der KESB Horgen voraus (siehe Urk. 7/7-9). Mit Errichtungsbeschluss vom 5. September 2016 wurde für C._____ eine Beistandschaft errichtet und D._____ zu ihrem Beistand ernannt (Urk. 7/12/7 Disp. Ziff. 1 und 2). Mit Beschluss vom 6. Februar 2017 regelte die KESB Horgen den persönlichen Verkehr zwischen dem Beklagten und C._____ dahingehend, dass sie den Beklagten für berechtigt erklärte, C._____ jeden Sonntag von 10.00 Uhr bis 13.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, wobei die Besuche in den ersten vier Monaten begleitet und anschliessend unbegleitet stattzufinden hätten. Gleichzeitig wurde der Beistand von C._____ beauftragt, nach sechs Monaten (spätestens Ende August 2017) zu überprüfen, ob das Besuchsrecht erweitert werden könne, und einen entsprechenden Antrag zu stellen (Urk. 7/9/102 Disp. Ziff. 1-3).
3. Mit Eingabe vom 6. April 2017 machte die Klägerin das Verfahren betreffend elterliche Sorge, Unterhaltsbeiträge und Erstausrüstung bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 7/1). Mit Eingabe vom 14. Juli 2017 stellte der Beistand (bei der KESB Horgen) einen Antrag auf Weiterführung der begleiteten Besuche (Urk. 7/14). Nachdem der Beklagte vor Vorinstanz zu diesem Antrag Stellung genommen hatte (Urk. 7/19 Disp. Ziff. 1 und Urk. 21-22), berechnigte und verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten mit Verfügung vom 29. August 2017, C._____ jeweils am Sonntag der ungeraden Wochen von 10.00 Uhr bis 16.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Diese Besuche hätten während der nächsten sechs Monate ab dem Entscheid begleitet stattzufinden, wobei dem Beistand der Auftrag erteilt wurde, für die Dauer des begleiteten Besuchsrechts eine Besuchsbegleitung zu bestellen (Urk. 7/27 Disp. Ziff. 1 und 2).
4. Am 30. Januar 2018 stellte die Klägerin ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit dem Begehren, das Besuchsrecht des Beklagten sei vorläufig

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

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

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

7. Sowohl im Verfahren LZ180014-O als auch im Verfahren LZ180015-O wurde der einverlangte Kostenvorschuss geleistet (Urk. 8-11, Urk. 32/6 und 32/9). Die vom Beklagten bis anhin mandatierte Rechtsvertreterin orientierte das Gericht mit Eingaben vom 23. Juli 2018 darüber, dass sie den Beklagten nicht mehr vertrete (Urk. 12 und Urk. 32/8). Das im Verfahren LZ180015-O von der Klägerin gestellte Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 31. Juli 2018 abgewiesen (Urk. 32/11). Die Berufungsantwort im Verfahren LZ180015-O datiert vom 4. September 2018 (Urk. 32/12-13). Im Verfahren LZ180014-O wurde den Parteien mit Verfügung vom 27. August 2018 Frist angesetzt, um hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen bei Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit Stellung zu nehmen (Urk. 13). Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 4. September 2018 Stellung (Urk. 14), die Klägerin mit Eingabe vom 17. September 2018 (Urk. 15). In ihrer Eingabe beantragte die Klägerin zudem, es seien die Verfahren LZ180014-O und LZ180015-O zu vereinigen und über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Verfahrens LZ180014-O sei mit dem Endentscheid im Verfahren LZ180015-O zu befinden, eventualiter sei das Verfahren wegen Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, wobei die dortige Berufungsbegründung inklusive eingereichter Unterlagen zu den Akten des Verfahrens LZ180015-O zu nehmen, die Kosten des Verfahrens LZ180014-O

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

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

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

9. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 7) wurden beigezogen. Auf die Vorbringen der Parteien ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind.

II.

(Formelles)

1. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). Im Berufungsverfahren gilt sodann auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden.

2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie

vorliegend zu beurteilen sind – den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien auch im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen. Die Bestimmung von Art. 317 Abs. 1 ZPO gilt somit nicht für Verfahren, in welchen Kinderbelange zu beurteilen sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

3. Eine Klageänderung ist im Berufungsverfahren nur noch eingeschränkt zulässig (vgl. Art. 317 Abs. 2 ZPO). Bei Geltung der Officialmaxime sind Änderungen von Begehren indes jederzeit und uneingeschränkt möglich, freilich ohne dass die Rechtsmittelinstanz an diese gebunden wäre (vgl. ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 76 m.w.H.). Der mit Eingabe vom 4. März 2019 gestellte modifizierte Berufungsantrag der Klägerin erweist sich damit ohne Weiteres als zulässig, gilt vorliegend doch die Officialmaxime (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO).

