

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130019-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Beschluss und Urteil vom 7. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

3. **E.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Eheschutz (Besuchsrecht)**

Berufung gegen ein Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 21. Februar 2013 (EE120083-E)

Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 21. Februar 201 (Urk. 2):

- " 1. Die Kinder
- C. _____, geb. tt.mm.2001,
 - D. _____, geb. tt.mm.2003, und
 - E. _____, geb. tt.mm.2005,
- werden für die Dauer des Verfahrens vorsorglich unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
2. Der Antrag des Gesuchsgegners, der Gesuchstellerin den Befehl zu erteilen, die Kinder sofort in die eheliche Wohnung zu bringen, wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Dem Gesuchsgegner wird für die Dauer des Verfahrens vorsorglich das Recht eingeräumt, die Kinder D. _____ und E. _____ zweimal pro Monat an einem vom Beistand festzulegenden Tag und zu bestimmende Dauer an einem festzulegenden Ort zu besuchen (begleitetes Besuchsrecht).
4. Der Gesuchstellerin wird die Weisung erteilt, für den Sohn C. _____ eine psychotherapeutische Behandlung bei einer Fachperson in die Wege zu leiten.
5. Beiden Parteien wird je die Weisung erteilt, bei der Jugend- und Familienberatungsstelle in ... oder ... eine Erziehungsberatung zu besuchen und sich bezüglich des Umgangs mit den Kindern in Trennungssituationen und der Vermeidung von Loyalitätskonflikten der Kinder beraten zu lassen.

6. Beiden Parteien wird je die Weisung erteilt, alles zu unterlassen, was das Verhältnis der Kinder zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt.
7. Für die Kinder C._____, geb. tt.mm.2001, D._____, geb. tt.mm.2003, und E._____, geb. tt.mm.2005, wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet.

Die KESB Bezirk Hinwil wird ersucht, den Kindern einen Beistand oder eine Beiständin zu ernennen.

Der Beistand oder die Beiständin ist berechtigt und wird beauftragt:

- das begleitete Besuchsrecht in Ziff. 3 bezüglich Tag, Dauer und Ort zu bestimmen, zu installieren und zu überwachen,
 - die in Dispositivziffern 4, 5 und 6 angeordneten Weisungen zu überwachen,
 - eine Familienbegleitung zu installieren und zu überwachen,
 - allfällige Anträge zur Ausdehnung oder Einschränkung der Besuchskontakte aller drei Kinder zum Gesuchsgegner zu stellen,
 - allfällige Anträge zur Abänderung und Ergänzung von Kinderschutzmassnahmen zu stellen.
8. Die eheliche Wohnung an der ...strasse ... in ... wird für die Dauer des Verfahrens samt Hausrat und Mobiliar vorsorglich der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
 9. Für die Dauer des Verfahrens bleiben die mit Verfügungen vom 19. Dezember 2012 und vom 11. Januar 2013 angeordneten Massnahmen samt Strafandrohungen aufrecht erhalten.
 10. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit der Hauptsache entschieden.

(Schriftliche Mitteilung, Berufung, Fristenstillstand)."

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

" Es sei Ziffer 3 des Urteils vom 21. Februar 2013 wie folgt abzuändern:

Es sei dem Berufungskläger für die Dauer des Verfahrens vorsorglich das Recht einzuräumen, die Kinder C._____, D._____ und E._____ zweimal pro Monat an einem vom Beistand festzulegenden Tag und zu bestimmender Dauer an einem festzulegenden Ort zu besuchen (begleitetes Besuchsrecht).

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsbeklagten.

Prozessualer Antrag:

Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. "

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 10 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen,
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. 8,0 % MWSt) zu Lasten des Gesuchsgegners und Berufungsklägers.
2. Es sei der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen."

der Verfahrensbeteiligten (Urk. 13 S. 2):

"Die Berufung sei abzuweisen."

Erwägungen:

I. Parteien, Streitgegenstand und Prozessgeschichte

1. Die Parteien stehen vor der Vorinstanz seit Anfang Dezember 2012 in einem Eheschutzverfahren. Sie haben zwei gemeinsame Kinder (D._____ und E._____), ein drittes (C._____). C._____ wurde von der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchstellerin) in die Ehe gebracht und in der Folge vom Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsgegner) adoptiert. Die Kinder haben die Jahrgänge 2001, 2003 und 2005; sie gehen zur Schule. Die Gesuchstellerin war während des Zusammenlebens in grösserem Mass berufstätig als der Gesuchsgegner, der sich vermehrt um die Kinder kümmerte, die Familie musste auch von der Fürsorge unterstützt werden. Gegen Ende des Jahres 2012 kam es zu einem schwerwiegenden Konflikt zwischen den Parteien. Die Gesuchstellerin verliess dabei zusammen mit den Kindern die Familienwohnung und nahm vorübergehend im Frauenhaus Logis. Im Rahmen von zwar umstrittenen aber schliesslich unangefochten gebliebenen vorsorglichen Massnahmen wurde der Gesuchstellerin die Obhut über die Kinder und die Familienwohnung zugeteilt.

