

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ140046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

## Urteil vom 29. Oktober 2014

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,  
Beschwerdegegnerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Persönlicher Verkehr**

**Beschwerde gegen ein Urteil der Kammer II des Bezirksrates Zürich vom 3. Juli 2014 i.S. C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2005, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2007; VO.2014.54 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)**

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien sind die Eltern der Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2007. Mit Entscheid des Familienrichters des Kreisgerichts Toggenburg vom 22. Juli 2011 wurde die Ehe der Parteien geschieden und die Vereinbarung vom 9. Juni 2011 über die Scheidungsfolgen genehmigt (act. 10/168). Die elterliche Sorge über die beiden Töchter wurde der Mutter zugeteilt, eine Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wurde weitergeführt, und es wurde ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende, während vier Ferienwochen und mit einer Aufteilung der Feiertage vereinbart. Auf die übrigen Bestimmungen wird nicht eingegangen, weil diese hier nicht von Interesse sind.

2. Weil es den Eltern nicht gelungen sei, die Besuchsrechtsregelung zum Wohl ihrer Kinder umzusetzen, und weil die Eltern nur beschränkt zu einem konstruktiven Dialog über die Kinderbelange fähig seien – es ist von einer "mangelhaften und teilweise offensichtlich unfähigen Kommunikation zwischen den beiden Elternteilen" die Rede – ordnete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich mit Beschlüssen vom 14. April 2014 gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB eine Mediation an (act. 9/6a und b S. 2).

Gestützt auf einen Antrag der Beiständin (act. 9/222) traf die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zudem als vorläufige Massnahme "für die Dauer des Mediationsverfahrens und bis nach der Auswertung der Ergebnisse des Mediationsprozesses" eine von der bei der Scheidung vereinbarten Ordnung abweichende, einschränkende Regelung des Besuchsrechts und beauftragte die Beiständin

mit deren Überwachung. So sollten Besuche ab Mai 2014 jeweils am 1. und 3. Wochenende stattfinden mit begleiteter Übergabe sowie Übernachtung in den Räumen des Vereins ... in ..., tagsüber jeweils ohne entsprechende Begleitung (act. 9/6 a und b S. 7 Ziff. 8).

3. Während die Anordnung einer Mediation von beiden Parteien akzeptiert wurde und diese Mediation laut Angaben von beiden Parteien inzwischen begonnen hat, gelangte der Vater (fortan Beschwerdeführer) gegen die erwähnte Einschränkung seines Besuchsrechts an den Bezirksrat, der seine Beschwerde mit Urteil vom 3. Juli 2014 abwies (act. 8). Gegen diesen Entscheid, der seinem Vertreter am 7. Juli 2014 eröffnet wurde (act. 9/16), wendet sich der Beschwerdeführer innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist mit seiner Eingabe vom 6. August 2014 an die Kammer mit den folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

1. Die Dispositivziffern III. und IV. des Beschlusses des Bezirksrats Zürich vom 3. Juli 2014 seien aufzuheben und es sei
  - a) E.\_\_\_\_\_, Leiter der VORSA als Zeuge einzuvernehmen,
  - b) dem Beschwerdeführer im Verfahren vor dem Bezirksrat die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
2. Die Vorinstanzen seien in Aufhebung des angefochtenen Urteils anzuweisen, das Besuchsrecht gemäss Scheidungsurteil des Kreisgerichtes Toggenburg, Familienrichter, vom 22. Juli 2011 durchzusetzen bzw. durch die Beiständin durchsetzen zu lassen, unter Androhung einer angemessenen Bestrafung an die Beschwerdegegnerin für den Fall, dass sie die Kinder C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ nicht zu den vom Gericht angeordneten oder der von der Beiständin noch zu nennenden Zeiten an den Beschwerdeführer (oder Mittelsperson) übergibt.
3. Die Vorinstanzen bzw. die Beiständin seien anzuweisen, ein Ferienbesuchsrecht von zehn aufeinanderfolgenden Tagen während der Schulferien im Herbst 2014 festzulegen oder die korrekte Durchführung zu überwachen.
4. Dem Beschwerdeführer sei für das Beschwerdeverfahren vor Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Die Mutter (fortan Beschwerdegegnerin) beantwortete die Beschwerde am 28. August 2014 und stellte Antrag auf Abweisung der Beschwerde und beantragte die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 17). Mit Beschluss vom 9. September 2014 wurde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme über den Be-