III.

(Berufung gegen die Verfügung vom 18. Mai 2018)

Die Vorinstanz wies mit Verfügung vom 18. Mai 2018 das von der Klägerin im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gestellte Gesuch um Sistierung des mit Verfügung vom 29. August 2017 angeordneten Besuchsrechts des Beklagten ab. Dagegen erhob die Klägerin am 31. Mai 2018 Berufung. Mit Verfügung vom 26. Juni 2018 entschied die Vorinstanz erneut materiell über das Besuchsrecht und räumte dem Beklagten ein erweitertes Besuchsrecht ein, wobei dieser Entscheid ebenfalls mittels Berufung angefochten wurde (siehe vorstehend Ziff. I./6). Da mit der Verfügung vom 26. Juni 2018 ein neuer materieller Entscheid gefällt wurde und eine Regelung bzw. Sistierung des Besuchsrechts bis zu diesem Zeitpunkt obsolet ist, ist das Rechtsmittelverfahren gegen die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 18. Mai 2018 daher in Anwendung von Art. 242 ZPO gegenstandslos geworden und entsprechend abzuschreiben (vgl. BK ZPO-Killias, Art. 242 N 1 und N 4; ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 242 N 3).

IV.

(Berufung gegen die Verfügung vom 26. Juni 2018)

1. Vorbemerkungen

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin in ihrer Eingabe vom 4. März 2019 zum modifizierten Berufungsantrag erklärte, es gebe in materieller Hinsicht nichts zu ergänzen, und grundsätzlich auf ihre bisherigen Ausführungen verwies (Urk. 34 S. 2). Entsprechend ist auf ihre zuvor gemachten Ausführungen näher einzugehen.

2. Zulässigkeit der Abänderung vorsorglicher Massnahmen

Die Klägerin wirft in ihrer Berufungsschrift die Frage auf, ob die Vorinstanz überhaupt berechtigt gewesen sei, einen Entscheid über die Abänderung vorsorglicher Massnahmen bezüglich des Besuchsrechts zu treffen, nachdem sich die Parteien am 22. Februar 2018 anlässlich einer Besprechung beim AJB J. _____ über das weitere Besuchsrecht geeinigt hätten (Urk. 32/1 S. 8 mit Verweis auf Urk. 1). Der Beistand habe in der Folge in einem Schreiben an die Vorinstanz festgehalten, worüber die Parteien sich geeinigt hätten, wobei er dieses Schreiben zuerst den Parteien vorgelegt habe und dieses erst nach deren Bestätigung an die Vorinstanz gesandt habe (siehe Urk. 1 S. 7). Diesbezüglich ist jedoch festzuhalten, dass sich der vom Beistand D. _____ unterzeichneten und der Vorinstanz eingereichten "Teilvereinbarung" lediglich eine einvernehmliche Regelung der "nächsten drei Besuche" entnehmen lässt, nämlich derjenigen am 25. März, 22. April und 20. Mai 2018. Danach sollte eine Auswertung dieser Besuche stattfinden (siehe Urk. 7/63). Eine einvernehmliche Regelung sämtlicher zukünftigen Besuche lässt sich dem Wortlaut dieser "Vereinbarung" hingegen nicht entnehmen. Zudem hielt die Klägerin in ihrer Berufungsschrift vom 31. Mai 2018 selbst fest, dass sich die Parteien an einem Auswertungsgespräch über die weiteren Besuche hätten einigen und die Modalitäten festlegen wollen (Urk. 1 S. 9). Dies ist in der Folge jedoch offenbar nicht geschehen, jedenfalls wird nichts dergleichen vorgebracht. Insofern ist nicht ersichtlich, dass sich die Parteien bereits einvernehmlich über das künftige Besuchsrecht geeinigt hätten (siehe im Übrigen auch Urk. 7/65-70).

