

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos
Würgler sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss und Urteil vom 25. September 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 19. April 2017 (FE160663-L)

Rechtsbegehren:

(vgl. das angefochtene Urteil, Urk. 64 S. 2)

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. April 2017:

(Urk. 2 S. 7 f.)

- "1. Für die Kinder C. _____, geboren am tt.mm.2005, D. _____, geboren am tt.mm.2007 und E. _____, geboren am tt.mm.2009, wird eine Beistandschaft im Sinne von Art.

308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB errichtet. Dem Beistand/Der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:

- die Eltern in ihrer Sorge um die Kinder in Rat und Tat zu unterstützen,
 - Förderung der Kommunikationsfähigkeit der Eltern in Bezug auf die Kinderbelange,
 - Vermittlung zwischen den Eltern bei Konflikten in Bezug auf die Kinderbelange,
 - die Eltern in der Erziehung und Ausbildung der Kinder zu begleiten, zu fördern und zu überwachen,
 - in den beiden Familieneinheiten eine sozialpädagogische Familienbegleitung zu installieren, wobei es bei der Gesuchstellerin zu Hause zu unangemeldeten Kontrollbesuchen zu kommen hat,
 - bei C. _____ und D. _____ für eine psychotherapeutische Begleitung besorgt zu sein und diese zu begleiten und zu überwachen,
 - mit den Eltern schrittweise die Besuchsrechtsregelung bis zu einer 50:50-Lösung auszuarbeiten,
 - die Finanzierung des Lebensunterhalts der drei Kinder sicher zu stellen.
2. Der Beistand/Die Beiständin wird ermächtigt, die Betreuungszeiten den Bedürfnissen der Kinder entsprechend abweichend zu regeln.
 3. Die Kindesschutzbehörde wird angewiesen, einen Beistand/eine Beiständin gemäss Dispositiv Ziff. 1 und 2 zu ernennen.
 4. Es wird die Durchführung einer Mediation angeordnet.
 5. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird angewiesen, für die Parteien eine Mediation gemäss Dispositiv Ziff. 4 zu organisieren.
 6. [Schriftliche Mitteilung.]
 7. [Rechtsmittel, Berufung, Frist 10 Tage.]

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

1. Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
2. Es sei Ziff. 1 der Verfügung vom 19. April 2017 anzupassen, dass dem Beistand/der Beiständin die folgenden Aufgaben übertragen werden:
 - *Unterstützung der Eltern in Rat und Tat in ihrer Sorge um die Kinder;*
 - *Förderung der Kommunikationsfähigkeit der Eltern in Bezug auf die Kinderbelange;*
 - *Vermittlung zwischen den Eltern bei Konflikten in Bezug auf die Kinderbelange;*
 - *Begleitung, Förderung und Überwachung der Eltern in der Erziehung und Ausbildung der Kinder;*
 - *Besorgung, Begleitung und Überwachung einer psychotherapeutischen Begleitung bei C. _____ und D. _____;*
 - *Sicherstellung der Finanzierung des Lebensunterhaltes der drei Kinder.*
3. Es sei Ziff. 2 der Verfügung vom 19. April 2017 ersatzlos aufzuheben.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) zu Lasten der Staatskasse, eventualiter zu Lasten des Beschwerdegegners.

des Berufungsbeklagten (Urk. 10 S. 1):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zulasten der Gesuchstellerin. Die Parteientschädigung an den Gesuchsteller sei aus der Gerichtskasse zu entrichten.