schwerdeantrag Ziff. 3 (und über die Armenrechtsgesuche der Parteien; vgl. dazu unten III.) entschieden und angeordnet, dass der Beschwerdeführer während der Herbstferien 2014 einen Ferienanspruch von einer Woche hat (act. 19).

## II.

1. Der Beschwerdeführer zitiert die vorinstanzliche Feststellung, das Wohl der Kinder sei gefährdet, weil die Eltern ihren früheren Ehekonflikt weitertrügen, und bestreitet, dass die Einschränkung des Besuchsrechts eine geeignete Massnahme zum Schutz des Kindeswohls darstelle (act. 2 S. 4 E. 8 und 9). Elternkonflikte seien kein Grund für eine Einschränkung des persönlichen Verkehrs. Eine solche Massnahme sei meist kein geeignetes Mittel, um Loyalitätskonflikten zu begegnen (act. 2 S. 4 f. E. 11 m.H. auf BGE 131 III 209). Der Kinderwunsch sei nicht die alleinige Richtschnur zur Festsetzung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern- und Kind. Falls Kinder den Kontakt zum berechtigten Elternteil ablehnten, müssten die Gründe dafür geprüft werden (act. 2 S. 3 E. 5).

Diese Ausführungen des Beschwerdeführers sind grundsätzlich nicht falsch, gehen aber am Kern der Sache vorbei. Der Beschwerdeführer setzt sich nicht damit auseinander, dass die Einschränkung des Besuchsrechts durch die KESB nicht auf Dauer, sondern nur vorläufig für die Dauer des Mediationsverfahrens erfolgte.

2. Zur Begründung der angefochtenen Einschränkung des Besuchsrechts hatte die KESB angeführt, vor dem Hintergrund, dass die bestehende Besuchsrechtsregelung nie umgesetzt werden konnte (act. 9/6a und b S. 2 E. 1), erscheine dieses Vorgehen notwendig, um "der teilweise bestehenden Besuchsrechtswiderstände der Kinder und damit einer allfälligen Entfremdung gegenüber ihrem Vater entgegenzuwirken und um den Kontakt in normale Bahnen zu lenken" (act. 9/6a und b S. 5 E. 9). Die Vorinstanz betonte, das erklärte Ziel der KESB sei gewesen, dass künftig wieder die im Gerichtsurteil statuierte Besuchsrechtsregelung ausgeübt werden könne (act. 8 S. 7 m.H. auf act. 9/6a und b S. 5 E. 8).

Die KESB erachtete ein unbegleitetes Besuchsrecht in näherer Zukunft als realistisch, wobei sie darauf verwies, dass der Beschwerdeführer vom Verein ..., der

die aktuell begleiteten Besuche vorgenommen habe, als fähiger und verantwortungsvoller Vater geschildert werde, der mit seinen Kindern altersgemäss umzugehen wisse (act. 9/6a und b S. 5 E. 8).

Da die Vorinstanzen diesbezüglich nicht von anderen tatsächlichen Voraussetzungen als der Beschwerdeführer ausgehen und dieser Punkt im Übrigen für die angefochtene vorläufige Einschränkung des Besuchsrechts auch nicht ausschlaggebend war, erübrigt sich die beantragte Zeugeneinvernahme von E.\_\_\_\_\_, mit welcher der Beschwerdeführer beweisen will, dass er nicht, jedenfalls nicht primär Ursache der Loyalitätskonflikte und der anfänglichen Beunruhigungen und Belastungen der Kinder bei Besuchen sei (act. 2 S. 5 f. Ziff. 14).