3. Besuchsrecht

3.1. Ausgangslage

3.1.1. Die Vorinstanz berechnigte und verpflichtete den Beklagten, die Tochter C._____ jeden dritten Sonntag von 9.00 Uhr bis 16.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Hierzu erwog sie im Wesentlichen, dass aufgrund der positiven Berichte der involvierten Personen (Familienbegleiterin K._____ und Besuchsbegleiterin E._____) dem Beklagten ein regelmässiges Besuchsrecht zuzusprechen sei. Die von der Klägerin geschilderten Schlaf- und Verhaltensstörungen von C._____ nach den Besuchen beim Beklagten seien zwar zu berücksichtigen, doch lasse sich den Akten nichts entnehmen, wonach C._____'s Verhaltensauffälligkeiten auf den Beklagten zurückzuführen seien. Diese würden nun gutachterlich abgeklärt, sodass nach Erstellung des Gutachtens die Sachlage neu zu beurteilen und die allfällig hierzu erforderlichen Massnahmen anzuordnen seien. Um C._____ die nötige Erholung zwischen den Besuchen beim Beklagten zu ermöglichen und bis die Schlaf- und Verhaltensstörungen von C._____ definitiv durch das Gutachten abgeklärt seien, sei der mit Verfügung vom 29. August 2017 (Urk. 7/27) festgesetzte Besuchsrythmus unter Berücksichtigung der Empfehlungen des behandelnden Kinderarztes Dr. L._____, der Psychologin F._____ sowie der Besuchsbegleiterin E._____ von bisher zwei Wochen auf drei Wochen – mithin jeden dritten Sonntag – zu verlängern. Um dem Beklagten und C._____ dennoch genügend persönlichen Verkehr zu ermöglichen, seien die Besuchszeiten etwas zu verlängern. Auch der behandelnde Kinderarzt erachte eine Besuchszeit von einigen Stunden als sinnvoll (mit Verweis auf Urk. 7/112). Die Parteien hätten die in der Verfügung vom 29. August 2017 festgelegten Besuchszeiten aus Rücksicht auf die Schlafenszeiten von C._____ einvernehmlich auf 9.30 Uhr bis 15.00 Uhr abgeändert (mit Verweis auf Urk. 7/94 Rz. 16 und Urk. 7/114 S. 5). Der Schlafrythmus eines Kleinkindes ändere sich naturgemäss rasch mit der Entwicklung. Es wäre nicht sachgerecht, die Besuchszeiten ausschliesslich von diesen Gegebenheiten abhängig zu machen. Unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls sei vielmehr entscheidend, dass C._____ regelmässige Kontakte zum Beklagten pflege – nämlich in Form von Besuchen, die jeweils über mehrere

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

3.1.2. Die Klägerin moniert in ihrer Berufungsschrift im Wesentlichen, dass C._____ unter den Besuchen des Beklagten leide und bis zu zwei Wochen benötige, um sich davon zu erholen. Ob ein Verhalten des Beklagten hierfür ursächlich sei oder nicht, sei irrelevant. Nichts anderes ergebe sich auch aus Art. 274 Abs. 2 ZGB: Es genüge, dass eine Kindeswohlgefährdung vorliege, es sei nicht erforderlich, dass der besuchsberechtigte Elternteil hierfür verantwortlich sei. Die Vorinstanz bringe denn auch keine anderen Gründe vor, die es rechtfertigten, C._____ weiter leiden zu lassen, ebensowenig nenne die Vorinstanz Umstände, die C._____s Leiden durch Vorteile aufwiegen würden. Auch führe die Vorinstanz zu Recht nicht mehr das Argument an, ein regelmässiger Kontakt verhindere eine Idealisierung oder Dämonisierung des Elternteils, mit dem das Kind nicht zusammenlebe, wie sie es noch in einer früheren Entscheidung getan habe.

