

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE130060-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. J. Freiburghaus

Beschluss und Urteil vom 7. November 2013

in Sachen

A._____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

C._____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 28. August 2013 (EE130160-L)

Rechtsbegehren im Massnahmeverfahren:

der Gesuchstellerin (Urk. 4/16):

"Es sei der persönliche Verkehr zwischen C._____ und der Gesuchstellerin zu regeln, insbesondere sei zusätzlich zum Montagsnachmittagsbesuchsrecht ein unbegleitetes Besuchsrecht der Gesuchstellerin jeweils von Freitag, 15.00 Uhr, bis Sonntag, 17.00 Uhr, festzusetzen.

Es sei der Gesuchstellerin und der Tochter die Aufnahme in das begleitete Wohnen für Mutter und Kind im D. _____-Heim zu bewilligen."

des Gesuchsgegners (Urk. 4/24):

"Es sei der persönliche Verkehr zwischen C._____ und dem Gesuchsgegner zu regeln, insbesondere sei jeweils alternierend ein unbegleitetes Besuchsrecht des Gesuchsgegners (und der Gesuchstellerin) von Freitag, 17.00 Uhr bis Sonntag, 17.00 Uhr, festzusetzen."

**Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 28. August 2013:**

1. Das vorsorgliche Begehren der Gesuchstellerin, es sei ihr und der Tochter die Aufnahme in das begleitete Wohnen für Mutter und Kind im D._____-Heim zu bewilligen, wird abgewiesen.
2. Beiden Parteien wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens vorderhand folgendes Besuchsrecht gewährt:

Besuche der Mutter:

Montags, 14.00 bis 16.00 Uhr, und Donnerstags, 14.00 bis 16.00 Uhr, unbegleitet im Garten oder begleitet auf der Gruppe. Die Gesuchstellerin kann mit der Tochter alleine ins Gumpizimmer gehen.

Besuche des Vaters:

Mittwochs, 14.00 bis 16.00 Uhr, und Samstags, 09.30 bis 11.30 Uhr, unbegleitet im Garten oder begleitet auf der Gruppe. Der Gesuchsgegner kann mit der Tochter alleine ins Gumpizimmer gehen.

Während der Besuche sind die Eltern angehalten, nicht zu telefonieren. Falls die Eltern den Wunsch haben, mit ihren Verwandten zu telefonieren, können sie dies bei den BetreuerInnen ankündigen.

Telefonzeit der Mutter:

Freitags, 18.40 Uhr bis 19.00 Uhr, an einem ruhigen Ort (Zimmer oder Büro).

Telefonzeit des Vaters:

Sonntags, 18.40 Uhr bis 19.00 Uhr, an einem ruhigen Ort (Zimmer oder Büro).

3. Die mit Beschluss vom 22. September 2010 der Vormundschaftsbehörde der Gemeinde E.____ für C.____, geb. tt.mm.2008, errichtete

Beistandschaft wird weitergeführt und dem Beistand wird neben den bereits erteilten Aufgaben zusätzlich folgende Aufgaben erteilt:

- Die Besuche falls nötig zu überwachen und soweit notwendig, die Besuchstage zu verschieben, mit der Kompetenz, darüber verbindlich zu entscheiden, sowie
 - soweit es das Kindeswohl erfordert, das Besuchsrecht anzupassen oder einzelne Besuche abzusagen oder einzelnen weiteren Besuche zuzustimmen.
4. Die Kindes- und Erwachsenenbehörde Bezirk Dietikon wird ersucht, dem Beistand umgehend die gemäss Dispositiv-Ziffer 3 dieser Verfügung erwähnten Aufgaben zu übertragen.
 5. (Mitteilungssatz)
 6. (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

(Urk. 4/1 S. 1)