2. Vor der Vorinstanz beantragten beide Parteien und auch die Prozessbeiständin der Kinder den Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Die Vorinstanz entschied über diese Begehren mit dem angefochtenen Urteil vom 21. Februar 2013. Über den detaillierten Verlauf des Verfahrens gibt der angefochtene Entscheid Auskunft (Urk. 2 S. 3 bis 6).

3. Am 4. März 2013 erhob der Gesuchsgegner form- und fristgerecht eine Berufung mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (Urk. 1). Er focht dabei nur die Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils an. In der Sache ist somit nur noch das vorläufige Besuchsrecht für den ältesten Sohn C._____, geb. tt.mm.2001, umstritten. Es kann deshalb vorgemerkt werden, dass die nicht angefochtenen Dispositiv-Ziffern am 5. März 2013 in Rechtskraft erwachsen sind (Disp. Ziff. 1 - 2 und Ziff. 4 -12).

4. Am 6. Mai 2013 erstattete die Gesuchstellerin frist- und formgerecht die Berufungsantwort mit den eingangs dargelegten Rechtsbegehren (Urk. 10 S. 2).

5. Am 17. Mai 2013 liessen sich die Verfahrensbeteiligten vernehmen und beantragten, die Berufung sei abzuweisen (Urk. 13 S. 2).

II. Prozessuale Grundlagen

Die Vorinstanz hat die prozessualen Grundlagen des summarischen Verfahrens zutreffend dargelegt, auf die entsprechenden Erwägungen ist daher zunächst zu verweisen (Urk. 2 S. 7 oben).

III. Besuchsrecht

1.1. Die Vorinstanz hielt die Ausführungen von C._____, dass er vom Gesuchsgegner häufig geschlagen worden sei, für glaubhaft (Urk. 2 S. 9 Ziff. 3.7 Abs. 2 und S. 11 Ziff. 3.10). Sie legte ihrem Entscheid zu Grunde, dass das Verhältnis zwischen C._____ und dem Gesuchsgegner aufgrund negativer Vorbelastung ziemlich schlecht erscheine und dass C._____ derzeit keinen Kontakt zum Gesuchsgegner wünsche. Sie verzichtete daher auf die Festlegung eines Besuchsrechts (Urk. 2 S. 13 Ziff. 4.6.).

1.2. Der Gesuchsgegner kritisierte zunächst die Sachverhaltswürdigung der Vorinstanz. So seien die Anschuldigungen, welche die Kinder gegen ihn erhoben hätten, alleine auf die Beeinflussung der Gesuchstellerin zurückzuführen. Diesen Umstand habe die Vorinstanz zu wenig berücksichtigt. Ebenso habe die Vorinstanz einer Gefährdungsmeldung des Frauenhauses an die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde, in der von Gewalttätigkeiten zwischen der Gesuchstellerin und den Kindern berichtet wurde, nicht das nötige Gewicht beigemessen. Zudem habe die Vorinstanz ihm diese Gefährdungsmeldung nicht zur Stellungnahme unterbreitet (Urk. 1 S. 4 f. Ziff. 4 f.). Sodann sei zu beachten, dass es bis anhin keine Beschwerden bezüglich häuslicher Gewalt oder anderen Verfehlungen des Gesuchsgegners gegeben habe, sondern im Gegenteil Bekannte und

Nachbarn bestätigt hätten, dass der Gesuchsgegner liebevoll mit den Kindern umgegangen sei (Urk. 1 S. 4 f. Ziff. 6). Schliesslich führte der Gesuchsgegner aus, dass der Umstand, dass C._____ ein schlechtes Gewissen habe, weil er ihn nicht über den bevorstehenden Auszug ins Frauenhaus informiert habe, anzeige, dass das Verhältnis zwischen ihm und C._____ gut sei. Andernfalls hätte C._____ kein schlechtes Gewissen gehabt (Urk. 1 S. 4 f. Ziff. 7).