Hinsichtlich der Kadenz der Besuche stütze sich die Vorinstanz zunächst auf den Kinderarzt Dr. L._____. Entgegen der Vorinstanz habe dieser jedoch nicht einen Abstand von drei Wochen zwischen den Besuchen empfohlen, sondern einen solchen von vier Wochen (mit Verweis auf Urk. 7/112). Ohne jegliche Begründung setze sich die Vorinstanz darüber hinweg. Die Besuchsbegleiterin E._____ habe zwar tatsächlich einen Abstand von drei Wochen befürwortet, allerdings kenne sie C._____s Befinden nicht aus eigener Wahrnehmung, sehe sie C._____ doch lediglich an den Besuchssonntagen. Ihre Empfehlungen würden einzig darauf gründen, dass die Besuche "nicht unharmonisch ablaufen sollten", was aber nicht massgebend sei. Die Vorinstanz führe sodann aus, die Besuchsbegleiterin E._____ sei den Empfehlungen von C._____s Psychologin F._____ gefolgt. Indes habe Letztere bei allen Sitzungen, an denen die Klägerin teilgenommen habe, nie einen Abstand von drei, sondern immer einen solchen von vier Wochen empfohlen. Soweit sich die Vorinstanz auf ein E-Mail der Psychologin F._____ stütze, wonach C._____ im Moment wieder gut schlafe und einen deutlichen Entwicklungsschub gemacht habe, sei darauf hinzuweisen, dass dieses E-Mail vom 30. April 2018 datiere. Die letzten zwei zuvor stattgefundenen Besuche hätten jedoch jeweils im Abstand von vier und fünf Wochen stattgefunden und der letzte

Besuch habe ebenfalls bereits fünf Wochen zurückgelegen. Dass ein Abstand von drei Wochen zwischen den Besuchen genüge, damit C._____ sich erholen könne, lasse sich dem E-Mail damit gerade nicht entnehmen. Sollte davon ausgegangen werden, dass Besuche stattfinden müssten, so erscheine es in Übereinstimmung mit dem Kinderarzt als angemessen, diese höchstens alle vier Wochen durchzuführen. Ein solcher Abstand entspreche auch der Vereinbarung der Parteien vom 22. Februar 2018 (mit Verweis auf Urk. 7/63). Die Vorinstanz wolle sodann die längeren Abstände zwischen den Besuchen mit einer längeren Dauer der Besuche kompensieren und verlängere die Kontaktdauer von fünfeinhalb auf sieben Stunden. Unter Verweis auf den Kinderarzt, dem gemäss Urk. 7/112 eine Besuchszeit von höchstens einigen Stunden jeden Monat als sinnvoll erscheine, gehe sie sodann davon aus, mit "einigen Stunden" könnten sieben Stunden gemeint sein. Dies treffe nicht zu. Vielmehr habe der Kinderarzt nun klar gestellt, dass vier bis fünf Stunden sinnvoll wären (Urk. 32/1 S. 3 ff.; siehe auch Urk. 1 S. 9 ff.). Der Beklagte nahm zu den diesbezüglichen Vorbringen der Klägerin nicht explizit Stellung (siehe Urk. 32/13).

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

3.2. Rechtliches

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

ternteils, sondern insbesondere auch ein Recht des Kindes selbst darstellt. Oberste Richtschnur ist auch hier das Kindeswohl, allfällige Interessen der Eltern müssen dahinter zurückstehen (BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 10 m.w.H.). In diesem Sinne hat auch der persönliche Verkehr zum Zweck, die positive Entwicklung des Kindes zu gewährleisten und zu fördern. In der Entwicklung des Kindes sind seine Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, da sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können (BGE 131 III 209 E. 5; 123 III 445 E. 3b; BGer 5A_968/2016 vom 14. Juni 2017, E. 4.1.). Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art.274 Abs. 2 ZGB).

Das Persönlichkeitsrecht des nicht obhutsberechtigten Elternteils, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, aber auch der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs verbieten dessen gänzliche Unterbindung, wenn die befürchteten nachteiligen Auswirkungen für das Kind durch die persönliche Anwesenheit einer Drittperson in Grenzen gehalten werden können. Wie die Verweigerung oder der Entzug nach Art. 274 Abs. 2 ZGB bedarf auch die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts – welches eine Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 307 ff. ZGB darstellt – konkreter Anhaltspunkte für die Kindeswohlgefährdung, eine bloss abstrakte Gefahr reicht nicht aus (BGer 5P.349/2003 vom 21. Oktober 2003, E. 2.1.). Das begleitete Besuchsrecht kann ein Mittel sein, der Gefährdung des Kindes wirksam zu begegnen, Krisensituationen zu entschärfen, Ängste abzubauen resp. dem Kind ein realistisches Bild vom abwesenden Elternteil sowie Hilfestellungen für eine Verbesserung der Eltern-Kind-Beziehung zu vermitteln. Ein begleitetes Besuchsrecht erscheint insbesondere bei stark gestörtem Verhältnis der Eltern, Überforderungen und Ängsten des Kindes, psychischer Belastung oder einem längeren Kontaktunterbruch zwischen einem Elternteil und dem Kind als indiziert (vgl. BGer 5A_968/2016 vom 16. Juni 2017, E. 4.1.; BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 26). Das begleitete Besuchsrecht stellt aber lediglich eine Übergangslösung dar, weshalb es stets nur für eine begrenzte Dauer – im Regelfall für ein halbes oder ein ganzes Jahr – anzuordnen ist. Es scheidet

