

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220052-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, die Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber MLaw T. Gähwiler

Urteil vom 21. Dezember 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 5. Oktober 2022 (FE180010-B)**

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 5. Oktober 2022:

(Urk. 2 S. 9 f. = Urk. 7/335 S. 9 f.):

1. Der Antrag des Beklagten um Zuteilung des Kindes C._____ unter seine Obhut im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen für den weiteren Verlauf des Scheidungsverfahrens wird abgewiesen. Die alleinige Obhut für C._____, geb. tt.mm.2013, bleibt für die Dauer des Scheidungsverfahrens oder bis zu einem anderslautenden Entscheid bei der Klägerin.

2. Das Besuchsrecht des Beklagten wird im Sinne einer vorsorglichen Anordnung einstweilen wie folgt angeordnet:

Der Beklagte wird für berechtigt und verpflichtet erklärt, die Betreuungsverantwortung für die Tochter C._____ jeweils am 2. und 4. **Sonntag** eines jeden Monats solange die vorliegend angeordnete Regelung gilt, jeweils von 13.30 Uhr bis 16.30 Uhr, auf eigene Kosten im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts zu übernehmen.

Die Beiständin hat für die Besuchstage des Beklagten, solange die vorliegende Regelung gilt, die Modalitäten der begleiteten Besuche zu organisieren, festzulegen und zu überwachen und insbesondere eine geeignete Institution mit der Begleitung zu beauftragen.

3. Das Ferien- und Feiertagsbesuchsrecht des Beklagten bleibt bis zu einem weiteren Entscheid sistiert.

Die Besuchstage des Beklagten gemäss Ziffer 2 gehen allfälligen Ferien der Klägerin vor. Ausgenommen bleiben allfällige Ferien zwischen dem 5. Juli und 20. August des jeweiligen Jahres, sofern die Klägerin den Beklagten innert mindestens drei Monaten im Voraus informiert, wo und wann allfällige Ferien der Klägerin und der gemeinsamen Tochter durchgeführt werden.

4. Eine Erweiterung des Besuchsrechts des Beklagten ist allenfalls aufgrund neuer Erkenntnisse aus der aktuell laufenden Therapie von C._____ bei D._____, Psychologin M.Sc. oder dem vom Gericht in Auftrag gegebenen Gutachten möglich, sofern die Erkenntnisse nachhaltig, schriftlich belegt und wesentlich sind.
5. Die anderslautenden Anträge der Parteien werden abgewiesen.
6. Über die Kosten- und Entschädigungsregelung wird im Rahmen des Hauptverfahrens entschieden.
7. [Mitteilungssatz]
8. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

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

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen vom 5. Oktober 2022 aufzuheben und es sei

die gemeinsame Tochter C._____ unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers zu stellen.
2. Eventualiter sei für den Fall, dass die gemeinsame Tochter nicht unter die Obhut des Berufungsklägers gestellt wird, das begleitete Besuchsrecht aufzuheben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt. September 2011 miteinander verheiratet. Aus der Verbindung ist die gemeinsame Tochter C._____, geboren am tt.mm.2013, hervorgegangen (Urk. 7/2).

2. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) leitete am 19. August 2016 beim Bezirksgericht Frauenfeld ein Eheschutzverfahren ein (Urk. 7/3/7/4). Im Rahmen dieses Eheschutzverfahrens schlossen die Parteien eine Trennungsvereinbarung, worin sie feststellten, seit dem 1. März 2016 getrennt zu leben. Weiter beantragten sie, dass C._____ unter die Obhut der Klägerin zu stellen sei, und verständigten sich hinsichtlich des Besuchsrechts darauf, dass der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) die gemeinsame Tochter an drei Wochenenden pro Monat, jeweils von Donnerstag- bis Sonntagabend, sowie während fünf Wochen Ferien pro Jahr betreut (Urk. 7/3/7/2). Diese Vereinbarung wurde mit Entscheid vom 19. September 2016 in Bezug auf die Kinderbelange zum Urteil erhoben. Im Übrigen wurde die Vereinbarung genehmigt (Urk. 7/3/7/1).