- "1. Dispositiv-Ziff. 2 betreffend vorsorglicher Besuchszeiten sei insoweit abzuändern als der Berufungsklägerin zusätzlich zum Nachmittagsbesuchsrecht, das ohne Beschränkungen zu gewähren sei, ein unbegleitetes, unbeschränktes Besuchsrecht jedes zweite Wochenende jeweils von Freitag, 15.00 Uhr, bis Sonntag, 17.00 Uhr, zu gewähren sei.
2. Dispositiv-Ziff. 3 betreffend zusätzlicher Aufgaben des Beistands sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass es nicht Aufgabe des Beistands sei, das Besuchsrecht zu regeln; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Staates.
3. Der Berufungsklägerin sei die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsvertretung zu gewähren."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben eine gemeinsame Tochter, C._____ (geb. tt.mm.2008). Mit Beschluss vom 22. September 2010 der damaligen Vormundschaftsbehörde der Gemeinde E._____ wurde für C._____ eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB errichtet und F._____ zum Beistand ernannt (Urk. 4/3/3/18). Am 28. Juli 2011 entzog die Vormundschaftsbehörde den Eltern die Obhut, und C._____ wurde im D._____ -Heim fremdplatziert (Urk. 4/3/3/31). Mit Beschluss vom 17. Oktober 2013 wurde die von der Vormundschaftsbehörde E._____ errichtete Beistandschaft von der KESB der Stadt Zürich zur Weiterführung übernommen. Zusätzlich wurde eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet, G._____ zum neuen Beistand ernannt und der Aufgabenbereich des Beistandes erweitert (Urk. 6 S. 1 ff.).

2. Die Parteien stehen seit dem 22. April 2013 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 4/1). Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) liess mit Eingabe vom 11. Juli 2013 das obgenannte Begehren im Rahmen vorsorglicher Massnahmen stellen (Urk. 4/16). Mit Eingabe vom 19. August 2013 erstattete der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegner) die Stellungnahme zum Massnahmebegehren (Urk. 4/24). Die Parteien haben am 21. August 2013 mit dem früheren Beistand der Tochter, F._____, im D._____ -Heim eine Vereinbarung zum Besuchsrecht der Parteien getroffen (Urk. 4/25). Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 28. August 2013 die Vereinbarung vom 21. August 2013 zum Entscheid erhoben und dem Beistand die Kompetenz zur Konkretisierung sowie zur Einschränkung und Ausweitung des Besuchsrechts erteilt.

3. Hiergegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 16. September 2013 (Urk. 1) innert Frist Berufung, wobei sie oben angeführte Anträge stellte. Der

Gesuchsgegner und die Prozessbeiständin liessen sich innert Frist nicht vernehmen.

4. Die Besuchsrechtsregelung betreffend den Gesuchsgegner wurde nicht angefochten, weshalb sich Weiterungen hierzu erübrigen.

II.

1. Vorbemerkungen

1.1 Vorliegend ist die vorsorgliche Besuchsrechtsregelung zwischen der Gesuchstellerin und C._____ strittig. Art. 296 ZPO statuiert für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten und somit auch hinsichtlich des Besuchsrechts den uneingeschränkten Official- und Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO), weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet.

1.2. Es ist fraglich, ob vorliegend das für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen erforderliche Kriterium der zeitlichen Dringlichkeit erfüllt ist, nachdem die Parteien mit dem ehemaligen Beistand der Tochter am 21. August 2013 eine Besuchsrechtsvereinbarung getroffen haben. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der ehemalige Beistand zur Regelung des Besuchsrechts gar nicht zuständig war, und zwar auch nicht vor Einleitung des Eheschutzverfahrens. Bei einem Obhutsentzug obliegt die Regelung des persönlichen Kontakts zwischen den Eltern und dem Kind der zuständigen Kindesschutzbehörde (Art. 275 Abs. 1 ZGB). Diese darf die Verantwortung nicht an den Beistand delegieren. In den Akten findet sich indes keine entsprechende Entscheidung, mit welchem die Kindesschutzbehörde den persönlichen Verkehr der Parteien mit ihrer Tochter geregelt hat. Durch Einleitung eines Eheschutzverfahrens geht die Zuständigkeit zur Regelung des persönlichen Verkehrs auf das Eheschutzgericht über (Art. 275 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 176 Abs. 3 ZPO). Vor diesem Hintergrund erscheint eine vorläufige Regelung des Besuchsrechts durch die sachlich

zuständige Behörde dringlich. Die Vorinstanz hat damit zu Recht nicht bis zum Endentscheid zugewartet.

2. Rechtliches Gehör

2.1. Die Gesuchstellerin rügt, dass die Vorinstanz ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe, indem sie ihr die Aktennotizen vom 22. bzw. 27. August 2013 betreffend die Telefongespräche mit dem ehemaligen Beistand und mit Frau H. _____ vom D. _____-Heim (Urk. 4/26+27) sowie die Besuchsrechtsvereinbarung vom 21. August 2013 (Urk. 4/25), auf welche Unterlagen sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid massgeblich stütze, nicht zur Kenntnisname bzw. Stellungnahme zugestellt habe (Urk. 1 S. 2).