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

3.3. Besuchsrecht im konkreten Fall

3.3.1. Die Referentin I._____ hält im Fachbericht fest, dass C._____ mit der aktuellen Elternsituation weit mehr belastet zu sein scheine, als bisher angenommen. Das zwischen den Parteien durch ein tiefes gegenseitiges Misstrauen belastete Verhältnis müsse bei C._____ zu einer "ungeheuren Verunsicherung und Belastung" führen. Zudem spüre C._____ bei den Übergaben die Verunsicherung der Klägerin, die einerseits unter Druck stehe, die Besuche zu ermöglichen, und gleichzeitig überzeugt sei, dass sie C._____ nicht guttun würden. Bei den von der Referentin des Fachberichts begleiteten Übergaben habe sich C._____ in ihrer Verzweiflung auch von der Mutter abgewendet, als ob sie deren Dilemma gespürt hätte. Es sei für C._____s Entwicklung höchst gefährdend, wenn sie sich in Stresssituationen von niemanden beschützt fühle. Zur Zeit habe C._____ selbst offenbar eine (Not-) Lösung gefunden: Sie verweigere sich dem Beklagten ganz grundsätzlich (Urk. 20/138 S. 23). In der Folge wird von der Referentin empfohlen, das Besuchsrechts für einige Zeit "in der jetzigen Form" auszusetzen. Ein vollständiger Kontaktabbruch, mithin eine Sistierung des Besuchsrechts, wäre für C._____ nicht einzuordnen, zumal sie sich intensiv mit dem Beklagten beschäftige. Darüber hinaus bestünde die Gefahr, dass sich die entstehende Lücke mit weiteren Phantasien fülle, die einen späteren Kontaktaufbau behindern würden (Urk. 20/138 S. 24). Im Weiteren wird empfohlen, dass die Parteien sich zum Wohl von C._____ mit ihren Vorbehalten, Ansprüchen und Erwartungen gegenüber dem jeweils anderen Elternteil vertieft auseinandersetzen. Dabei sei es wichtig, die Ambivalenzen gegenüber dem anderen Elternteil, die sich aktuell in der Not von C._____ ausdrückten, offen zu benennen (Urk. 20/138 S. 25). Entsprechend wird von der Referentin im Fachbericht angeregt, durch eine Fachperson begleitete Treffen der Kindsmutter mit C._____ und dem Kindsvater durchzuführen, anfänglich alle vier bis sechs Wochen. Derartige Kontakte würden es den Kindseltern ermöglichen, sich kindsbezogen mit ihrer gemeinsamen Elternschaft auseinanderzusetzen. Die Besuchskontakte könnten dabei durch das H._____

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

3.3.2. Mit Blick auf die schlüssigen und nachvollziehbaren Erwägungen des Fachberichts ist davon auszugehen, dass das unbegleitete Besuchsrecht, wie es von der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung angeordnet wurde, aktuell nicht im Kindeswohl liegt. Indes ist auch von einer Sistierung, wie es die Klägerin verlangt, abzusehen, würde dies C._____ doch ebenfalls negativ belasten und einen für sie wichtigen Beziehungsaufbau zum Beklagten behindern. Die Klägerin moniert, die Referentin habe beim Abschlussgespräch geraten, bis zum vierten Lebensjahr von C._____ auf jegliche Kontakte zu verzichten (Urk. 30 S. 2). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Referentin solches bei der finalen Ausarbeitung des Berichts – nach "langer Diskussion" mit ihren Kolleginnen (siehe Urk. 25) – offenbar nicht mehr als im Kindeswohl gelegen erachtete und zu einem anderen Schluss gelangte. Ebenfalls ins Leere geht der Einwand der Klägerin, es sei nicht verständlich, inwiefern einerseits eine Pause und andererseits begleitete Eltern-Kind-Kontakte empfohlen werden (Urk. 30 S. 2 f.). Im Fachbericht wird lediglich die Aussetzung der Besuchskontakte *in der jetzigen Form* empfohlen und nicht – wovon die Klägerin auszugehen scheint – das Aussetzen der Besuchskontakte generell. Sollten "weitere Auskünfte" oder "Erläuterungen von der Gutachterin" – wie die Klägerin vorbringt (Urk. 30) – nachträglich tatsächlich zu neuen Erkenntnissen führen, wäre über eine vorsorgliche "Sistierung" des Besuchsrechts gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt erneut zu befinden.