3. Am 2. März 2017 verlangte der Beklagte beim Bezirksgericht Andelfingen (fortan Vorinstanz) die Abänderung des Eheschutzentscheides. Er beantragte in erster Linie die Umteilung der Obhut an ihn, eventualiter eine Anpassung des Besuchsrechts (Urk. 7/3/1). Mit Urteil vom 27. Dezember 2017 wurde sein Begehren um Zuteilung der alleinigen Obhut für C._____ abgewiesen. Das Besuchsrecht wurde dahingehend abgeändert, dass das Besuchswochenende künftig nicht bereits am Donnerstag, sondern erst am Freitag im Anschluss an den Kindergarten begann. Überdies wurden die drei Betreuungswochenenden verbindlich festgelegt: Der Beklagte wurde für berechtigt erklärt, die Betreuung von C._____ am ersten, dritten und vierten Wochenende im Monat zu übernehmen (Urk. 7/3/66).

4. Mit Eingabe vom 1. März 2018 leitete die Klägerin bei der Vorinstanz das Scheidungsverfahren ein (Urk. 7/1). Beide Parteien stellten im Laufe des Verfahrens vorsorgliche Massnahmebegehren. In Bezug auf das Besuchsrecht verlangte die Klägerin zusammengefasst eine Reduktion der Betreuungszeiten des Beklagten auf zwei Wochenenden pro Monat, jeweils von Samstagmorgen bis Sonntagabend, und drei Wochen Ferien pro Jahr (Urk. 7/43 S. 2 f.). Der Beklagte antwortete hierauf mit einem Antrag auf Umteilung der Obhut an ihn (Urk. 7/54 S. 2). Nach Durchführung des Massnahmeverfahrens inklusive Einholung eines Berichts der Kinderärztin Dr. med. E._____ (Urk. 7/75) und der Kindertherapeutin lic. phil. F._____ (Urk. 7/76) sowie einer delegierten Kinderanhörung durch lic. phil.

G._____ vom Marie Meierhofer-Institut (Urk. 7/78) wies die Vorinstanz mit Verfügung vom 1. Juli 2019 unter anderem den Antrag des Beklagten, C._____ sei unter seine Obhut zu stellen, ab und belies das Besuchsrecht des Beklagten bei monatlich drei Wochenenden. Zudem wurde eine Beistandschaft angeordnet (Urk. 7/101, begründete Fassung Urk. 7/109).

5. Gegen diesen Entscheid erhoben beide Parteien Berufung an die hiesige Kammer, wobei sie je beantragten, die Berufung der Gegenpartei sei abzuweisen. Mit Entscheid vom 11. Dezember 2019 belies die hiesige Kammer C._____ unter der Obhut der Klägerin und hielt hinsichtlich des Besuchsrechts des Beklagten an drei Wochenenden pro Monat fest (Urk. 7/116).

6. Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte in Bezug auf das Ferienbesuchsrecht Beschwerde an das Bundesgericht, welches diese mit Urteil vom 10. Juni 2020 guthiess und die Sache zur neuen Entscheidung an die hiesige Kammer zurückwies (Urk. 7/127), worauf diese mit Urteil vom 8. September 2020 neu entschied (Urk. 7/132).

7. Mit Eingabe vom 24. Februar 2022 verlangte die Klägerin sodann die superprovisorische Sistierung des Besuchsrechts des Beklagten (Urk. 7/191), welchem Antrag mit Verfügung vom 25. Februar 2022 stattgegeben wurde (Urk. 7/192). In der Folge wurde mit Verfügung vom 28. Februar 2022 bei der Beiständin ein Bericht zum Besuchsrecht eingeholt, wobei der Fragenkatalog mit Verfügung vom 3. März 2022 ergänzt wurde (Urk. 7/193A, Urk. 7/197). Die Berichte der Beiständin datieren vom 3. März 2022 (Urk. 7/199 f.). Am 9. März 2022 hörte die Vorinstanz C._____ an (Urk. 7/202). Am 25. März 2022 fand die Massnahmeverhandlung betreffend Sistierung des Besuchsrechts statt (Prot. I S. 107 ff.); am 26. und 28. April 2022 die Hauptverhandlung in der Hauptsache (Prot. I S. 134 ff.), wobei nebst der Befragung der Parteien (Urk. 7/242 und Urk. 7/244) auch die ehemalige Kindertherapeutin von C._____, die Grossmutter väterlicherseits sowie die aktuelle Klassenlehrerin als Zeuginnen befragt wurden (Urk. 7/246, Urk. 7/252 und Urk. 7/255).

8. Gestützt auf diese Abklärungen hob die Vorinstanz mit Verfügung vom 11. Mai 2022 die Sistierung des Besuchsrecht wieder auf und ordnete für eine Übergangszeit bis Juli 2022 ein eingeschränktes Besuchsrecht – jeweils an zwei Sonntagen pro Monat tagsüber von 09:00 bis 18:00 Uhr; im Mai und Juni im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts; im Juli unbegleitet – an. Weiter verfügte die Vorinstanz, dass im Anschluss an diese Übergangszeit zum ursprünglichen Besuchsrechtsregime gemäss Entscheid des Obergerichts vom 8. September 2020 zurückzukehren sei. Sodann wurde die Beiständin mit der Implementierung einer KET-Beratung beauftragt (Urk. 7/266).

9. Mit Eingabe vom 28. Juni 2022 beantragte die Klägerin erneut die superprovisorische Sistierung des Besuchsrechts (Urk. 7/279), was die Vorinstanz mit Verfügung vom 30. Juni 2022 abwies unter gleichzeitiger Einholung einer Stellungnahme bei der Beiständin (Urk. 7/282).

10. Gestützt auf den Bericht der Beiständin vom 30. Juni 2022 (Urk. 7/287) und den Zwischenbericht der mit den begleiteten Besuchstreffen betrauten Fachstelle H._____ (Urk. 7/287A) sowie nach Einsicht in die Eingabe des Beklagten vom 11. Juli 2022 (Urk. 7/291) ordnete die Vorinstanz mit Verfügung vom 13. Juli 2022 superprovisorisch die einstweilige Weitergeltung von begleiteten Besuchsrechten an und legte die Besuchszeiten und -daten verbindlich fest: Im Juli 2022 am Sonntag, 24. Juli 2022, im August 2022 am Sonntag, 21. August 2022, und am Sonntag, 28. August 2022, im September 2022 am Sonntag, 18. September 2022, und am Sonntag, 25. September 2022, und in den Folgemonaten jeweils am 2. und 4. Sonntag eines jeden Monats, jeweils von 12.00 Uhr bis 16.00 Uhr (Urk. 7/292). Mit Brief vom 19. Juli 2022 wurden die Parteien auf den 5. September 2022 zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen (Urk. 7/294).

11. Mit Verfügung vom 11. August 2022 ordnete die Vorinstanz sodann anstelle der mit Verfügung vom 11. Mai 2022 angeordneten KET-Beratung eine interventionsorientierte Begutachtung an und bestellte I._____, Psychologin Psychiatrische Universitätsklinik (PUK Zürich), als Gutachterin (Urk. 7/309).

12. Nach der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 5. September 2022 (Prot. I S. 165 ff.) erliess die Vorinstanz am 5. Oktober 2022 die vorne zitierte Verfügung, mit welcher sie die alleinige Obhut für C._____ für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens bei der Klägerin belies und einstweilen ein begleitetes Besuchsrecht von zwei Sonntagen pro Monat, jeweils von 13:30 bis 16:30 Uhr, anordnete (Urk. 7/335 = Urk. 2).

13. Hiergegen erhob der Beklagte innert Frist (vgl. Urk. 7/336/2) Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 1 S. 2). Mit Beschluss vom 4. November 2022 wurde sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abgewiesen, wobei ihm gleichzeitig Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'000.– angesetzt wurde (Urk. 9). Der Kostenvorschuss ist eingegangen (Urk. 10). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 7/1-336). Da die Berufung offensichtlich unbegründet ist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die 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). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016,

E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

2. Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 Abs. 1 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen sind im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unabhängig der Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

III.

1. Obhut

1.1. Die Vorinstanz hat von einer vorsorglichen Umteilung der Obhut an den Beklagten abgesehen. Sie kam zum Schluss, dass keine ausreichend wichtigen Gründe vorliegen, welche die Umteilung der Obhut an den Beklagten rechtfertigen würden. Weiter sei eine Umteilung der Obhut auch mit Rücksicht auf das Kindeswohl nicht verhältnismässig, da sich C._____ zurzeit offenbar nur kurze Zeit beim Beklagten aufhalten möchte (Urk. 2 S. 6).

1.2. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, hat die Umteilung der Obhut im Sinne von vorsorglichen Massnahmen andere Voraussetzungen als die erstmalige Obhutzuteilung und ist die Obhut nur bei Vorliegen von wichtigen Gründen umzuteilen (vgl. Urk. 2 S. 5). Kurzfristige oder häufige Veränderungen vermögen das Wohl des Kindes zu beeinträchtigen. Das Bundesgericht hielt in einem Entscheid zur Frage des Aufschubs der Vollstreckung eines die Obhut regelnden erstinstanzlichen Massnahmeentscheids Folgendes fest: Verbleibt das Kind gestützt auf den erstinstanzlichen Entscheid bei jenem Elternteil, der sich unmittelbar vor dem Eintritt der Umstände, die Anlass zum Massnahmeverfahren gegeben haben, hauptsächlich um das Kind gekümmert hat, ist von einer Umteilung der Obhut grundsätzlich abzusehen. Vorbehalten bleiben jedoch wichtige Gründe, namentlich wenn die bisherige Obhutzuteilung das Kindeswohl unmittelbar gefährdet, was von der Berufung erhebenden Partei darzutun ist, oder der Entscheid als

solcher offensichtlich unhaltbar erscheint (BGE 138 III 565 E. 4.3.2.). Diese Grundsätze dürften auch Geltung beanspruchen, wenn über eine *vorsorgliche* Obhutsumteilung zu entscheiden ist, besteht doch andernfalls die Gefahr, dass das Kind mit Blick auf das noch laufende (Haupt-)Verfahren und die im Endentscheid zu beurteilende Obhutsumteilung (innert kurzer Zeit) erneut mit einem Obhutswechsel konfrontiert wäre (*OGer ZH LY190005 vom 06.05.2019, E. 4.2*).

Dem Kriterium der Stabilität ist damit in solchen Konstellationen entscheidendes Gewicht zuzumessen. Es spricht im Rahmen dieses vorsorglichen Verfahrens klar gegen eine Obhutsumteilung: Die neunjährige C. _____ steht seit der Trennung der Eltern im März 2016, d.h. seit mehr als 6 ½ Jahren, unter der Obhut der Klägerin.

1.3. Der Beklagte sieht den wichtigen Grund, welcher eine Umteilung der Obhutgebiete, primär in den mangelhaften erzieherischen Fähigkeiten der Klägerin. Vorliegend ist indes zu beachten, dass mit Ausnahme der seit Februar 2022 bestehenden Weigerungshaltung vom C. _____ (dazu nachfolgend Erw. III.1.9) die vom Beklagten berufungsweise erhobenen Vorwürfe und geschilderten Probleme bereits vor Vorinstanz – im Grunde genommen schon im Eheschutzverfahren vor Bezirksgericht Frauenfeld (vgl. Urk. 7/109 S. 30 f.) – im Raum standen. Sie sind daher nicht neu. Der Einwand des Beklagten, wonach die Vorinstanz verkenne bzw. sich nicht damit befasse, dass er auf die mangelnde Erziehungsfähigkeit der Klägerin hingewiesen habe (Urk. 1 S. 3), verfängt daher nicht.

Vielmehr überprüfte die Vorinstanz die Erziehungsfähigkeit der Klägerin – wie der Beklagte selbst ausführt – bereits in der Verfügung vom 1. Juli 2019 eingehend. Sie kam dabei zum Schluss, dass diese (und auch diejenige des Beklagten) grundsätzlich zu bejahen sei (Urk. 7/109 S. 34). Auch die hiesige Kammer kam im Entscheid vom 11. Dezember 2019 zum Schluss, dass das Verhalten der Klägerin insgesamt keine Kindeswohlgefährdung darstelle, und bestätigte die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach beide Elternteile grundsätzlich erziehungsfähig seien (Urk. 7/116 S. 33).

1.4. Im Einzelnen verweist der Beklagte in seiner Berufungsschrift auf den Bericht der ehemaligen Kindertherapeutin von C._____ vom 5. März 2019, welcher festhalte, dass die Klägerin die Tochter wiederholt als "Sprachrohr" für die belastende Auseinandersetzung mit ihrem Exmann einsetze (Urk. 1 S. 4).

Der Beklagte verkennt dabei, dass sich die Vorinstanz bereits eingehend mit dem genannten Bericht auseinandersetzte (vgl. Urk. 7/109 S. 24 ff.). Sie kam zusammengefasst zum Schluss, die Verhaltensweise der Klägerin sei insgesamt durchaus kritisch zu betrachten, es könne daraus aber nicht auf eine aktuelle Gefährdung des Kindeswohls geschlossen werden (vgl. Urk. 7/109 S. 34). Auch die hiesige Kammer würdigte im Entscheid vom 11. Dezember 2019 diesen Bericht bereits eingehend und kam dabei zusammengefasst zum Schluss, dass nicht nur das Verhalten der Klägerin kritisch zu sehen sei, sondern auch der Beklagte seinen Teil zur Weiterführung der Elternkonflikts beitrage (vgl. Urk. 7/116 S. 22 ff.). Entsprechend kann der Beklagte – indem er diesen Bericht berufsungsweise erneut vorbringt – daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zudem hat die ehemalige Kindertherapeutin von C._____ anlässlich der vorinstanzlichen Zeugenbefragung vom 26. April 2022 relativierend erläutert, bei der Umschreibung "Sprachrohr" sei es darum gegangen, dass C._____ ihr immer wieder vermittelt habe, dass ihre Mutter traurig sei und es ihr nicht gut gehe (Urk. 7/246 S. 11).

1.5. Der Beklagte führt weiter aus, er könne C._____ ein stabiles Umfeld bieten und die Beziehung zu beiden Elternteilen ermöglichen (Urk. 1 S. 7).

Diese Einwände erfolgen unsubstantiiert, weshalb er damit nicht zu hören ist. Überdies spricht das Kriterium der Stabilität gegen eine Umteilung der Obhut (vgl. obige Ausführungen in Erw. III.1.3).

1.6. Sodann macht der Beklagte geltend, die schulische Leistung von C._____ habe rapide abgenommen, seit der Kontakt zu ihm schwerwiegend reduziert worden sei. Sie fehle regelmässig in der Schule, habe diesen Sommer die dritte Klasse wiederholen müssen und benötige regelmässig Medikamente (Urk. 1 S. 4 f.).

C._____ hat diesen Sommer die dritte Klasse wiederholt (Prot. I S. 171). Gemäss den Aussagen der Klassenlehrerin sind die schulischen Leistungen von C._____ schwankend. Mit dem Fach Mathematik habe sie von Beginn an Mühe gehabt. Auch habe sie oft eine Sonderbetreuung durch die ebenfalls in den Schulbetrieb integrierte Heilpädagogin erhalten. Ihre schulischen Leistungen befänden sich aber noch innerhalb der normalen Bandbreite. Ihr Problem liege darin, dass sie Mühe habe, sich Sachen zu merken. Sie sei im Unterricht zwar dabei, könne das Wissen dann aber nicht mehr abrufen. Sie vermute, der Speicher von C._____ sei voll. Sie habe das Gefühl, dass die Situation zu Hause C._____ sehr beschäftige und sie daher keinen Platz für den Schulstoff habe. Die schulischen Absenzen hätten sodann bereits im Herbst 2021 zugenommen (Urk. 7/255 S. 6 ff.).

Die Aussagen der Klassenlehrerin relativieren die schulische Situation zum einen etwas, indem die Leistungen von C._____ offenbar nicht besorgniserregend sind. Zum anderen zeigen sie auch, dass die Schwierigkeiten und häufigen Absenzen nicht erst seit dem Februar 2022 bestehen, sondern offenbar schon länger Thema sind. Entsprechend ist davon auszugehen, dass diese nicht allein auf die drastische Reduktion des Besuchsrechts zurückzuführen sind. In der Tat sind die Schilderungen der Klassenlehrerin, wonach C._____ aufgrund der belastenden Gesamtsituation weniger aufnahmefähig sei, ohne Weiteres nachvollziehbar. Vor diesem Hintergrund ist denn auch nicht ersichtlich, inwiefern ein Obhutswechsel zu einer Besserung führen sollte.

1.7. Ferner wendet der Beklagte ein, dass sich die instabilen Verhältnisse der Klägerin – ihr sei am 1. Juli 2022 gekündigt worden – negativ auf das Kindeswohl auswirken würden (Urk. 1 S. 5).

Der Beklagte führt nicht weiter aus, inwiefern von einem Stellenverlust auf eine Kindeswohlgefährdung geschlossen werden kann, weshalb er damit nicht zu hören ist. Zudem lässt er unerwähnt, dass der Klägerin zwar gekündigt wurde (Urk. 7/326/1), sie aber bereits per 1. August 2022, d.h. vor Ablauf der Kündigungsfrist, eine neue Stelle angetreten hat (Urk. 7/326/2).

1.8. Sodann macht der Beklagte geltend, die Vorinstanz habe seinen Ausführungen keine Rechnung getragen und die Ablehnung lediglich damit begründet, dass keine ausreichend wichtigen Gründe im Sinne der Rechtsprechung vorlägen (Urk. 1 S. 5).

Soweit der Beklagte damit eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend macht, ist dem zu entgegen, dass die angefochtene Verfügung sich – wenn auch summarischer Natur – sehr wohl mit seinen Argumenten auseinandersetzt. So gibt der vorinstanzliche Entscheid zunächst sinngemäss die Vorbringen des Beklagten wieder, nämlich dass die Klägerin durch ihre Haltung dem Beklagten gegenüber dem Kindeswohl der gemeinsamen Tochter C._____ schade und durch den Verbleib von C._____ im Umfeld der Klägerin keine Verbesserung der Situation möglich sei (vgl. Urk. 2 S. 6 erster Absatz). Sie gelangt dann jedoch zum Schluss, dass sich aus diesen Vorbringen keine ausreichend wichtigen Gründe für eine Umteilung der Obhut ergeben (vgl. Urk. 2 S. 6 zweiter Absatz). Der Einwand des Beklagten verfängt daher nicht.

1.9. Den wichtigsten Grund für eine Obhutsumteilung erblickt der Beklagte im Umstand, dass C._____ eine derart krasse Abwehrhaltung ihm gegenüber entwickelt habe, wofür er die Klägerin verantwortlich macht. So führt er aus, die aktuelle Abwehrhaltung von C._____ sei darauf zurückzuführen, dass die Klägerin den Kontakt weder fördere noch aktiv unterstütze, sondern mutmasslich gar sabotiere. Weiter sei die Verweigerungshaltung just vor der geplanten Kinderanhörung erfolgt. Überdies befinde sich C._____ seit der Trennung und seit Februar 2022 in gesteigertem Mass in einem Loyalitätskonflikt, welchen die Klägerin befeuere. Auch der Zwischenbericht zu den begleiteten Besuchstreffen der Fachstelle H._____ vom 30. Juni 2022 (Urk. 7/287A) halte fest, dass viele Vorwürfe und Anschuldigungen seitens des Kindes und der Mutter gegenüber dem Vater bestünden (Urk. 1 S. 4 ff.).

Zutreffend ist, dass C._____ seit dem Besuchswochenende vom 18. auf den 20. Februar 2022 eine eigentliche Abwehrhaltung gegenüber dem Beklagten zum Ausdruck bringt und sie sich seither mehrfach dahingehend geäussert hat, nicht mehr zum Beklagten gehen zu wollen (vgl. Urk. 7/199 S. 3, Urk. 7/202 S. 5,

Urk. 7/287A S. 4). Unbestritten ist weiter, dass es im Anschluss an die Sistierung des Besuchsrechts ab Ende Mai 2022 nicht gelang, dieses stufenweise wieder aufzubauen: Seit Ende Februar 2022 ist es insgesamt lediglich zu vier kurzen begleiteten Treffen von insgesamt wenigen Stunden gekommen, wobei C._____ die letzten drei Treffen jeweils nach kurzer Zeit abbrach (vgl. Urk. 7/287A S. 4).

Dass C._____ seit Februar 2022 eine derart akzentuierte Abwehrhaltung gegenüber dem Beklagten zum Ausdruck bringt, nachdem die Ausübung des Besuchsrechts zuvor während mehreren Jahren funktioniert hat, ist in der Tat äusserst ungewöhnlich und besorgniserregend. Für die Darstellung des Beklagten, wonach die Klägerin dafür allein verantwortlich sein soll, finden sich derzeit indes keine genügenden Anhaltspunkte. Die genaue Ursache bzw. die genauen Ursachen der Besuchsrechtsverweigerung sind derzeit schlicht nicht bekannt. Das weiss im Grunde genommen auch der Beklagte. So hat er mit Eingabe vom 21. Juli 2022 selbst gefordert, dass die Ursachen für die Verweigerungshaltung durch Fachpersonen zu ermitteln seien (Urk. 7/298), und verlangt er auch berufungsweise, dass der Sache von Amtes wegen vertieft nachzugehen sei (Urk. 1 S. 8). Er verkennt dabei, dass diese Abklärungen bereits im Gange sind: C._____ wurde diesen Sommer in die Behandlung bei der Psychologin D._____ von der Psychotherapeutischen Praxis J._____ in K._____ gegeben (vgl. Urk. 1/287 S. 2). Zudem hat die Vorinstanz mit Verfügung vom 11. August 2022 eine interventionsorientierte Begutachtung bei der PUK Zürich angeordnet, die explizit zum Ziel hat, der Besuchsrechtsverweigerung auf den Grund zu gehen und abzuklären, ob die Klägerin eine Mitschuld daran trägt. So lautet etwa die Frage 5 an die Gutachterin: *"Was sind aus Ihrer Sicht die Gründe für die momentane Besuchsrechtsverweigerung von C._____ mit dem Vater? Wie beurteilen Sie bezüglich der Besuchsrechtsverweigerung den Kindeswillen (psychologische Interpretation des Eigenanteils des Kindes, allfällige Beeinflussung durch die Mutter oder weitere Personen, Stressfaktoren des Kindes)?"* Nebst der Ursachenforschung hat das Gutachten überdies darüber Auskunft zu geben, welche Verhaltensänderungen auf Seiten der Klägerin und des Beklagten angezeigt sind (Urk. 7/309 S. 3 Frage 8). Die Gutachterin, I._____, hat gegenüber der Vorinstanz auf telefonische Nachfrage erläutert, dass in einem ersten Schritt ein sogenanntes Statusgutachten erstellt

werde, welches auf Grundlage der richterlichen Fragestellung die Defizite und Probleme aufzeige, bevor in einem zweiten Schritt auf Grundlage dieses Befundes mit der interventionsorientierten Begutachtung begonnen werde (Urk. 7/286).

Damit erhellt: Solange gutachterlich nicht geklärt ist, was die Gründe für die Verweigerungshaltung sind bzw. ob die Klägerin eine Mitschuld daran trägt, steht eine Obhutsumteilung an den Beklagten nicht zur Debatte.

1.10. Schliesslich moniert der Beklagte, die Vorinstanz setze den direkt induzierten Kindeswillen mit dem Kindeswohl gleich. Damit stelle sie sich in Widerspruch zu ihrem Entscheid vom 11. Mai 2022, in welchem sie noch festgehalten habe, dass mit Blick auf das Alter von C._____ dieser die Fähigkeit fehle, abzuschätzen, welche längerfristigen Folgen eine Sistierung des Besuchsrechts habe (Urk. 1 S. 6).

Die Rüge des Beklagten zielt ins Leere. Die vorinstanzliche Erwägung erfolgte in einem anderen Zusammenhang. Die Vorinstanz sprach C._____ in der Verfügung vom 11. Mai 2022 aufgrund ihres Alters die Fähigkeit ab, abzuschätzen zu können, was die längerfristigen Folgen einer *Sistierung* des Besuchsrechts sind, während eine Sistierung vorliegend nicht zur Debatte steht.

Zudem stellte die Vorinstanz in Übereinstimmung mit der vom Beklagten selbst aufgeführten Rechtsprechung (vgl. Urk. 1 S. 7) für die Ermittlung des Kindeswohls nicht nur auf den Kindeswillen ab, sondern berücksichtigte diesen als eines von mehreren Elementen. So erwog die Vorinstanz, dass nebst dem Fehlen von wichtigen Gründen *auch* der Umstand, dass sich C._____ zurzeit offenbar nur kurz beim Beklagten aufhalten wolle, gegen eine Umteilung der Obhut spreche (Urk. 2 S. 6 3. und 4. Absatz). Dem ist im Übrigen vorbehaltlos zuzustimmen. Wenn es trotz dem Einbezug der Beiständin und der Fachpersonen der H._____ nicht einmal gelingt, ein sehr eingeschränktes begleitetes Besuchsrecht – zwei Sonntage pro Monat während je vier Stunden – zu implementieren, weil sich C._____ dem standhaft widersetzt, spricht auch dieser Umstand gegen die Umteilung der Obhut an den Beklagten.

1.11. Zusammengefasst sind derzeit keine wichtigen Gründe ersichtlich, die es unumgänglich machen, die Obhut während laufendem Verfahren an den Beklagten umzuteilen, weshalb dieser Antrag abzuweisen ist.

2. Besuchsrecht

2.1. Gleiches gilt für das Besuchsrecht. Es ist seit Februar 2022 nicht gelungen, ein sehr eingeschränktes begleitetes Besuchsrecht zu implementieren, obschon auf die Anliegen von C._____ eingegangen wurde und klare Rahmenbedingungen vereinbart wurden. So fanden die Treffen auf dem Spielplatz statt, vereinbarte die Familienbegleiterin mit ihr ein Notfallzeichen und wurden die Besuchszeiten nach dem ersten Treffen auf eine Stunde verkürzt (Urk. 7/287A S. 3). Dennoch brach C._____ die weiteren drei Treffen mit ihrem Vater bereits nach einer halben Stunde ab. Solange C._____ eine solche Weigerungshaltung zeigt und nicht geklärt ist, woher diese rührt, ist die Aufrechterhaltung des begleiteten Besuchsrechts alternativlos. Im jetzigen Zeitpunkt, wo die Ursachen der Verweigerungshaltung nicht bekannt sind und nicht einmal begleitete Besuchstreffen umgesetzt werden können, ist eine Rückkehr zu unbegleiteten Besuchstreffen nicht mit dem Kindeswohl vereinbar.

2.2. Ebenfalls fehlt geht der Einwand des Beklagten, wonach die Vorinstanz das begleitete Besuchsrecht unbegrenzt angeordnet habe (Urk. 1 S. 8). Das begleitete Besuchsrecht wurde nicht unbegrenzt, sondern *"im Sinne einer vorsorglichen Anordnung einstweilen"* angeordnet (Urk. 1 Dispositiv-Ziffer 2). Als vorsorgliche Massnahme ist diese Anordnung per Definition bloss von vorübergehender Natur und damit zeitlich absehbar. Dass die Vorinstanz zudem bereits die Modalitäten der Sommerferien 2023 geregelt hat, vermag daran nichts zu ändern. Im Übrigen ordnete die Vorinstanz an, eine Erweiterung sei möglich, sofern die psychologische Therapie bei D._____ oder die interventionsorientierte Begutachtung durch I._____ neue Erkenntnisse zutage bringen würden (Urk. 1 Dispositiv Ziffer 4). Erste Resultate sollten in absehbarer Zeit vorliegen (vgl. Urk. 7/301). Unter diesen Umständen erscheint es denn auch nicht angemessen, das begleitete Besuchsrecht auf eine fixe Zeitspanne von zwei Monaten zu beschränken, wie dies der Beklagte fordert (Urk. 1 S. 9).

Zusammengefasst machte die Vorinstanz, indem sie einstweilen die Weitergeltung des begleiteten Besuchsrechts verfügte und eine Erweiterung von neuen Erkenntnissen aus der aktuell laufenden Therapie bei der Psychologin oder seitens der gerichtlichen Gutachterin abhängig macht, das einzig Richtige.

2.3. Auch hinsichtlich der angeordneten Zeiten ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen. Nachdem der Beklagte seine Tochter seit Februar 2022 lediglich vier Mal kurz getroffen hat – die letzten drei Mal davon nur für je eine halbe Stunde (vgl. Urk. 2 S. 7) – ist der vorinstanzliche Entscheid, die begleiteten Besuche einstweilen auf zwei Treffen pro Monat à je drei Stunden festzulegen (vgl. Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 2), nicht zu beanstanden. Ebenfalls sachgerecht ist es, dass die begleiteten Besuche weiterhin am Sonntag stattfinden.

2.4. Des Weiteren setzt sich der Beklagte in seiner Berufungsschrift mit dem vorinstanzlichen Entscheid vom 25. Februar 2022 auseinander, mit welchem das Besuchsrecht superprovisorisch sistiert wurde. Er wirft der Vorinstanz einen Verstoss gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Rechtsverzögerung und die Verweigerung des rechtlichen Gehörs vor (Urk. 1 S. 10 f.). Was er daraus für das vorliegende Berufungsverfahren, welches nicht die Verfügung vom 25. Februar 2022, sondern die Verfügung vom 5. Oktober 2022 zum Gegenstand hat, ableiten will, erhellt nicht, weshalb auf die diesbezüglichen Ausführungen nicht weiter einzugehen ist.

2.5. Schliesslich macht der Beklagte – soweit ersichtlich – geltend, die Vorinstanz habe das begleitete Besuchsrecht angeordnet, obschon mildere Massnahmen zur Verfügung gestanden hätten. So sei keine Verwarnung an die Klägerin erfolgt, seien der Klägerin keine finanziellen Anreize gesetzt worden, dass die Besuche stattfinden müssten, und sei ihr keine Unterstützung zur Seite gestellt worden, welche ihr die Wichtigkeit der Beziehung zwischen Tochter und Vater aufzeige (Urk. 1 S. 8).

Diese Vorschläge stehen alle unter der Prämisse, dass das Verhalten der Klägerin alleinursächlich für die Probleme bei der Ausübung des Besuchsrechts ist. Da die Ursachen für die Weigerungshaltung im jetzigen Zeitpunkt noch nicht festste-

hen (vgl. die obigen Ausführungen in Erw. III.1.9), erweisen sich die vom Beklagten vorgeschlagenen mildereren Ersatzmassnahmen als ungeeignet.

2.6. Zusammengefasst ist damit auch der Eventualantrag des Beklagten auf Aufhebung des begleiteten Besuchsrechts abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

IV.

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Sie ist ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten zufolge seines Unterliegens, der Klägerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 5. Oktober 2022 vollumfänglich bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an

- den Beklagten,
- die Klägerin, unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3 und 4/2,

- die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Region Zürichsee-Linth, Zürcherstrasse 1A, Postfach, 8730 Uznach, im Auszug hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils,
 - die Vorinstanz,
- 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 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, 21. Dezember 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw T. Gähwiler

versandt am:

ya