Dem Gesuchsteller sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet. Sie haben drei gemeinsame Kinder: C._____, geboren am tt.mm.2005, D._____, geboren am tt.mm.2007, und E._____, geboren am tt.mm.2009. Mit Eingabe vom 6. September 2016 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz das gemeinsame Scheidungsbegehren ein (Urk. 7/1). Für weitere Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessgeschichte sei auf die Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen (Urk. 2 E. 1.1.).
2. Das Sozialzentrum ... der Stadt Zürich beantragte in seinem Abklärungsbericht vom 26. Januar 2017 unter anderem für die gemeinsamen Kinder die Bestellung einer Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB. Der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsteller) erklärte sich auf gerichtliche Aufforderung hin damit einverstanden. Auch die Gesuchstellerin erklärte diesbezüglich grundsätzlich ihre Zustimmung, indes unter diversen Vorbehalten (Urk. 2 E. 1.2. f.). Am 19. April 2017 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 7/38 = Urk. 2 S. 7 f.).
3. Dagegen erhob die Gesuchstellerin fristgerecht "Beschwerde" (Urk. 1). Mit Verfügung vom 6. Juni 2017 wurde ihre Rechtsmitteleingabe als Berufung entgegen genommen (Urk. 9). Die Berufungsantwort datiert vom 19. Juni 2017 (Urk. 10). Diese wurde der Gesuchstellerin zur Kenntnisnahme zugestellt. Sie

liess sich nicht mehr vernehmen. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich liess in der Folge dem Gericht ihren Beschluss vom 29. Juni 2017 zukommen. Darin nahm sie unter anderem vom Entscheid des Bezirksgerichts Zürich bezüglich Beistandschaft Vormerk und ernannte F._____ zur Beiständin der drei Kinder (Urk. 12/1-3 Disp. Ziff. 1 und 2).

4. Am 24. August 2017 folgte eine Noveneingabe der Gesuchstellerin (Urk. 13). Diese wurde mit Verfügung vom 25. August 2017 dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt. Zudem wurde den Parteien förmlich mitgeteilt, dass kein weiterer Schriftenwechsel und keine Berufungsverhandlung durchgeführt werde, weshalb das Berufungsverfahren spruchreif und somit in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei (Urk. 14). Der Gesuchsteller liess sich nicht mehr vernehmen.

5. Die Dispositivziffern 3-6 wurden nicht angefochten. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

II.

1. Wie bereits in der Verfügung vom 6. Juni 2017 (Urk. 9) hingewiesen wurde, stellt die in der angefochtenen Verfügung angeordnete Beistandschaft eine vorsorgliche Massnahme (in der Ehescheidung) dar, für die das summarische Verfahren anwendbar ist (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m Art. 271 ZPO). Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO mit Berufung anfechtbar, wobei die Berufungsfrist bei Summarentscheidungen zehn Tage beträgt (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der Fristenstillstand gemäss Art. 145 ZPO gilt (grundsätzlich) nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

2. Vorliegend konnte der angefochtene Entscheid der Gesuchstellerin am 20. April 2017 zugestellt werden (Urk. 7/39/1). Damit wäre die Berufungsfrist am 2. Mai 2017 abgelaufen. Die Rechtsmittelschrift wurde aber erst am 3. Mai 2017 der Schweizerischen Post übergeben (Urk. 1). Da jedoch die Vorinstanz die Parteien auf den fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO nicht hingewiesen hatte (Art. 145 Abs. 3 ZPO), galt im vorliegenden Verfahren bezüglich der Rechtsmittelfrist ausnahmsweise der Fristenstillstand im Sinne von

Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO (vgl. ZK ZPO-A. Staehelin, Art. 145 N 4). Damit lief die Rechtsmittelfrist erst am 3. Mai 2017 ab und das Rechtsmittel ist vorliegend rechtzeitig erhoben worden.

III.

1. Allgemeines/Noven

1.1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Das Obergericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 m.w.H.).

1.2. Mit Bezug auf neue Vorbringen ist festzuhalten, dass solche im Berufungsverfahren lediglich im Rahmen echter Noven zulässig sind, mithin neue Tatsachenvorbringen, welche kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Beide Voraussetzungen sind von derjenigen Partei, die sich auf sie beruft, darzutun (BGer 5A_500/2013 vom 20. Januar 2014, E. 2.2.2.; OGer ZH LC130005, *Beschluss und Urteil vom 26. Juni 2014*, E. 3.5.2.). Noven können bis zum Schluss des Berufungsverfahrens in den Prozess eingeführt werden. "Ohne Verzug" geschieht dies aber nur, wenn dies innert einer oder zweier Wochen nach Entdeckung der neuen Tatsachen oder Beweismittel geschieht (BSK ZPO-Spühler, Art. 317 ZPO N 7; Volkart, DIKE-Kommentar, Art. 317 ZPO N 10). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei bean-

stande, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 1214 und 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 E. 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz. 1172).