Im Weiteren scheint die Installierung einer Besuchsbegleitung mit Blick auf C._____s aktuelle Überforderung und damit einhergehend ihre (psychische) Belastung sowie die Ursache hierfür als im Interesse des Kindeswohls geboten. Auch soll die (mögliche) Beziehung zwischen dem Beklagten und C._____ nicht weiter gefährdet, sondern unter fachlicher Begleitung auf- und ausgebaut werden. Angesichts der schwelenden Konflikte und dem von Misstrauen geprägten Verhältnis zwischen den Kindseltern sowie der weitreichenden Konsequenzen für C._____ vermag eine Begleitung durch die (bisherigen) Besuchsbegleiterinnen im vorliegenden Fall offensichtlich nicht mehr zu genügen (siehe hierzu auch Urk. 20/138

S. 23 f.). Nachdem eine Mediation zwischen den Parteien nicht weitergeführt bzw. abgebrochen wurde (siehe Urk. 20/138 S. 8 und S. 9) und nicht ersichtlich ist, inwiefern den zwischen den Parteien bestehenden Differenzen und damit der (weiteren) Gefährdung des Kindeswohls anders beizukommen wäre, erscheint es vorliegend – wie im Fachbericht empfohlen – angezeigt, die Besuchskontakte mit C._____ für die Dauer des Verfahrens unter Begleitung einer Institution mit entsprechender Fachkompetenz *sowie* in Anwesenheit der Kindsmutter stattfinden zu lassen. Da indes Besuchskontakte – auch begleitete – in der Regel ohne den anderen Elternteil stattfinden sollten, ist dem Beistand die Aufgabe zu übertragen, stetig zu überprüfen, ob die Anwesenheit der Kindsmutter weiterhin erforderlich erscheint, und gegebenenfalls diesbezüglich einen Antrag zu stellen.

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

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

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

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

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

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

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

3.4. Zusammenfassend ist der Beklagte damit für die Dauer des Verfahrens zu berechtigen und verpflichten, C. _____ in Begleitung einer vom Beistand zu bestimmenden Fachperson (H. _____, eine ähnliche Institution oder eine über ähnliche Kompetenzen verfügende Fachperson) sowie in Anwesenheit der Klägerin jeweils einmal pro Monat (nach Möglichkeit in der ersten Woche des jeweiligen Monats) für die Dauer von 5.5 Stunden zu besuchen. Die Kosten des begleiteten Besuchsrechts sind von den Parteien je hälftig zu tragen. Dem Beistand ist die Aufgabe zu übertragen, das begleitete Besuchsrecht im vorerwähnten Sinne zu installieren, stetig zu überprüfen, ob eine (weitere) Anwesenheit der Klägerin bei den begleiteten Besuchskontakten erforderlich erscheint, und gegebenenfalls einen Antrag zu stellen. Über ein *unbegleitetes* Besuchsrecht wird im Rahmen eines Abänderungsverfahrens oder im Endentscheid zu befinden sein.

4. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Vorinstanz hat in den angefochtenen Entscheiden keine Kosten festgesetzt. Diesbezüglich gilt es daher keine Anordnungen zu treffen.

V.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Die Entscheidgebühr für das vereinigte Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG auf insgesamt Fr. 4'000.– (Fr. 1'000.– für das gegenstandslos gewordene Rechtsmittelverfahren gegen die Verfügung vom 18. Mai 2018 und Fr. 3'000.– für dasjenige gegen die Verfügung vom 26. Juni 2018) festzusetzen.
2. Die Klägerin beantragt, es seien die Kosten für das gegenstandslos gewordene Berufungsverfahren gegen die Verfügung vom 18. Mai 2018 auf die Staatskasse zu nehmen. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus, es sei einzig der Vorinstanz anzulasten, die beiden in kurzen Abständen gestellten Gesuche der Parteien um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen in Bezug auf das Besuchsrecht separat – und nicht gemeinsam behandelt – und damit unnötig Aufwand provoziert zu haben. Dadurch sei die Klägerin gezwungen gewesen, zweimal Berufung zu erheben, da sie sich mit den beiden Entscheiden nicht habe

einverstanden erklären können (mit Verweis auf BGer 5A_61/2012 vom 23. März 2012, E. 4; Urk. 15).