2.2. Art. 53 ZPO statuiert für das Verfahrensrecht den bereits in Art. 29 Abs. 2 BV festgesetzten Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör umfasst unter anderem das Recht auf Äusserung zu Vorbringen des Gegners und zum Beweisergebnis (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N 10 zu Art. 53 ZPO). An sich stellt die Verletzung des Anspruchs auf Gewährung des rechtlichen Gehörs einen schweren Mangel dar, weshalb im Falle einer Verletzung eine Rückweisung an die erste Instanz geboten wäre. Von einer Rückweisung an die Vorinstanz kann jedoch abgesehen werden, wenn die Verletzung des Gehörsanspruchs im Rechtsmittelverfahren durch dessen nachträgliche Gewährung geheilt werden kann. Voraussetzung dafür bildet, dass die Kognition der Rechtsmittelinstanz gegenüber derjenigen der Vorinstanz nicht eingeschränkt ist, der Betroffene über die gleichen Mitwirkungsrechte verfügt wie vor der Vorinstanz und ihm kein Nachteil erwächst (Sutter-Somm/Chevalier, a.a.O., N 26 f. zu Art. 53 ZPO).

2.3. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Berufungsverfahren erfüllt. Als Berufungsinstanz verfügt die entscheidende Kammer über die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen wie die Vorinstanz (Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböh-

er/Leuenberger, a.a.O., N 3 und 15 zu Vorbem. zu Art. 308-318 ZPO.). Mit der angefochtenen Verfügung wurden der Gesuchstellerin die Aktennotizen sowie die Besuchsrechtsvereinbarung zur Kenntnisnahme zugestellt. In der Berufungsschrift hatte die Gesuchstellerin damit Gelegenheit, sich vollständig zu den dem angefochtenen Entscheid zu Grunde gelegten Akten zu äussern. Eine allfällige Gehörsverletzung gilt daher im Berufungsverfahren als geheilt.

3. Besuchsrecht

3.1. Umfang des Besuchsrechts

a) Die Gesuchstellerin beantragt berufsungsweise, dass ihr ein Wochenendbesuchsrecht eingeräumt und dass ihr das Besuchsrecht am Mittwochnachmittag ohne Begleitung und lokale Einschränkungen gewährt werde (Urk. 1 S. 1 und 3).

Sie lässt ausführen, dass die Vorinstanz als Grund für das begleitete Besuchsrecht die Vermeidung von Konflikten zwischen den Parteien, welche vor der Tochter ausgetragen würden, genannt habe. Dabei habe sie allerdings die geänderten Verhältnisse seit Februar 2013 ausser Acht gelassen. Die Parteien lebten inzwischen getrennt. Die Wahrscheinlichkeit, dass vor diesem Hintergrund Besuchszeiten gemeinsam wahrgenommen würden, sei sehr gering. Somit entfalle von vornherein die Möglichkeit von elterlichen Konflikten. Auch vermöge das Vorbringen des Beistandes, wonach die Parteien gegen die Regeln verstossen hätten, indem sie die Einzelbesuchszeiten gemeinsam wahrgenommen und so die Tochter C. _____ zur Geheimnishaüterin gemacht hätten, die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts nicht zu rechtfertigen, zumal sich die Parteien die Besuchszeiten einvernehmlich geteilt hätten. Zum beantragten Besuchsrecht mit Übernachtung lässt sie vorbringen, dass in der Vergangenheit bereits Wochenendbesuche von Freitagnachmittag bis Sonntagabend stattgefunden hätten, weshalb keine Gründe ersichtlich seien, welche gegen die Gewährung eines Besuchsrechts mit Übernachtung sprächen (Urk. 1 S. 3).