In rechtlicher Hinsicht rügte der Gesuchsgegner, dass selbst wenn er gegenüber C._____ häusliche Gewalt ausgeübt hätte, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur dann der vollständige Entzug des Besuchsrechts angeordnet hätte werden dürfen, wenn sich die nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs nicht in vertretbaren Grenzen halten lassen. Auch sein Persönlichkeitsrecht und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz stünden dem gänzlichen Entzug des Besuchsrechtes entgegen, wenn nicht mildere Massnahmen möglich seien. Vorliegend könnte einer allfälligen Gefährdung mit einem begleiteten Besuchsrecht begegnet werden (Urk. 1 S. 5 f. Ziff. 8 mit Verweis auf BGE 122 III 404 E. 3b f.). Durch den Entzug des Besuchsrechtes werde es für C._____ schwieriger sein, zukünftig wieder Kontakt zu seinem Vater aufzunehmen. Ausserdem werde es dem Gesuchsgegner verwehrt, den Beweis zu erbringen, dass sein Verhältnis zu C._____ sehr gut sei. Es sei zwar auch der Wille des Kindes zu berücksichtigen, die Äusserung von C._____, er wünsche im Moment keinen Kontakt zum Vater, genüge aber nicht, den Kontakt völlig zu unterbinden (Urk. 1 S. 6 Ziff. 9).

1.3. Die Gesuchstellerin stellte sich in tatsächlicher Hinsicht auf den Standpunkt, die Aussagen der Kinder seien grundsätzlich glaubhaft und würden nicht auf einer Beeinflussung ihrerseits beruhen.

In rechtlicher Hinsicht führte sie aus, dass ein vollständiger Entzug des Besuchsrechts nur unter ganz besonderen Voraussetzungen angebracht sei. Vorliegend sei aber zu berücksichtigen, dass es sich nur um eine vorsorgliche Regelung handle und dabei der Beistand von C._____ beauftragt worden sei, gegebenenfalls Anträge zur Einschränkung oder Ausdehnung des Besuchsrechts zu stellen. Dementsprechend habe sie auch im Hauptantrag ein Besuchsrecht für C._____ verlangt. Insgesamt habe die Vorinstanz damit sowohl die gesetzlichen

Anforderungen als auch den Willen von C._____ berücksichtig (Urk. 10 S. 3 f. Ziff. 3 ff.).

1.4. Auch die Vertreterin der Kinder betonte, dass deren Aussagen bezüglich der erlebten Gewalt glaubhaft seien und nun durch die Aussagen bei deren Therapeutin weiter untermauert würden. Weiter führte sie aus, dass der Gesuchsgegner das Kontaktverbot nicht respektiere, was bei den Kindern Belastungssymptome auslöse. Die Gesuchstellerin habe daher eine Strafanzeige gegen den Gesuchsgegner eingereicht, zudem habe die Therapeutin der Kinder zwei Gefährdungsmeldungen an die KESB gemacht. Das entsprechende Verfahren wegen Missachtung des Kontaktverbotes sei bei der zuständigen Staatsanwaltschaft hängig. Sie ergänzte, dass C._____ sowohl seiner Therapeutin als auch seinem Beistand gesagt habe, er wolle seinen Vater nicht sehen. Sie argumentierte weiter, dass durch die Begleitung während des Besuchs zwar weitere Gewalt verhindert werden könne, es liege aber ein erhöhtes Risiko einer Retraumatisierung vor. Deshalb verlangten Kinderpsychologen und Kinderschützer in der Regel die gänzliche Verweigerung eines Besuchsrechts des gewaltausübenden Elternteils.

In rechtlicher Hinsicht schloss sie sich weitgehend der Argumentation der Gesuchstellerin an (Urk. 13 S. 3 ff. Ziff. 3. ff.).

2. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass keine Anzeichen bestehen, dass die Vorinstanz die Kinder nicht sachgerecht angehört hätte (Prot. I. S. 25 ff.). Auch ist der Schluss der Vorinstanz, dass die in den Kernpunkten übereinstimmende Ausführungen der Kinder glaubhaft seien, nicht nur nicht zu beanstanden sondern erscheint zutreffend (Urk. 2 S. 11 Ziff. 3.10).

3.1. In Kinderbelangen sind die Entscheide stets und primär auf die Wahrung des Kindeswohl auszurichten. Es ist nicht ein Interessenausgleich zwischen den Parteien eines eherechtlichen Verfahrens anzustreben. Die Kindesinteressen gehen den Interessen der Eltern vor. So hält denn auch der vom Gesuchsgegner zitierte Bundesgerichtsentscheide bezüglich der vorliegend streitigen Frage des Besuchsrechts zutreffend und klar fest, dass das Besuchsrecht in erster Linie den

Interessen des Kindes dient (BGE 122 III E. 3. a). Die Argumentation, das Persönlichkeitsrecht des Gesuchsgegners gebiete die Einräumung eines Besuchsrechts, hat daher nur geringes Gewicht. Das gleiche gilt auch für das Argument, es müsse dem Gesuchsgegner ein Besuchsrecht gewährt werden, damit er beweisen könne, dass sein Verhältnis zu C. _____ gut sei.

3.2. Das Besuchsrecht ist für das Kind und seine psychische Entwicklung von entscheidender und schicksalhafter Bedeutung. Es dient unter anderem dem Zweck, Loyalitätskonflikte abzubauen, indem einerseits durch den Kontakt die psychische Beziehung zwischen dem obhutsfreien Elternteil und dem Kind aufgebaut und verbessert wird, sowie andererseits, indem dem sich häufig in einem Loyalitätskonflikt befindlichen Kind vermittelt wird, dass der Kontakt zum obhutsfreien Elternteil nichts Vorwerfbares ist. Weiter soll durch das Besuchsrecht verhindert werden, dass das Kind den obhutsfreien Elternteil idealisiert oder dämonisiert, da beides der psychischen Entwicklung bzw. Persönlichkeitsentwicklung des Kindes abträglich ist. So kann eine Dämonisierung zu einer Selbstwertproblematik führen, eine Idealisierung zur ungenügenden Auseinandersetzung mit der Realität (Felder/Hausheer, Drittüberwachtes Besuchsrecht, in: ZBJV 129/1993, S. 698 ff., insbesondere S. 705). Eine Verweigerung oder ein Entzug des Besuchsrechtes darf somit nur angeordnet werden, wenn dies zur Abwehr einer sonst drohenden Gefährdung des Kindes notwendig ist und dieser nicht auf weniger eingreifende Art begegnet werden kann (vgl. BK-Hegnauer, Bern 1991, N 40 zu Art. 274 ZGB und N 18 f. zu Art. 273 ZGB). Eine solche Gefährdung des Kindeswohles ist nicht leichthin anzunehmen (BGE 111 II 407; ZBJV 126, 1190, S. 150). Die Verweigerung oder Entziehung des persönlichen Verkehrs als Kindesschutzmassnahme unterliegt dem Gebot der Verhältnismässigkeit, der vollständige Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr bildet daher die "ultima ratio" und darf im Interesse des Kindes nur angeordnet werden, wenn sich dessen nachteiligen Auswirkungen nicht durch andere Massnahmen in vertretbaren Grenzen halten lassen (BGE 122 III 404 E. 3a und b S. 406 f.; 120 II 229 E. 3b/aa S. 232 f.; BGE 5A_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.1). Ansonsten verbietet der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Sinn und Zweck des persönlichen Verkehrs dessen

gänzliche Unterbindung (BGE 122 III 404 E. 3c S. 408; BGE 5A_331/2009 vom 6. Juli 2009 E. 2.2.1).

3.3. Vorliegend muss der Kontakt zwischen C._____ und dem Gesuchsgegner geregelt werden, da in der aktuellen Situation eine aussergerichtliche Verständigung zwischen den Eltern offensichtlich unmöglich ist. Dabei stehen zwei Problemkreise im Vordergrund. Zum Einen muss aufgrund der glaubhaften Aussagen der Kinder im jetzigen Verfahrensstadium davon ausgegangen werden, dass es seitens des Gesuchsgegners zu Gewaltanwendungen gegen die Kinder kam, die das Mass allenfalls noch angebrachter Erziehungsmassnahmen sowohl bezüglich der Häufigkeit als auch der Heftigkeit (Schlagen mit Schuhlöffel [Urk. 4/15/9 S. 1], starkes Drücken des Okulars eines Fernrohrs ins Auge [Prot. I S. 28]) deutlich übersteigt. Dieser potentiellen Gefährdung des Kindeswohls kann durch die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts, wie es für die jüngeren Geschwister von C._____ angeordnet wurde, begegnet werden. Da der Gesuchsgegner seinerseits nun auch für C._____ ein begleitetes Besuchsrecht beantragt, rückt die Problematik der erneuten Gewaltanwendung anlässlich des Besuchsrechts in den Hintergrund.

3.4.1. Zum anderen ist zu beachten, dass C._____ ausführte, zurzeit den Gesuchsgegner nicht besuchen zu wollen (Prot. I S. 29).

3.4.2. Es steht nicht im freiem Belieben eines Kindes, darüber zu entscheiden, ob persönliche Kontakte mit dem obhutsfreien Elternteil stattfinden oder nicht. Das Besuchsrecht ist allseitig ein "Pflichtrecht". Dies insbesondere, wenn die ablehnende Haltung vor dem Hintergrund eines starken Konflikts der Eltern gebildet wurde. Selbstverständlich ist der geäusserte Kindeswille in der Entscheidung auch zu berücksichtigen, und bei älteren, bald mündigen Kindern ist er gar ein sehr wichtiges Kriterium (vgl. auch Urteile des Bundesgerichts 5A_341/2008 vom 23. Dezember 2008 E. 4.3, 5C.250/2005 vom 3. Januar 2006 E. 3.2.1 und 5A_160/2011 vom 29. März 2011 E. 4, je mit weiteren Hinweisen). Die anderen, hiervor dargelegten Kriterien dürfen darüber aber nicht in Vergessenheit geraten.

3.4.3. Die Äusserung von C._____, er wolle den Gesuchsgegner zur Zeit nicht sehen, weil dieser oft Dinge sage, die ihm "sehr tief gingen" wirkt hinsichtlich der Ablehnung zwar klar, andererseits ist sie aber inhaltlich nicht aussagekräftig und nicht konkretisiert. Die Formulierung erscheint überdies nicht alters-typisch; es kann nicht ausgeschlossen werden, dass es sich um eine von Erwachsenen übernommene Aussage handelt (Prot. I S. 29). Dabei ist auch von Bedeutung, dass das Verhältnis zwischen den Parteien schwer zerrüttet ist. In einer solchen Situation ist eine Beeinflussung der Kinder durch einen Elternteil gegen den anderen nie auszuschliessen bzw. gar wahrscheinlich. Selbst wenn sich die Parteien einer bewussten Beeinflussung der Kinder enthalten, muss dennoch davon ausgegangen werden, dass die Kinder die negativen Gefühle der Eltern gegeneinander wahrnehmen und es so gleichsam auf emotionaler Ebene zu einer Beeinflussung kommt. Vorliegend kann überdies den Erwägungen der Vorinstanz entnommen werden, dass die Eltern den jeweils anderen Elternteil in einem schlechten Licht darstellen würden (Urk. 2 S. 15 Ziff. 5.5). Die Vorinstanz ordnete daher unter anderem an, dass C._____ psychotherapeutisch behandelt wird und die Parteien eine Erziehungsberatung besuchen müssen, wobei insbesondere auch auf die Problematik des Loyalitätskonflikts einzugehen sein wird. Zudem musste sie die Parteien ausdrücklich anweisen, alles zu unterlassen, was das Verhältnis der Kinder zum jeweils anderen Elternteil negativ beeinflussen könnte (Urk. 2 S. 18 f. Dispositiv-Ziff. 4 ff.). Vor diesem Hintergrund muss die vorzitierte Aussage von C._____ zurückhaltend gewürdigt werden. Den Akten kann weiter entnommen werden, dass C._____ im Frauenhaus und gegenüber seiner Therapeutin ausführte, er befürchte, an Besuchstagen geschlagen und ausgefragt bzw. in seiner Meinungsbildung beeinflusst zu werden (Urk. 4/15/9 S. 2 und Urk. 15/2 S. 2). Diese Befürchtungen von C._____ sind ernst zu nehmen. Ihnen kann aber durch die Begleitung des Besuches ausreichend begegnet werden. Sie rechtfertigen daher keinen vollkommenen Verzicht auf ein Besuchsrecht.

C._____ wird bald zwölf Jahre alt. Sein Alter indiziert einerseits Urteilsfähigkeit in Hinblick auf Fragen des persönlichen Verkehrs, andererseits kann er in diesem Alter noch nicht abschätzen, welche Folgen, Nachteile und präjudizierende Wirkung die durch den völligen Kontaktabbruch zum Vater bewirkte Zäsur

langfristig zeitigt (Urteil des Bundesgerichts 5C.293/2005 vom 6. April 2006 E. 4.2.). Seiner Ablehnung eines Besuchsrechts (ohne Schutzmassnahmen) kann daher keine überragende Bedeutung zukommen.