1.3. Mit Noveneingabe vom 24. August 2017 brachte die Gesuchstellerin vor, der Gesuchsteller komme seinen Unterhaltspflichten gegenüber der Gesuchstellerin seit Beginn des Monats August 2017 nicht mehr nach. Er habe klar geäußert, dass er künftig weder willens, noch in der Lage sein werde, seinen Pflichten nachzukommen. Darüber hinaus habe der Gesuchsteller seine Anstellung ohne triftigen Grund per 30. Juni 2017 gekündigt. Diese Kündigung sei bereits zu Beginn des Jahres 2017 erfolgt. Damit seien seine Aussagen in der Berufungsantwort bezüglich einer angestrebten Einkommenssteigerung falsch. Zudem sei der Gesuchstellerin von Drittseite zugetragen worden, dass der Gesuchsteller in der Zwischenzeit Vater eines Kindes aus einer ausserehelichen Beziehung geworden sei. Dies sei seiner angeblichen Verfügbarkeit und Flexibilität sicherlich nicht förderlich (Urk. 13 S. 1).

Die Gesuchstellerin legt nicht dar, wann genau sie von der angeblichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie der Geburt des ausserehelichen Kindes Kenntnis erlangt hatte, bzw. wann der Gesuchsteller genau geäußert haben soll, er werde künftig seinen Pflichten nicht mehr nachkommen. Entsprechend hat sie es versäumt, darzutun, dass sie diese (neuen) Tatsachen ohne Verzug in den Prozess eingebracht hat, es sich mithin um zulässige echte Noven handelt. Dass dem so sei, liegt denn auch nicht auf der Hand. Damit gelten die neu vorgebrachten Tatsachenbehauptungen als verspätet und sind damit vorliegend nicht zu beachten. Im Übrigen vermöchte insbesondere die Behauptung, wonach der Gesuchsteller seinen (finanziellen) Pflichten künftig nicht mehr nachkommen wolle, ohnehin nichts am Entscheid zu ändern.

2. Materielles

2.1. Strittige Punkte

Strittig sind folgende von der Vorinstanz an die Beiständin übertragene Aufgaben:

- Der Beiständin wird die Aufgabe übertragen, in den beiden Familieneinheiten eine sozialpädagogische Familienbegleitung zu installieren, wobei es bei der Gesuchstellerin zu Hause zu unangemeldeten Hausbesuchen zu kommen hat (Urk. 2 Disp. Ziff.1 Spiegelstrich 5).
- Der Beiständin wird die Aufgabe übertragen, mit den Eltern schrittweise die Besuchsrechtsregelung bis zu einer 50:50-Lösung auszuarbeiten (Urk. 2 Disp. Ziff. 1 Spiegelstrich 7).

Darüber hinaus verlangt die Gesuchstellerin die Aufhebung von Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheids, wonach die Beiständin ermächtigt wird, die Betreuungszeiten den Bedürfnissen der Kinder entsprechend abweichend zu regeln (Urk. 2 Disp. Ziff. 2).

2.2. Fehlerhafte Sachdarstellung

2.2.1. Soweit die Gesuchstellerin in ihrer Rechtsmittelschrift diverse Sachverhaltsdarstellungen im KOFA-Intensivabklärungsbericht sowie im Schlussbericht des Sozialzentrums ... als falsch oder unwahr rügt und im Rechtsmittelverfahren diesen Darstellungen die ihrer Ansicht nach korrekten Sachverhaltsdarstellungen entgegenstellt (Urk. 1 Rz. 23 ff.), ist Folgendes festzuhalten: Bereits mit Verfügung vom 16. Februar 2017 wurden der Gesuchstellerin die Berichte zugestellt (Urk. 7/30). Mit Verfügung vom 6. April 2017 wurde sie aufgefordert, zur Errichtung der vom Sozialzentrum ... beantragten Beistandschaft Stellung zu nehmen (Urk. 7/34 Disp. Ziff. 1). Sie begnügte sich indes einzig mit dem Hinweis, dass der KOFA-Intensivabklärungsbericht sowie der Schlussbericht des Sozialzentrums ... ein unwahres Bild der Gesuchstellerin wiedergeben würden. Die durchgehend einseitig und pauschale Schuldzuweisung an die Gesuchstellerin würde an der Neutralität der Sozialen Dienste Zweifel aufkommen lassen (Urk. 7/37 S. 1). Im Rechtsmittelverfahren gibt die Gesuchstellerin (grösstenteils) erstmals den ihrer Ansicht nach korrekten Sachverhalt wider. Sie legt indes nicht dar, warum es ihr

nicht möglich gewesen war, die entsprechenden Tatsachenbehauptungen bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorzubringen. Entsprechend handelt es sich dabei um unzulässige und damit im vorliegenden Verfahren nicht beachtliche Noven. Auf die Tatsachenbehauptungen der Gesuchstellerin in ihrer Rechtsmittelschrift ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als es sich nicht um unzulässige Noven handelt und sie für den Entscheid relevant sind.

2.2.2. Die Gesuchstellerin rügt sodann die Verletzung des rechtlichen Gehörs, da der Abklärende es unterlassen habe, weitergehende, von der Gesuchstellerin verlangte Abklärungen vorzunehmen (Urk. Rz. 39 S. 18 sowie Urk. 1 Rz. 44 und 47). Diese Rüge geht ins Leere. Das rechtliche Gehör wird grundsätzlich vom Gericht gewährt. Dies hat die Vorinstanz mit Bezug auf die beiden Berichte getan (Urk. 7/30 und 7/34). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz wird denn auch zu Recht nicht behauptet.

2.3. Unangemeldete Hausbesuche bei der Gesuchstellerin

2.3.1. Diesbezüglich erwog die Vorinstanz, dass die Erwägungen des Sozialzentrums ... ausführlich begründet seien sowie schlüssig und nachvollziehbar erscheinen. Von einer einseitigen Darstellung oder einer pauschalen Schuldzuweisung könne entgegen der Gesuchstellerin nicht ausgegangen werden. Der Bericht stütze sich nicht nur auf die Angaben des Gesuchstellers, sondern auf die Darstellung diverser anderer Personen. Zudem würden auch die Erkenntnisse aus dem Abschlussbericht der KOFA-Intensivabklärung mitberücksichtigt. Es seien keine Gründe ersichtlich, weshalb den Anträgen des Sozialzentrums nicht gefolgt werden könnte bzw. sollte. Daran ändere auch die freiwillige Inanspruchnahme externer Hilfe und Beratungen durch die Gesuchstellerin nichts. Die Modalitäten und der Aufgabenbereich der sozialpädagogischen Familienbegleitung sei durch die KESB bzw. durch die Beiständin festzulegen. Über einen Einbezug des Schulpsychologen G._____ und der Kinderärztin H._____ – wie die Gesuchstellerin verlangt habe – hätten diese zu entscheiden. Zudem sei es notwendig und angezeigt, dass bei der Gesuchstellerin zu Hause unangemeldete Kontrollbesuche vorgenommen würden. Es sei diesbezüglich auf die ausführlichen Erwägungen

des Sozialzentrums ... zu verweisen. Für Kontrollbesuche beim Gesuchsteller seien vorliegend keine Gründe ersichtlich (Urk. 2 E. 2.3.).

2.3.2. Die Gesuchstellerin moniert im Wesentlichen, die unangemeldeten Kontrollbesuche würden stark in ihre Intimsphäre – und damit in ihre Persönlichkeit – eingreifen. Die Vorinstanz habe die Notwendigkeit dieser unangemeldeten Besuche gestützt auf die tendenziöse und nachweislich falsche (Sachverhalts-)Darstellung des KOFA-Intensivabklärungsberichts sowie auf den Schlussbericht des Sozialzentrums ... vom 26. Januar 2017 bejaht. Die Ungleichbehandlung zwischen den Parteien – beim Beschwerdegegner seien explizit keine unangemeldeten Besuche vorgesehen – würde zu einer weiteren Stigmatisierung der Gesuchstellerin führen (Urk. 1 Rz. 12).