Zum vor Vorinstanz gestellten und in der Beschwerdebegründung wiederholten Beweisantrag auf Beizug der Tonaufnahmen der Anhörung von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ (act. 2 S. 4 Ziff. 7) ist anzumerken, dass der Beschwerdeführer bereits mit Schreiben der KESB vom 20. Dezember 2013 darauf hingewiesen wurde, dass eine solche Aufzeichnung nicht existiert, weil die Aufnahme von Anhörungen in solchen Verfahren nicht üblich ist (act. 10/212). Weiterungen erübrigen sich.

3. Die Vorinstanz hielt fest, die KESB habe gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB eine Mediation angeordnet, um zu erreichen, dass künftig wieder die im Gerichtsurteil statuierte Besuchsrechtsregelung ausgeübt werden könne (act. 8 S. 7 f.). Durch das Mediationsverfahren solle sich die Einstellung der Eltern derart ändern, dass sie bezüglich der Kinderbelange in einer vernünftigen Art miteinander kommunizieren könnten und kein Widerstand mehr gegen das Besuchsrecht geleistet werde und es tatsächlich durchgeführt werden könne (act. 8 S. 8 m.H. auf act. 10/215).

Der Umstand, dass die Einschränkung des Besuchsrechts für die Dauer des Mediationsverfahrens und bis nach der Auswertung der Ergebnisse des Mediationsprozesses angeordnet wurde, bringt den dienenden Charakter dieser Massnahme zum Ausdruck. Die Einschränkung des Besuchsrechts soll den Konflikt entschärfen, um zu verhindern, dass ein Wiederaufflammen der Auseinandersetzung die Mediation behindert und allenfalls sogar zum Scheitern bringt. Es handelt sich um

eine flankierende Massnahme, die zur Entspannung beitragen und dadurch möglichst gedeihliche Voraussetzungen für die Mediation schaffen soll.

Die vorübergehende Einschränkung des Besuchsrechts während der Mediation soll somit nach dem Verständnis der Vorinstanzen keine dauerhafte Einschränkung vorwegnehmen, sondern vielmehr die Voraussetzung dafür schaffen, dass das Besuchsrecht in Zukunft wieder uneingeschränkt wahrgenommen werden kann. Der Streit dreht sich nicht um dieses Fernziel, mit dem sich wohl auch der Beschwerdeführer einverstanden erklären kann, sondern darum, auf welchem Weg dieses zu erreichen ist.

4. Mit seinem Antrag, das Besuchsrecht sei zwangsweise durchzusetzen, übt der Beschwerdeführer Druck auf die Beschwerdegegnerin aus und versucht, die Umsetzung des Besuchsrechts ohne den Umweg über die Mediation zu erreichen. Das geht im Idealfall schneller, birgt aber das Risiko einer neuerlichen Verschärfung des Konflikts, da Druck in der Regel Gegendruck erzeugt, und ist zudem weniger nachhaltig, da weiterhin Zwangsmassnahmen nötig wären, solange der elterliche Konflikt fort dauert, der unbestrittenermassen die Ursache der gegenwärtigen Schwierigkeiten bei der Umsetzung des Besuchsrechts ist.

Mit der Erwägung, dass die Durchsetzung des Besuchsrechts unter Strafandrohung der Zielsetzung der Mediation entgegenstehe (act. 8 S. 9), weist die Vorinstanz auf den Zielkonflikt hin, der zwischen der nachhaltigen Verbesserung des elterlichen Verhältnisses und der sofortigen Umsetzung des Besuchsrechts besteht. Dem hat der Beschwerdeführer nichts entgegen zu setzen. Mit Blick auf das Kindeswohl hat die langfristige Perspektive und damit die Mediation Vorrang.