b) Dem Gericht steht bei der Festsetzung des Besuchsrechts ein grosser Ermessensspielraum zu (Art. 4 ZGB; BGE 122 III 404 E. 3a mit Hinweisen; ZR 103 Nr. 35). Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechtes gilt immer das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist. Allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 131 III 212 und daselbst zit. Entscheide). Gemäss aktueller Lehre und Praxis richten sich Häufigkeit und Dauer der Besuchskontakte vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung zum Besuchsberechtigten und nach der Häufigkeit der bisherigen Kontakte (Schwenzer in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2012, N 13 zu Art. 273 ZGB m.w.H. zur bundesgerichtlichen und kantonalen Judikatur). Weiter ist das kindliche Zeitgefühl zu beachten, so dass insbesondere bei Kleinkindern einerseits keine zu lange Trennung des Kindes von der Hauptbezugsperson erfolgen darf, andererseits der Abstand zwischen den Besuchen zwei Wochen nicht überschreiten sollte (Schwenzer, a.a.O., N 14 zu Art. 273 ZGB). Bei Kindern im Vorschulalter wird deshalb auf Übernachtungen beim Besuchsberechtigten regelmässig verzichtet (PraxKomm/Wirz N 24 zu Art. 273 ZGB). Das begleitete Besuchsrecht bezweckt, einer Gefährdung des Kindes wirksam zu begegnen, Krisensituationen zu entschärfen und Ängste abzubauen sowie Hilfestellungen für eine Verbesserung der Beziehungen zum Kind und unter den Eltern zu vermitteln (Schwenzer, a.a.O., N 26 zu Art. 273 ZGB).

c) Zur Beziehung zwischen der Gesuchstellerin und C._____ lässt sich den Akten folgendes entnehmen: Gemäss Frau H._____ (Mitarbeiterin vom D._____ -Heim) könne die Gesuchstellerin die Bedürfnisse der Tochter nicht wahrnehmen. Ausserdem zeige sie keine Motivation an der Entwicklung ihres Kindes (Urk. 4/27). Dem Zwischenbericht des Beistandes vom 7. Juni 2013 sowie dem Aufsichts- und Rechenschaftsbericht vom 8. Mai 2013 an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dietikon ist zu entnehmen, dass die Beziehung der Tochter zur Gesuchstellerin unklar sei. Die Aussage der Gesuchstellerin, wonach sie eine gute Beziehung zu ihrer Tochter habe, stimme nicht mit ihrem Verhalten anlässlich den Übergaben überein. Bei den Besuchssequenzen der

Gesuchstellerin im D. _____-Heim sei beobachtet worden, dass sie nicht auf die Bedürfnisse ihrer Tochter eingehe, beispielsweise bei der Kleiderwahl. So habe sie der Tochter bei den Besuchen mehrmals andere Kleider angezogen, obwohl sich diese dagegen gewehrt habe. Es entstehe der Eindruck, dass die Gesuchstellerin ihr eigenes Bedürfnis nach Aufmerksamkeit befriedige und ihre Tochter zu einem Mädchen formen möchte, welches ihren Idealvorstellungen entspreche. Die Gesuchstellerin sei bei den Besuchen im D. _____-Heim begleitet worden, um sie beim Umgang mit ihrer Tochter zu unterstützen. Die gewünschten Fortschritte seien indes nicht erzielt worden (Urk. 4/13/1 S. 6 und Urk. 4/13/2 S. 8).

d) Gemäss der Vorinstanz wurde ein begleitetes Besuchsrecht hauptsächlich wegen den Konflikten zwischen den Parteien angeordnet (Urk. 2 S. 6). Die Tatsache, dass die Parteien die getrennten Besuchszeiten in der Vergangenheit gemeinsam wahrgenommen haben, zeigt, dass eine klare Besuchsrechtsregelung notwendig ist. Zwar sind aufgrund des Umstandes, dass die Parteien inzwischen nicht mehr zusammen wohnen, gemeinsame Besuche und damit auch die Gefahr, dass die Parteien Konflikte vor der Tochter austragen, weniger wahrscheinlich, jedoch nicht ausgeschlossen. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend erkannt hat, kann dieser Gefahr einzig durch die Anordnung eines begleitetes Besuchsrechts wirksam begegnet werden. Auch muss aufgrund des vorstehend Erwogenen davon ausgegangen werden, dass die Gesuchstellerin aktuell nicht in der Lage ist, ihre Tochter während den Besuchszeiten ausserhalb des D. _____-Heims und damit ohne die Unterstützung von Drittpersonen adäquat zu betreuen. Hinzu kommt, dass die MitarbeiterInnen des D. _____-Heims als Hauptbezugspersonen von C. _____ die Gesuchstellerin bei der Verbesserung der Beziehungen zu ihrer Tochter unterstützen können. Das von der Vorinstanz angeordnete begleitete Besuchsrecht ist deshalb zu bestätigen.