2.3.3. Sinn und Zweck eines solchen Berichts ist die kritische Auseinandersetzung mit dem Verhalten der Parteien und das Aufzeigen allfälliger Defizite bzw. Verbesserungspunkte im Hinblick auf die Wahrung des Kindeswohl. Es liegt daher auf der Hand, dass sich der Bericht insbesondere mit erkannten Defiziten auseinandersetzt. Entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin erweist sich der KOFA-Intensivabklärungsbericht indes nicht als tendenziös, sondern beleuchtet die aktuelle Situation aus mehreren Perspektiven und setzt sich im Weiteren mit den Aussagen sowie Eindrücken von Drittpersonen auseinander. Dabei wurde indes nicht nur das Verhalten der Gesuchstellerin genauer betrachtet, sondern auch dasjenige des Gesuchstellers (vgl. Urk. 7/29/37 S. 15, wonach auch die Provokationen des Gesuchsgegners sowie dessen ungenügendes Kommunikationsverhalten als Risikofaktoren für eine Kindeswohlgefährdung erwähnt werden). Insgesamt erweist sich der KOFA-Intensivabklärungsbericht, wie auch der Schlussbericht des Sozialzentrums ... nicht als tendenziös, sondern vielmehr ausgewogen. Von einer falschen Tatsachendarstellung ist nicht auszugehen. Hinsichtlich der behaupteten falschen Sachdarstellung in den Berichten ist auf das unter Ziff. 2.2. Ausgeführte zu verweisen.

2.3.4. Eine Ungleichbehandlung der Parteien ist ebenfalls zu verneinen. Zum Einen leben die Kinder im Wesentlichen bei der Gesuchstellerin, womit eine andere Ausgangslage besteht. Zum Anderen zeigt sich die Gesuchstellerin (im Gegen-

satz zum Gesuchsgegner) hinsichtlich ihrer Problematiken offensichtlich uneinsichtig (vgl. bspw. Urk. 7/29/38 S. 8). Auch zeigt die Gesuchstellerin in keiner Weise auf, inwiefern unangemeldete Besuche beim Gesuchsteller angezeigt erscheinen.

2.3.5. Der Familienbegleiter empfiehlt im KOFA-Intensivabklärungsbericht die Installierung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung (SPFA) für beide Haushalte, mit dem Ziel Sicherheit, Beständigkeit und Ruhe im Alltag herzustellen. Dabei liege der Fokus der SPFA bei der Gesuchstellerin auf den Morgensituationen und dem Thema der überhöhten Erwartungen an die Kinder. Es seien nebst regelmässigen Besuchen am Morgen auch (als Kontrollfunktion) unangemeldete Einsätze zu jeder Tageszeit zwingend nötig. Es bestehe die Vermutung, dass sie die Kinder oft alleine lasse (Urk. 7/29/37 S. 17). Festgehalten wird auch, dass die Gesuchstellerin Besuche am Morgen seitens des Familienarbeiters während der Abklärung nicht zugelassen habe (Urk. 7/29/37 S. 15). Dem setzt die Gesuchstellerin im Weiteren nichts Substantielles entgegen. Inwiefern die unangemeldeten Kontrollbesuche in die Intimsphäre der Gesuchstellerin eingreifen sollen, ist so dann weder ersichtlich, noch legt dies die Gesuchstellerin näher dar. Es ist davon auszugehen, dass diese am Morgen, im Verlauf des Tages oder Abends durchgeführt werden, mithin dann, wenn auch die Kinder noch wach sind. Mit Blick auf das Kindeswohl ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Empfehlung gefolgt ist und den Beistand mit der Durchführung unangemeldeter Kontrollbesuche beauftragt hat. Die Gesuchstellerin hat sich diese einstweilen gefallen zu lassen.

2.4. Besuchsrechtsregelung bis zu einer 50:50-Lösung

2.4.1. Hinsichtlich der Ausarbeitung einer Besuchsrechtsregelung bis zu einer 50:50-Lösung sowie der Ermächtigung des Beistandes macht die Gesuchstellerin geltend, sie lehne die Ausarbeitung einer 50:50-"Betreuungsregelung" durch die Beiständin ab. Eine solche Regelung würde die finanzielle Sicherheit der Familie gefährden, zumal ein solches Modell nur dann möglich wäre, wenn der Gesuchsteller sein Arbeitspensum – und damit einhergehend das Familieneinkommen – reduzieren würde. Da der vorinstanzliche (End-)Entscheid in ferner Zukunft liege,

könne der Gesuchstellerin nicht zugemutet werden, die Anordnung eines "50:50-Betreuungsmodells" gegen ihren Willen akzeptieren zu müssen und dadurch unter Umständen während Monaten Einbussen bei den Alimenten zu erleiden. Vor der Trennung sei das sogenannte "klassische Modell" gelebt worden: Der Gesuchsteller habe in einem 100 %-Pensum gearbeitet, die Gesuchstellerin den Haushalt geführt und die Kinder betreut und lediglich im Rahmen von Teilzeitarbeit einen Zuverdienst zum Haushaltseinkommen beigetragen. Eine Realisierung eines "50:50-Betreuungsmodells" würde aufgrund der Verhältnisse mit einer Teilzeitbeschäftigung des Gesuchstellers ohnehin nicht möglich sein. Der monatliche Bedarf der Parteien könne bereits heute nicht gedeckt werden. Die Realisation eines "50:50-Betreuungsmodells" sei zwar in den Berichten empfohlen worden, deren Finanzierbarkeit sei indes nicht annähernd geprüft worden. Entsprechend hätte die Vorinstanz diesen Punkt nicht in den Auftrag an den künftigen Beistand aufnehmen dürfen. Damit werde der Beistand ermächtigt, die Betreuungszeiten bereits sofort selbstständig – d.h. ohne nochmalige Verhandlung – festzulegen. Damit werde das rechtliche Gehör der Gesuchstellerin verletzt. Mit der Problematik im Zusammenhang mit einer Erhöhung der Betreuungszeiten des Gesuchstellers und einer dazu notwendigen Reduktion seines Arbeitspensums habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt, obwohl die Gesuchstellerin in ihrer Eingabe vom 12. April 2016 genau darauf hingewiesen habe (Urk. 1 Rz. 13 und 59 ff.).

2.4.2. Der Gesuchstellerin ist insofern zuzustimmen, als dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid keine Stellung zur Einwendung der fehlenden Finanzierbarkeit eines "50:50-Betreuungsmodells" genommen hat (vgl. Urk. 37 S. 2 und Urk. 2). Indes kann dieser Mangel im Berufungsverfahren geheilt werden.

2.4.3. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Beiständin lediglich die Aufgabe übertragen wird, *mit den Eltern* schrittweise die Besuchsrechtsregelung bis zu einer 50:50-Lösung *auszuarbeiten*. Mithin kann keine Rede davon sein, dass es der Beiständin dadurch ermöglicht wird, die Betreuungszeiten des Gesuchstellers *selbstständig* per sofort abzuändern (zur Ermächtigung gemäss Disp. Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids siehe nachfolgend Ziff. III./2.4.4.). Ein ausgewogener

Kontakt zur Mutter und zum Vater liegt denn auch grundsätzlich im Kindeswohl. Im Bericht wird sowohl die Beziehung der Kinder zur Gesuchstellerin als auch zum Gesuchsteller als "innig und tragfähig" beschrieben (Urk. 7/29/37 S. 7). Zudem wünschen sich die Kinder grundsätzlich, mehr Zeit mit dem Gesuchsteller verbringen zu können (siehe Urk. 7/29/37 S. 5, wonach sämtliche Kinder mehr Zeit mit dem Vater verbringen möchten). Dass mit der Realisation eines "50:50-Betreuungsmodells" eine finanzielle Einbusse einhergehen könnte, ist zwar nicht von der Hand zu weisen. Es wäre zu prüfen, wie sich eine solche konkret auswirken würde. Vorliegend müssen die Töchter angesichts ihrer Schulpflicht nicht den ganzen Tag betreut werden. Eine Erhöhung der Betreuungszeit des Gesuchstellers würde es ausserdem der Gesuchstellerin ermöglichen, zeitlich und umfangmässig flexibler hinsichtlich einer allfälligen Arbeitsstelle zu sein. Zudem wurde vorliegend der Beiständin im angefochtenen Entscheid auch die Aufgabe übertragen, die Finanzierung des Lebensunterhaltes aller drei Kinder sicherzustellen (Urk. 2 Disp. Ziff. 1 Spiegelstrich 8), womit sie diese beiden übertragenen Aufgaben ohnehin im Sinne des Kindeswohls zu koordinieren hat. Das Argument der fehlenden Finanzierbarkeit geht damit ins Leere. Dass der Wunsch des Gesuchstellers nach einem "50:50-Betreuungsmodell" sodann nur vorgeschoben sei, damit er sein Arbeitspensum reduzieren könne (Urk. 1 Rz. 25), stellt lediglich eine Vermutung der Gesuchstellerin dar und wird durch nichts belegt. Damit erweist sich die Berufung in diesem Punkt als unbegründet und ist abzuweisen.

2.4.4. Hinsichtlich der Ermächtigung der Beiständin gemäss Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ist sodann Folgendes festzuhalten:

Die Regelung des persönlichen Verkehrs fällt in die Zuständigkeit des Massnahmengerichts (Art. 275 Abs. 2 ZGB). Dieses muss das Besuchsrecht möglichst präzise regeln. Mindestens die Art und Häufigkeit sowie der Umfang der Besuche sind in jedem Fall vom Richter festzulegen (vgl. Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A., Zürich 1995, S. 451 f.; BK ZGB-Hegnauer, Art. 273 N 106 ff.; vgl. Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft, Diss. Freiburg 1996, S. 316 f.). Ordnet der Richter eine Beistandschaft an, so hat er die Aufgaben des Beistandes genau zu umschreiben. Er kann die Regelung der Häufigkeit sowie

der Dauer der Besuche nicht dem Beistand überlassen und ihm auch nicht die Aufgabe überbinden, die Besuchsordnung zu ändern. Die Beistandschaft darf nicht zur Delegation der behördlichen Verantwortung für den Entscheid über die Besuchsrechtsregelung auf die mit der Durchführung der Massnahme betrauten Stelle führen (BGE 100 II 4 E. 1; BGE 118 II 241 E. 2.d; Urteil des Bundesgerichts vom 26. Mai 2004, 5C.68/2004 E. 2.4; BSK ZGB I-Breitschmid, 4. A., Basel 2010, Art. 308 N 17).

Vorliegend ist der Gesuchstellerin beizupflichten, dass die Vorinstanz die Entscheidungsbefugnis mit ihrer Ermächtigung gemäss Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheids in unzulässiger Weise an die Beiständin delegiert hat. Eine Änderung der Besuchsrechtsordnung, wie sie ursprünglich im Eheschutzverfahren vereinbart und mit Eheschutzentscheid vom 23. Februar 2015 genehmigt worden war, darf nicht in die Verantwortung der Beiständin gelegt werden. Der Beiständin steht vielmehr (lediglich) das Recht und die Pflicht zu, im Rahmen der gerichtlich festgelegten Besuchsrechtsordnung tätig zu werden. Entsprechend ist die vorinstanzliche Ermächtigung der Beiständin, die Betreuungszeiten den Bedürfnissen der Kinder entsprechend abweichend zu regeln, ersatzlos aufzuheben.

Damit wäre grundsätzlich auch Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung insofern abzuändern, als dass der darin enthaltene Hinweis auf Dispositivziffer 2 aufgehoben würde. Da der Verweis indes nach der Aufhebung von Dispositivziffer 2 ohnehin ins Leere geht, kann von einer Neufassung von Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung abgesehen werden.

3. Fazit

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung ersatzlos aufzuheben ist. Im Übrigen erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen.

IV.

1. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1. Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung keinen Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen gefällt. Diesbezüglich gilt es keine Anordnungen zu treffen.

1.2. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Entschädigungsgebühr von Fr. 3'000.–. Die Gesuchstellerin dringt vorliegend mit ihrem Antrag auf Aufhebung von Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung durch, unterliegt indes in Bezug auf die zwei strittigen an den Beistand übertragenen Aufgaben. Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtskosten zu 2/3 der Gesuchstellerin und zu 1/3 dem Gesuchsteller aufzuerlegen.

1.3. Entsprechend der Kostenverteilung ist die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine auf 1/3 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 und § 11 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 auf Fr. 2'160.– (Fr. 2'000.– zuzüglich 8 % MwSt.) zu bemessen.

2. Unentgeltliche Rechtspflege

2.1. Im Berufungsverfahren liessen beide Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersuchen (Urk. 1 S. 2; Urk. 10 S. 1).

2.2. Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt unter anderem voraus, dass die gesuchstellende Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren (Art. 117 lit. a ZPO). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation, bei Verheirateten auch diejenige ihres Ehepartners berücksichtigt werden. Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und

soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreters anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten können (vgl. BGer 4D_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 m.w.H.; BGer 5A_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3).

2.3. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist ausgewiesen (vgl. Urk. 4/3-13). Sodann kann nicht gesagt werden, dass ihr Standpunkt im Berufungsverfahren aussichtslos und sie nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen gewesen wäre. Entsprechend ist der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und es ist ihr Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

2.4. Der Gesuchsteller verweist in seiner Begründung zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hinsichtlich seiner Mittellosigkeit "aus prozessökonomischen" Gründen auf die vorinstanzlichen Akten, insbesondere auf die Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 27. Oktober 2016 (Urk. 4/5). An seiner finanziellen Situation habe sich nichts (zu seinen Gunsten geändert). Er offeriere jedoch – falls dies erforderlich sei – die Nachreichung aktueller Belege (Urk. 10 S. 5).

Der Gesuchsteller ist darauf hinzuweisen, dass im Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen ist (Art. 119 Abs. 5 ZPO), das heisst, es ist ein neues Gesuch nötig. Für dieses gelten grundsätzlich dieselben formellen Anforderungen wie für das Gesuch vor der ersten Instanz, also insbesondere auch mit Blick auf die Mitwirkungspflicht bezüglich der Einkommens- und Vermögensverhältnisse gemäss Art. 119 Abs. 2 Satz 1 ZPO (BGer 5A_267/2013 vom 10. Juni 2013, E. 4.3 und 4.4). Der Gesuchsteller äussert sich in seinem Gesuch indes nicht konkret zu seinen aktuellen finanziellen Verhältnissen und belegt diese auch nicht. Er beschränkt sich darauf, pauschal auf die vorinstanzlichen Akten

sowie die von der Gesuchstellerin eingereichte Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 27. Oktober 2016 (Urk. 4/5) zu verweisen. Dies genügt nach dem soeben Ausgeführten nicht (vgl. auch BGer 5D_112/2013 vom 15. August 2013, E. 4.2). Mangels Nachweises der Bedürftigkeit ist daher das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege des Gesuchstellers abzuweisen.

2.5. Mit Bezug auf die Gesuchstellerin sind die Gerichtskosten damit – vorbehältlich des Nachforderungsrechts des Staates (Art. 123 ZPO) – einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Gegenüber dem Gesuchsteller bleibt die Gesuchstellerin indes entschädigungspflichtig.

Es wird beschlossen:

1. Es wird Vormerk davon genommen, dass die Dispositivziffern 3-6 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 19. April 2017 (FE160663-L) in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Der Gesuchstellerin wird im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 19. April 2017 wird ersatzlos aufgehoben.

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Stadt Zürich wird ersucht, den Auftrag der ernannten Beiständin entsprechend anzupassen.

2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 19. April 2017 wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 2/3 der Gesuchstellerin und zu 1/3 dem Gesuchsteller auferlegt. Der Anteil der Gesuchstellerin wird infolge der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt das Nachforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 720.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz und im Dispositivauszug Ziffer 1 und 2 des Erkenntnisses an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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

7. 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 Zwischenentscheid (betreffend Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege) im Sinne von Art. 93 BGG sowie ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG 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, 25. September 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
bz