3.4.4. Zu berücksichtigen ist sodann, dass die Regelung des Kontakts zwischen C._____ und seinem Vater nur eine von verschiedenen Massnahmen ist, um das Familienleben der Parteien in geordnete Bahnen zu lenken. Für die vorliegende Problematik ist dabei von besonderer Bedeutung, dass C._____ nun eine Therapeutin hat, mit der er die Besuche besprechen kann und die ihm hilft, mit seinen Widerständen gegen den Kontakt zum Vater bzw. mit dem belasteten Verhältnis zu diesem umzugehen (Urk. 4/15/1).

Zudem wurde von der Vorinstanz auch für C._____ eine Beistandschaft eingerichtet und dem Beistand neben der Festlegung und Überwachung der Daten und genauen Zeiten der Besuchskontakte auch der Auftrag erteilt, die Einhaltung der Weisungen der Vorinstanz an die Eltern zu überwachen. Dies gilt auch für die Durchführung der Besuchskontakte. So muss die Begleitperson anlässlich der Besuche nicht nur sicherstellen, dass es zu keinen Gewaltanwendungen kommt, sondern auch dafür sorgen, dass sich der Gesuchsgegner nicht negativ über die Gesuchstellerin äussert, den Kindern nicht seine Sicht der Dinge aufdrängt und diese auch nicht über die Beziehung der Gesuchstellerin zu einem anderen Mann ausfragt etc.

Schliesslich wurde der Gesuchsgegner verpflichtet, sich bezüglich der Erziehung der Kinder beraten zu lassen.

3.5. Insgesamt rechtfertigt es sich daher nicht, allein auf den Willen von C._____ abzustellen und auf jeglichen persönlichen Kontakt zu verzichten. Vielmehr ist seiner ablehnenden Haltung und seinen Befürchtungen durch die zeitliche Bemessung des Besuchsrechtes und dessen Begleitung zu begegnen.

Daran ändert auch nichts, dass vorliegend nur zeitlich beschränkt gültige vorsorgliche Massnahmen zu beurteilen sind, da diese stets eine präjudizierende

Wirkung haben und überdies nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Massnahmen doch über einen längeren Zeitraum Bestand haben müssen.

4. An diesem Ergebnis ändert ebenso nichts, dass die Prozessvertreterin der Kinder vorbrachte, dass Besuchskontakte zum Gesuchsgegner die Gefahr der Retraumatisierung von C._____ schaffen (Urk. 13 S. 3 Ziff. 6). Wohl erwähnt der Bericht des Frauenhauses vom 7. Dezember 2012 Anzeichen einer Traumatisierung von C._____ in der damals akuten Trennungs- und Krisensituation (Urk.4/15/9). Im zeitlich späteren Bericht vom 22. März 2013 von Dr. F._____ ist jedoch von einer Traumatisierung von C._____ nicht die Rede, sondern hauptsächlich von seinem Unbehagen, wenn ihm der Vater unterwegs begegnet und ihn ausfragt bzw. belästigt (Urk. 15/2). Das Vorliegen eines eigentlichen Traumas, das wieder aufleben könnte, ist damit nicht glaubhaft gemacht. Diesbezüglich gilt es insbesondere zu beachten, dass die vorliegend festzulegenden Besuchskontakte in einem ganz anderen Rahmen stattfinden sollen, als der bisherige Kontakt zwischen dem Gesuchsgegner und C._____. So ist ein begleitetes Besuchsrecht aller drei Geschwister zusammen von überschaubarer Dauer vorzusehen. Die Besuchskontakte werden nicht im Alltag oder im Wohnumfeld der Kinder stattfinden, sondern in einem gezielt geschaffenen und überwachten Rahmen, wobei C._____ nicht alleine mit dem Gesuchsgegner zusammen sein wird. Dabei ist die Gefahr klein, dass C._____ in eine Situation kommt, in welcher er Gewalt psychischer oder physischer Art erfährt oder sich solcher ausgeliefert fühlt, weshalb die zu erwartenden positiven Effekte des Kontaktes zum Gesuchsgegner die befürchteten Nachteile überwiegen.

5.1. Bedenklich stimmt, dass gemäss der Therapeutin die Kinder berichtet hätten, der Gesuchsgegner missachte das mit Verfügung vom 11. Januar 2013 von der Vorinstanz ausgesprochene Kontakt- und Rayonverbot. So habe er D._____ verschiedentlich auf dem Heimweg abgepasst und aufgefordert, mit ihm die kath. Kirche zu betreten und dort mit ihm zu sprechen. Insbesondere sei die Anwesenheit eines anderen Mannes bei der Gesuchstellerin Inhalt dieses Gespräches gewesen. D._____ sei verwirrt, da der Gesuchsgegner ihr seine eigenen Wahrnehmungen so schildere, dass sie nicht mehr wisse, was der Wirklich-

keit entspreche. Auch sei es zu dem Kontaktverbot widersprechenden Begegnungen zwischen C._____ und dem Gesuchsgegner gekommen. Die Therapeutin führte aus, dass derartige, verbotene Treffen die Kinder in ihrer seelischen Gesundheit sehr beeinträchtigten (Urk. 15/2).

5.2. Zunächst ist der Gesuchsgegner darauf hinzuweisen, dass das Kontakt- und Rayonverbot nach wie vor gilt und bedingungslos zu respektieren ist. Der Gesuchsgegner muss sich daher so organisieren, dass es auch nicht zu Zufallskontakten kommt. Unter Umständen muss er dabei Umwege und längere Reisezeiten in Kauf nehmen.

Die Missachtung des Kontakt- und Rayonverbotes bzw. der Weisung, alles zu unterlassen, was das Verhältnis der Kinder zur Gesuchstellerin belasten könnte, kann beachtliche prozessuale und auch strafrechtliche Folgen nach sich ziehen. Schwerer wiegt aber, dass ein solches Verhalten die Kinder stark belastet und ihrer psychischen Gesundheit und damit ihrer Entwicklung schadet sowie die Loyalitätskonfliktproblematik unnötig noch weiter verschärft.

Die schwerwiegendste Folge, die der Gesuchsgegner aber fürchten muss, ist, dass die Kinder dieser Belastung bzw. diesem Konflikt ausweichen, und beginnen, den Kontakt gänzlich zu verweigern und so das Verhältnis zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern langfristig beschädigt wird.

5.3. Obwohl das geschilderte Verhalten grosse Bedenken erweckt, indiziert es nicht, den Kontakt (einzig) zwischen C._____ und dem Gesuchsgegner vollständig zu unterbinden. Dies zunächst, da das Besuchsrecht nicht dazu dient, die Parteien masszuregeln. Sodann erscheint es nachvollziehbar und natürlich, dass ein Vater seine Kinder sehen möchte und sich grundsätzlich mit einem Kontaktverbot schwer tut. Es rechtfertigt sich daher die Hoffnung, dass wenn ein Besuchsrecht institutionalisiert wird, in dessen Rahmen regelmässig ein guter Kontakt mit den Kindern stattfinden kann, und der Gesuchsgegner gemäss der Weisung der Vorinstanz die Erziehungsberatung besucht, er eher im Stande ist, sich an das Kontakt- und Rayonverbot zu halten und die dem Kindeswohl abträglichen, verbotenen Kontakte unterbleiben.

6. Im Ergebnis erweist sich die Berufung bezüglich der Verweigerung des Besuchsrechts für C._____ als begründet. Es ist daher ein Besuchsrecht für C._____ festzulegen. Den hiavor dargelegten schwierigen Umständen, insbesondere C._____s ablehnender Haltung, ist durch Festlegung eines begleiteten Besuchsrechtes und eine zeitlich knappe Bemessung desselben zu begegnen. Insgesamt ist daher für alle drei Kinder zusammen ein begleitetes Besuchsrecht von zwei Tagen im Monat festzulegen. In diesem Sinne ist der Entscheid der Vorinstanz abzuändern.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Dem Gesuchsgegner wurde bereits mit Verfügung der Kammer vom 20. März 2013 die unentgeltliche Prozessführung gewährt und Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (Urk. 20 S. 3 f.).

2.1. Auch die Gesuchstellerin beantragte, ihr sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr Vertreter als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

2.2. Die Gesuchstellerin führte vor der Vorinstanz aus, dass sie mit ihrem Einkommen ihren Bedarf mit den Kindern nicht decken könne. Auch verfüge sie über kein Vermögen und erhalte zur Zeit keine finanzielle Unterstützung vom Gesuchsgegner (Urk. 4/14 S. 6 ff.). Ihre Vorbringen stimmen mit den eingereichten Belegen überein (Urk. 4/15/1-8) und wurden überdies vom Gesuchsgegner nicht bestritten (Prot. I. S. 7 f.). Dass sich seither die finanzielle Situation der Gesuchstellerin verbessert hätte, ist nicht ersichtlich. Vielmehr muss eine Verringerung des Einkommens befürchtet werden, da die Gesuchstellerin zur Zeit alleine die Kinder betreut und daher weniger Zeit zum Arbeiten hat. Im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ist damit glaubhaft, dass sie nicht über die nötigen Mittel im Sinne von Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO verfügt.