Eine Kostenaufgabe an den Kanton gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO kommt insbesondere in Fällen regelrechter Justizpannen zur Anwendung. Vorausgesetzt ist eine krasse Fehlleistung der Erstinstanz, welche eine Kostenaufgabe an die Parteien als unbillig erscheinen lassen würde. Der blosser Umstand, dass der Erstinstanz Fehler unterlaufen sind, welche weder einer Partei noch Dritten angelastet werden können, vermag mithin nicht zu genügen, da dies nach der Beurteilung der Rechtsmittelinstanz doch regelmässig der Fall ist, ansonsten keine Kassation und Rückweisung erfolgen würde (BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4; 5A_104/2012 vom 11. Mai 2012, E. 4.4.2; 5A_61/2012 vom 23. März 2012, E. 4). Selbst wenn vorliegend das Vorgehen der Vorinstanz als unzweckmässig anzusehen wäre, kann nicht von einer eigentlichen Justizpanne im Sinne des zuvor Ausgeführten gesprochen werden, die eine Kostenaufgabe an den Kanton rechtfertigen würde.

3. Sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, kann das Gericht bei der Beschreibung eines Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen (Art. 106 ZPO) abweichen und die Prozesskosten nach richterlichem Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei kann das Gericht u.a. berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben bzw. welche Partei die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat oder welche Partei vermutlich obsiegt hätte (ZK ZPO-Leumann Liebster, Art. 242 N 9). Das voraussichtliche Prozessergebnis in Bezug auf die Berufung gegen die Verfügung vom 18. Mai 2018 kann vorliegend unberücksichtigt bleiben, da in familienrechtlichen Verfahren die Kosten ohnehin nicht zwingend nach Obsiegen und Unterliegen verteilt werden müssen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). In Verfahren mit Bezug auf Kinderbelange werden nach Praxis der Kammer die Verfahrenskosten unabhängig vom Verfahrensausgang den Eltern je hälftig auferlegt, da in aller Regel beide Elternteile in guten Treuen ihren je unterschiedlichen Standpunkt im Interesse ihrer Kinder vertreten (OGer ZH RV150007 vom 21.12.2015, E. IV.2; OGer ZH RV150002 vom 10.04.2015, E. III.2; ZR 84 [1985] Nr. 41). Anlass, um vorliegend von dieser Pra-

xis abzuweichen, besteht nicht. Entsprechend rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten für das *vereinigte* Berufungsverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzulegen und die gegenseitigen Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren wettzuschlagen.

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 18. Mai 2018 wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 26. Juni 2018 wird deren Dispositiv-Ziffer 1 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "1. a) Der Beklagte ist für die Dauer des Verfahrens berechtigt und verpflichtet, C. _____ in Begleitung einer vom Beistand zu bestimmenden Fachperson sowie in Anwesenheit der Klägerin jeweils einmal pro Monat (nach Möglichkeit in der ersten Woche des jeweiligen Monats) für die Dauer von 5.5 Stunden zu besuchen.

Die Kosten des begleiteten Besuchsrechts sind von den Parteien je hälftig zu tragen.
 - b) Dem Beistand werden folgende zusätzliche Aufgaben übertragen:
 - den monatlichen Besuchstag sowie die Begleitperson (H. _____, eine ähnliche Institution oder eine über ähnliche Kompetenzen verfügende Fachperson) zu bestimmen und das begleitete Besuchsrecht zu installieren.
 - zu überprüfen, ob die Anwesenheit der Klägerin bei den begleiteten Besuchskontakten weiterhin erforder-

lich erscheint und gegebenenfalls einen entsprechenden Antrag zu stellen.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Klägerin sowie dem Beklagten je zur Hälfte auferlegt und mit den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 2'000.– zu ersetzen.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an
 - die Parteien, je gegen Empfangsschein
 - den Beistand D._____, kjz J._____, ...-Strasse ..., Postfach ..., ... [Ort]
 - die KESB Horgen, Dammstrasse 12, 8810 Horgen
 - die Vorinstanz.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. Juni 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
mc