Es stimmt zwar, dass in der Vergangenheit zeitweise ein Übernachtungsbesuchsrecht bestanden hat (Urk. 4/13/1 S. 3). Damals haben die Parteien allerdings noch zusammen gewohnt und das Besuchsrecht gemeinsam

wahrgenommen. Aus dem erwähnten Zwischenbericht des Beistandes geht hervor, dass der Gesuchsgegner besser auf die Bedürfnisse und Wünsche der Tochter eingehen könne als die Kindsmutter und einen empathischen Umgang mit seiner Tochter zeige (Urk. 4/13/1 S. 6). Insofern ist die heutige Situation mit der damaligen nicht vergleichbar, weshalb die Gesuchstellerin gestützt auf das frühere Übernachtungsbesuchsrecht nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Tochter seit mehr als zwei Jahren im D. _____-Heim fremdplaziert ist und seither lediglich fünf Übernachtungsbesuche stattgefunden haben, zuletzt über Silvester (Urk. 4/13/1 S. 3). Mit Blick auf das Alter von C. _____ und weil aufgrund der Aktenlage davon ausgegangen werden muss, dass die Gesuchstellerin nicht adäquat auf die Bedürfnisse ihrer Tochter eingehen kann, hat die Vorinstanz zu Recht von der Gewährung eines Übernachtungsbesuchsrechts abgesehen. Schliesslich ist zu beachten, dass die Vorinstanz die Besuchsrechtsregelung des ehemaligen Beistandes der Tochter C. _____ übernommen hat. Als Beistand begleitet und unterstützt er die Parteien und C. _____ seit nunmehr drei Jahren. Es kann davon ausgegangen werden, dass er die Bedürfnisse von C. _____ einerseits und die Erziehungsfähigkeiten und -defizite der Gesuchstellerin andererseits kennt und die Besuchsrechtsregelung entsprechend im Einklang mit dem Kindeswohl von C. _____ steht.

e) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus Gründen des Kindeswohls nichts gegen den Umfang und die Modalitäten des von der Vorinstanz festgesetzten Besuchsrechts der Gesuchstellerin spricht, weshalb die Regelung nicht zu beanstanden und demzufolge zu bestätigen ist.

3.2. Kompetenzen Beistand

Die Gesuchstellerin rügt weiter, dass die Vorinstanz die Kompetenz für die zukünftige Anpassung des Besuchsrechts vollumfänglich an den Beistand delegiert habe, was nicht zulässig sei (Urk. 1 S. 2). Die Vorinstanz hat an den Beistand einerseits die Verschiebung von Besuchstagen und andererseits die Anpassung des Besuchsrechts (Absage von Besuchen oder Zustimmung zu

weiteren Besuchen) delegiert. Der Beistand nach Art. 308 Abs. 2 ZGB hat nach Massgabe der ihm vom Richter erteilten Weisungen den persönlichen Verkehr zwischen Kind und Besuchsberechtigtem zu überwachen und die für die einzelnen Besuche nötigen Modalitäten festzusetzen. Er ist grundsätzlich jedoch nicht ermächtigt, die Besuchsordnung anstelle des Richters zu ändern, und der Richter darf ihm eine solche Änderung auch nicht übertragen (BGE 118 II 241). Mindestens die Art und Häufigkeit und der Umfang der Besuche ist in jedem Fall vom Richter zu regeln (vgl. Y. Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, Diss. Freiburg 1996, S. 316 f). Indem der Beistand von der Vorinstanz ermächtigt wird, das Besuchsrecht durch Absage von Besuchen oder Zustimmung zu weiteren Besuchen anzupassen, wird die Kompetenz des Gerichts, den Umfang des Besuchsrechts festzulegen, auf den Beistand übertragen. Nach den vorstehenden Ausführungen ist die Delegation von Änderungen des Umfangs des Besuchsrechts an den Beistand nicht zulässig. Vielmehr ist der Umfang des Besuchsrechts vom Gericht verbindlich festzulegen und der Beistand mit dessen Umsetzung zu beauftragen. Daraus folgt, dass es zulässig ist, die Verschiebung von Besuchstagen an den Beistand zu delegieren, handelt es sich dabei doch bloss um die Festsetzung einer Modalität des gerichtlich festgesetzten Besuchsrechts.

Nach dem Gesagten ist der Berufungsantrag Ziffer 2 mit Bezug auf die dem Beistand übertragene Kompetenz zur Änderung des Umfangs des Besuchsrechts gutzuheissen, im Übrigen jedoch abzuweisen. Demzufolge ist die Beistandschaft weiterzuführen und dem Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB einzig die zusätzliche Aufgabe zu übertragen, die Besuche falls nötig zu überwachen und soweit notwendig, die Besuchstage zu verschieben, mit der Kompetenz, darüber verbindlich zu entscheiden, wobei nunmehr die KESB der Stadt Zürich zu ersuchen ist, dem (neuen) Beistand diese zusätzliche Aufgabe zu übertragen.

III.

1. Unentgeltliche Prozessführung

1.1. Die Gesuchstellerin stellt für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 1). Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist.

1.2. Die Vorinstanz bewilligte beiden Parteien für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und gab ihnen die von ihnen beantragte unentgeltliche Rechtsvertretung bei (Urk. 4/29). Die Gesuchstellerin verweist hinsichtlich ihrer finanziellen Verhältnisse auf die vor Vorinstanz anlässlich der Verhandlung vom 4. Juli 2013 gemachten Ausführungen (Urk. 1 S. 4). Die Gesuchstellerin hat nach wie vor als prozessarm zu gelten. Sodann konnte nicht von vornherein gesagt werden, dass die Gewinnaussichten der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren beträchtlich geringer waren als die Verlustgefahren. Ausserdem war sie zur Wahrung ihrer Interessen auf einen Rechtsbeistand angewiesen. Damit ist der Gesuchstellerin auch im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und die von ihr beantragte Rechtsvertretung beizugeben.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Gesuchstellerin unterliegt fast vollumfänglich. Der Gesuchsgegner hat sich am Berufungsverfahren nicht beteiligt und sich somit vom Verfahren distanziert. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens der Gesuchstellerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts des Staates (Art. 123 ZPO). Für das Berufungsverfahren hat die Gesuchstellerin zufolge ihres fast vollständigen Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO); dem Gesuchsgegner erwuchs kein erheblicher Aufwand (vgl. 95 Abs. 3 ZPO). Demgemäss sind für das

Berufungsverfahren keine Entschädigungen zuzusprechen.

In Anwendung der §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b, 8 Abs. 1 und 12 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. Beiden Parteien wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens folgendes Besuchsrecht gewährt:

Besuche der Gesuchstellerin:

Montags, 14.00 bis 16.00 Uhr, und Donnerstags, 14.00 bis 16.00 Uhr, unbegleitet im Garten des D._____ -Heims oder begleitet in der Gruppe. Die Gesuchstellerin kann mit der Tochter alleine ins Gumpizimmer gehen.

Besuche des Gesuchsgegners:

Mittwochs, 14.00 bis 16.00 Uhr, und Samstags, 09.30 bis 11.30 Uhr, unbegleitet im Garten des D._____ -Heims oder begleitet in der Gruppe. Der Gesuchsgegner kann mit der Tochter alleine ins Gumpizimmer gehen.

Während der Besuche sind die Parteien angehalten, nicht zu telefonieren. Falls die Parteien den Wunsch haben, mit ihren Verwandten zu telefonieren, können sie dies bei den BetreuerInnen des D._____ -Heims ankündigen.

Telefonzeit der Gesuchstellerin:

Freitags, 18.40 Uhr bis 19.00 Uhr, an einem ruhigen Ort (Zimmer oder Büro).

Telefonzeit des Gesuchsgegners:

Sonntags, 18.40 Uhr bis 19.00 Uhr, an einem ruhigen Ort (Zimmer oder Büro).

2. Die mit Beschluss vom 22. September 2010 der damaligen Vormundschaftsbehörde der Gemeinde E. _____ für C. _____, geb. tt.mm.2008, errichtete und von der KESB der Stadt Zürich mit Beschluss vom 17. Oktober 2013 zur Weiterführung übernommene Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB wird weitergeführt.

Dem Beistand wird im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zusätzlich die Aufgabe übertragen, die Besuche falls nötig zu überwachen und soweit notwendig, die Besuchstage zu verschieben, mit der Kompetenz, darüber verbindlich zu entscheiden.

3. Die Kindes- und Erwachsenenbehörde der Stadt Zürich wird ersucht, dem Beistand umgehend die in Dispositiv-Ziffer 2 dieses Beschlusses erwähnte Aufgabe zu übertragen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kinderbeiständin Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____, ... [Adresse], das Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, die

KESB der Stadt Zürich, Kammer I, Stauffacherstrasse 45, Postfach 8225, 8036 Zürich sowie an den Beistand G._____, ... [Adresse], je gegen Empfangsschein.

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

8. 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 7. November 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. J. Freiburghaus

versandt am:
se