2.3. Aufgrund der im vorliegenden Berufungsverfahren zu behandelnden rechtlichen und tatsächlichen Fragen, ist der Beizug eines Anwaltes gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO ohne weiteres angebracht.

2.4. In Bezug auf die Aussichtslosigkeit ihres Rechtsbegehrens kann nicht einfach rückblickend der Schluss gezogen werden, dass, da Gesuchstellerin mit ihrem Antrag nicht durchdringt, dieser von Anfang an aussichtslos erschien. Es muss vielmehr berücksichtigt werden, wie die Prozessaussichten im Zeitpunkt Antragsstellung zu beurteilen waren. Dabei ist von besonderer Bedeutung, dass im vorliegenden Verfahren ausgeprägte und anspruchsvolle Ermessensentscheide zu fällen waren. Es lag keine vollkommen klare Situation vor, in welcher auf den ersten Blick der Entscheid getroffen werden konnte. Wie solche Ermessensentscheide ausfallen, ist schwierig zu prognostizieren. Der Antrag der Gesuchstellerin ist daher nicht als zum Vornherein aussichtslos im Sinne von Art. 117 Abs. 1 lit. b ZPO zu beurteilen.

2.5. Insgesamt sind die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 f. ZPO erfüllt. Der Gesuchstellerin ist daher die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren zu gewähren und Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.

3. Den Kindern wurde mit Verfügung der Vorinstanz vom 19. Dezember 2012 Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ als Prozessvertreterin bestellt (Urk. 4/26 S. 4 Dispositivziffer 6). Diese Bestellung gilt auch für das vorliegende Verfahren.

4. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 4'000.– festzusetzen.

5. Grundsätzlich werden die Kosten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen verlegt. Gemäss bisheriger Rechtsprechung des Obergerichtes waren aber die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange unabhängig vom Ausgang den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten. Diesfalls wurden auch keine Prozessentschädigungen ausgerichtet (ZR 84 Nr. 41). Diese Rechtsprechung ist auch unter dem eidgenössischen Zivilprozessrecht sachgerecht. Dies insbesondere, da Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO ausdrücklich vorsieht, dass das Gericht in Fällen, in denen eine Partei in guten

Treuen zur Prozessführung veranlasst war sowie in familienrechtlichen Verfahren von den üblichen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann (vgl. auch Beschluss und Urteil vom 25. Januar 2012, Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Geschäft Nr. LE110049, abzurufen unter <http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html>).

In vorliegendem Verfahren kann nicht gesagt werden, dass Anträge gestellt worden wären, die nicht achtenswert sind; dementsprechend sind die Kosten hälftig aufzuerlegen und keine gegenseitige Prozessentschädigung festzulegen. Aufgrund der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Kosten aber einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteien sind auf ihre Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

6. Ferner sind die Kosten der Prozessbeiständin der Kinder den Eltern – entsprechend der Praxis zu den Kinderschutzmassnahmen – unabhängig vom Verfahrensausgang je zur Hälfte aufzuerlegen (Kass.-Nr. 2001/395Z d.v. Kass.-Nr. 2002/014/Z). Die Prozessbeiständin wird für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren praxismässig vorab aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein. Über die Höhe ihres Honorars wird mit separatem Beschluss zu entscheiden sein.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 sowie 4 bis 12 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 21. Februar 2013 am 5. März 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Gesuchstellerin wird für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dem Gesuchsgegner wird für die Dauer des Verfahrens vorsorglich das Recht eingeräumt, die Kinder C._____, geb. tt.mm.2001, D._____, geb. tt.mm.2003 und E._____, geb. tt.mm.2005 zweimal pro Monat begleitet zu besuchen (begleitetes Besuchsrecht).

Das Datum, die Dauer und der Ort des Besuches werden von der Beiständin bzw. dem Beistand bestimmt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt. Die Kosten für die Aufwendungen der Prozessbeiständin der Kinder bleiben vorbehalten.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren (inkl. der Kosten für die Aufwendungen der Prozessbeiständin der Kinder) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil, die Prozessbeiständin der Kinder Rechtsanwältin lic. iur. Z._____, und die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil, Postfach 551, 8630 Rüti, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (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, 7. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
se