Eine Mediation bietet nach der zutreffenden Ansicht der Vorinstanzen, die vom Beschwerdeführer nicht grundlegend in Frage gestellt wird, am ehesten die Gewähr, das Konfliktniveau spürbar zu senken und damit zumindest mittelfristig eine dauerhafte Verbesserung der Situation gerade auch in Bezug auf das Besuchsrecht herbeizuführen. Eine Mediation ist jedoch kein Allheilmittel. Angesichts der schwierigen Ausgangslage, welche die Akten eindrücklich zeigen, handelt es sich

eher um eine letzte Hoffnung. Das ist jedoch erst recht ein Grund, alles zu unterlassen, was den Erfolg der Mediation gefährden könnte.

5. Nachdem die KESB eine Mediation anordnete, was der Beschwerdeführer ausdrücklich begrüsst (act. 2 S. 4 Ziff. 9), und dieser Entscheid rechtskräftig geworden ist, hat die Beschwerdeführer die damit verbundene vorübergehende Einschränkung des Besuchsrechts hinzunehmen, von der er im Übrigen nicht geltend macht, sie sei unverhältnismässig. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

### III.

1. Der Bezirksrat hatte dem Beschwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Begründung verweigert, dass er mit einem steuerbaren Vermögen von Fr. 24'623.–, das im Umfang von Fr. 15'292.– aus Wertschriften und Guthaben bestehe, über genügend liquide Mittel verfüge, um für seine Prozesskosten aufzukommen und dass er seine Anliegen (wie die damals noch nicht anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin) ohne Vertretung durch einen Anwalt hätte vorbringen können, da sich keine schwierigen Sachverhalts- oder Rechtsfragen stellten (act. 8 S. 10 E. 5.2). Auch dagegen richtet sich die Beschwerde (act. 2 S. 2 Ziff. 1.b).

Der Beschwerdeführer hatte für seine Mittellosigkeit vor der Vorinstanz die Steuererklärung für das Jahr 2012 eingereicht und im Übrigen darauf verwiesen, dass ihm im Scheidungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt worden sei und dass sich seither nichts an seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geändert habe (act. 9/1 S. 6 Ziff. 15).

Wie im Beschluss vom 9. September 2014 erwähnt, mit dem die Kammer das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das vorliegende Verfahren wegen ungenügender Begründung abwies, gibt die Steuererklärung nur über das Einkommen und das Vermögen Aufschluss, während die laufenden Ausgaben daraus nicht hervor gehen. Das Scheidungsverfahren wurde vor über drei Jahren abgeschlossen, so dass auf die damaligen Verhältnisse nicht mehr abgestellt werden kann (act. 19 S. 6 f. E. 8.a).

Das gilt auch für das vorinstanzliche Verfahren. Unabhängig davon, ob der Beschwerdeführer über Vermögen verfügt und ob eine anwaltliche Vertretung notwendig war (vgl. act. 2 S. 6 f. Ziff. 16 f.), verweigerte ihm die Vorinstanz daher zu recht die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege, weil bereits die Begründung seines damaligen Gesuchs mangelhaft war. Die Beschwerde ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

2. Der Beschwerdegegner unterliegt demnach in diesem Verfahren in der Hauptsache, nachdem er mit seinem Antrag bezüglich der Herbstferien mehrheitlich obsiegte. Die Kosten sind daher zu drei Vierteln dem Beschwerdeführer und zu einem Viertel der Beschwerdegegnerin zu auferlegen, und der Beschwerdeführer ist zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine entsprechend reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

3. Mit Beschluss vom 9. September 2014 wurde der Beschwerdegegnerin für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt (act. 19 S. 7 f. E. 8.b; Disp.-Ziff. 3). Der auf die Beschwerdegegnerin entfallende Kostenanteil ist daher unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens werden zu drei Vierteln dem Beschwerdeführer und zu einem Viertel der Beschwerdegegnerin auferlegt. Der Anteil der Beschwerdegegnerin wird (unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO) auf die Gerichtskasse genommen.

4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'200.– (Mehrwertsteuer eingeschlossen) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, je gegen Empfangsschein.
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 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: