

ZH_OBERGERICHT LE130074 vom 26. März 2014

ZH Obergericht, 2014-03-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE130074

FR: ZH_OBERGERICHT LE130074 du 26 mars 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LE130074 del 26 marzo 2014

Erwägungen

E. 1

Die Parteien stehen seit dem 25. April 2013 im Eheschutzverfahren, welches der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) angestrengt hat, nachdem die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) am 8. April 2013 verhaftet worden war (Urk. 1 S. 2). Die Beklagte befindet sich seither in Untersu-

- 7 - chungshaft, weil gegen sie eine Strafuntersuchung wegen versuchter Tötung des Klägers eröffnet wurde (Urk. 1 S. 2). Auslöser der Strafuntersuchung war ein von zwei Männern verübter tätlicher Angriff auf den Kläger am 15. Januar 2013, wobei Letzterer lebensbedrohliche Verletzungen erlitt. Die Beklagte soll involviert gewesen sein bzw. die Täter angestiftet haben, wobei einer der beiden Täter auch den Kindern bekannt gewesen sein soll (Urk. 15 S. 2, Urk. 46 S. 3 und S. 5, Urk. 64 S. 6, Urk. 68 S. 4).

E. 2

Nach der Durchführung des erstinstanzlichen Verfahrens erliess der Vorderrichter das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 59). Gegen diesen Entscheid erhob die Beklagte mit Eingabe vom 9. Dezember 2013 innert Frist Berufung mit den ebenfalls eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 58 S. 2f.).

E. 3

Kinderanhörung und kinderpsychiatrisches Gutachten

E. 3.1

Die Beklagte rügt mit ihrer Berufung, die Vorinstanz habe sich in der Begründung zum Besuchsrecht lediglich auf den von der KESB in Auftrag gegebenen Abklärungsbericht abgestützt und ihren Antrag auf Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens abgewiesen. Der Abklärungsbericht wiederum stütze sich auf die Aussagen der Psychologin der Kinder, welche einerseits auch die Therapeutin des Klägers sei, weshalb es sich bei ihren Aussagen um Parteihauptungen handle (Urk. 58 S. 5). Andererseits sei nicht klar, ob sie überhaupt Erfahrungen in Kinderpsychologie habe, was indes aufgrund der Empfehlungen der KESB nicht anzunehmen sei (Urk. 58 S. 6). Die Vorinstanz hätte - so die Beklagte weiter - ihr das Besuchsrecht nicht aufgrund von von Dritten behaupteten Angaben der Kinder verweigern dürfen, sondern hätte entweder eine Kinderanhörung durchführen oder eben doch ein kinderpsychiatrisches Gutachten einholen müssen. Ein solches sei unabdingbar, wenn ihr nicht ohnehin ein Besuchsrecht eingeräumt werde (Urk. 58 S. 6f., Urk. 68 S. 2).

E. 3.2

Im Eheschutzverfahren geht es in erster Linie darum, möglichst rasch eine optimale Situation für die Kinder zu schaffen. Langwierige Abklärungen, etwa durch

kinderpsychologische oder kinderpsychiatrische Gutachten, sollten dabei auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen, aufgrund welcher das Gericht an die Grenze seiner Beurteilungsfähigkeit stösst (so etwa wenn einem Elternteil sexueller Missbrauch der Kinder zum Vorwurf gemacht wird), wobei dem Gericht diesbezüglich ein gewisses Ermessen zukommt (vgl. Hinderling/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. A. Zürich 1995, S. 486 f.; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 68 f. zu Art. 156 aZGB, und Ergänzungsband, N 69 zu Art. 156 aZGB; Breitschmid in: BSK ZGB I, 4. Auflage, Basel 2010, N 4 zu Art. 145 ZGB; ZR 90/1991 Nr. 82;

- 9 - BGE 5P.157/2003, E. 4.4 mit Hinweisen; Kass-Nr. AA070139, Beschluss des Kassationsgerichts vom 2. Juli 2008, E. II./2.3/g.).

E. 3.3

Vorliegend hat die Vorinstanz in ihrem Entscheid auf den Abklärungsbericht des kjz (Kinder- und Jugendhilfezentrum) Effretikon, welchen dieses im Auftrag der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend: KESB) Pfäffikon am 9. Juli 2013 (Urk. 46) erstattet hat, abgestellt. Sie wollte ursprünglich nach dem ersten Teil der Verhandlung eine Kinderanhörung durchführen (Prot. I S. 6), sah dann aber gestützt auf eine unaufgeforderte Intervention der Kinderärztin von C._____ und D._____ vom 18. Juni 2013 (Urk. 23) sowie eine entsprechende Nachfrage bei der behandelnden Psychotherapeutin der Kinder (Urk. 24), welche beide dringend von einer entsprechenden Befragung abrieten, davon ab (Urk. 25). Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Vor dem Hintergrund, dass bereits eine Beurteilung durch Fachpersonen im Rahmen des Abklärungsberichts vom 9. Juli 2013 stattfand, war eine Befragung von C._____ und D._____ durch das Gericht angesichts der massiven psychischen Belastung der Kinder nicht mehr angezeigt. Die Beklagte verlangte daraufhin mit Eingabe vom 22. Juli 2013 die umgehende Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens (Urk. 38), welcher Antrag von der Vorinstanz mit Verfügung vom 21. August 2013 abgewiesen wurde (Urk. 44). Eben gerade weil bereits ein Abklärungsbericht vorlag, war es für die Beurteilung der Frage des persönlichen Verkehrs auch nicht notwendig, im Rahmen des Eheschutzverfahrens ein kinderpsychiatrisches Gutachten einzuholen. Der abweisende prozessleitende Entscheid der Vorinstanz vom 21. August 2013 ist daher nicht zu beanstanden (Urk. 44).

E. 3.4

Auch im Rahmen des Berufungsverfahrens ist die Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens nicht nötig: Die Kinder befinden sich nach wie vor in psychotherapeutischer Behandlung, und im Rahmen des Berufungsverfahrens erstatteten die Kinderärztin (Frau Dr. med. E._____) sowie die Psychotherapeutin der Kinder (Frau F._____) unter dem Datum vom 17. Januar 2014 einen erneuten Bericht (Urk. 65/1). Diesem Bericht ist zu entnehmen, dass Dr. E._____ C._____ bereits seit 2003 und D._____ seit seiner Geburt 2004 kennt und die Kinder seither regelmässig gesehen hat. F._____ ist Psychotherapeutin und in der Praxis

- 10 - von Dr. E._____ angestellt (Urk. 65/ 1 S. 1). Die Befürchtung der Beklagten, dass F._____ keine Erfahrung in Kinderpsychologie haben könnte (Urk. 58 S. 6), erscheint damit unbegründet, ist sie doch in einer Kinderarztpraxis angestellt und führt - wie dem Briefkopf zu entnehmen ist - Psychotherapien in Delegation durch. Entgegen den Behauptungen der Beklagten (Urk. 58 S. 7) erweist sich eine weitgehende Abklärung

durch ein kinderpsychiatrisches Gutachten als nicht notwendig, um der Untersuchungsmaxime zu genügen. Vielmehr reicht - insbesondere im Rahmen dieses summarischen Verfahrens - der aktuelle Bericht von Dr. E._____ und F._____ aus.

E. 3.5

Hinzu kommt vorliegend, dass sich angesichts der nach wie vor laufenden Strafuntersuchung gegen die Beklagte mit ungewissem Ausgang auch die familiäre Situation in den nächsten Monaten allenfalls sogar mehrfach ändern kann: So ist es möglich, dass die Beklagte noch vor der Anklageerhebung aus der Untersuchungshaft entlassen wird, es kann zu einem Frei- oder zu einem Schuldspruch der Beklagten mit anschliessender kürzerer oder längerer unbedingter Freiheitsstrafe kommen. Sämtliche denkbaren Szenarien haben aber sowohl auf das psychische Befinden der Kinder als auch auf die Möglichkeiten für persönliche Kontakte zur Beklagten und deren Ausgestaltung und damit auf das Kindeswohl einen grossen und unmittelbaren Einfluss. Die Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens braucht aber erfahrungsgemäss einige Zeit, und es macht wenig Sinn, dafür auf die aktuelle Situation abzustellen, welche sich ohnehin in den nächsten Monaten wieder ändern wird. Auch aus diesem Grund ist im Rahmen des Eheschutzverfahrens auf die Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens zu verzichten.

E. 3.6

Im Hinblick auf eine allfällige gerichtliche Anhörung von C._____ und D._____ im Berufungsverfahren ist Folgendes zu bedenken: Auch im aktuellen Bericht vom 17. Januar 2014 und somit immerhin mehr als ein halbes Jahr nach der ersten Intervention der Kinderärztin weisen F._____ und Dr. E._____ darauf hin, dass C._____ und D._____ nicht mit zusätzlichen Befragungen zu belasten seien (Urk. 65/1 S. 2). Zur Einschätzung, wonach eine richterliche Befragung immer noch eine massive zusätzliche Belastung der Kinder bedeuten würde, gelan-

- 11 - gen die beiden Fachkräfte aufgrund von wöchentlichen Einzelsitzungen und zwi- schendurch gemeinsamen Sitzungen mit den Kindern C._____ und D._____, wel- che seit April 2013 regelmässig bei F._____ stattfinden (Urk. 65/1 S. 1). F._____ steht zwar auch mit dem Kläger in Kontakt und berät ihn, wie er die Kinder im Alltag unterstützen kann und worauf er achten soll (Urk. 65/1). Allein daraus kann aber entgegen der Beklagten keine Parteilichkeit abgeleitet werden (Urk. 58 S. 5, Urk. 68 S. 2), vielmehr sind diese Gespräche mit dem Kläger als Therapiemassnahme für die Kinder zu sehen. Aus dem Bericht von Dr. G._____ vom 11. Januar 2014 (Urk. 65/4) ergibt sich sodann, dass der Beklagte dem Rat der KESB Pfäffikon in ihrem Bericht vom 9. Juli 2013 Folge geleistet und seit Ok- tober 2013 den Therapeuten gewechselt hat (Urk. 65/4 S. 1). Inwiefern Dr. E._____ und F._____ sonst den Standpunkt des Klägers und nicht die Befind- lichkeiten der Kinder wiedergeben sollen, ergibt sich weder aus den Behauptun- gen der Beklagten selbst noch aus dem kritisierten Bericht oder den Telefonnoti- zen in den Akten (Urk. 23 und 24). Die Beklagte führt zudem selber aus, die Vorinstanz habe im Einklang mit ihr auf eine gerichtliche Kinderanhörung verzichtet, macht aber geltend, dies dürfe nicht dazu führen, dass gestützt auf einen Abklärungsbericht, der sich nur margi- nal (mit Bezug auf C._____ und D._____) oder gar nicht (mit Bezug auf die Be- klagte) auf die Standpunkte der Direktbetroffenen abstütze, das Besuchsrecht verweigert werde (Urk. 58 S. 6). Hierzu bleibt anzumerken, dass es zwar unschön ist, wenn das KJZ Effretikon vor der Erstattung des Berichts nicht auch

noch Kontakt zur Beklagten aufgenommen hat. Oberstes Gebot für die Anordnung eines Besuchsrechts ist jedoch die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl. Kann bereits aus anderen Informationsquellen darauf geschlossen werden, dass diese Vereinbarkeit zur Zeit nicht gegeben ist, erübrigen sich Weiterungen. Vorliegend musste insbesondere auch der besonderen Belastungssituation der Kinder Rechnung getragen werden, so dass das Vorgehen des KJZ Effretikon bei der Erstellung des Berichts - und in der Folge das Abstellen des Vorderrichters auf diesen Bericht - nicht zu beanstanden ist.

- 12 -

E. 3.7

Zusammenfassend rechtfertigt es sich aufgrund der derzeit massiven psychischen Belastung von C._____ und D._____, auch im Berufungsverfahren auf eine Anhörung der Kinder zu verzichten und auf den bei den Akten liegenden Bericht der Kinderärztin und der Kinderpsychologin abzustellen. Auf dessen Inhalt wird nachfolgend im Rahmen der Beurteilung des Besuchsrechts näher einzugehen sein. Nicht abzustellen ist dagegen auf den Bericht von Dr. G._____ (Urk. 65/4). Er ist seit Oktober 2013 der behandelnde Psychologe des Klägers, und es ist unklar, wie er zu seinen Erkenntnissen mit Bezug auf die Kinder kommt, insbesondere, ob er zu den Kindern je persönlich Kontakt hatte oder ob er sich bei seinen Einschätzungen lediglich auf die Schilderungen des Klägers abstützt (Urk. 65/4 S. 3).

E. 4

Besuchsrecht

E. 4.1

Die Vorinstanz erwog mit Bezug auf das Besuchsrecht, dass C._____ und D._____ gemäss den Aussagen der Kinderpsychiaterin (recte: Kinderpsychologin) mit der Situation überfordert und insgesamt verunsichert und desorientiert seien. Die Überforderung und die enorme Belastung zeige sich bei D._____ in Verhaltensauffälligkeiten. Er schlage gemäss den Ausführungen seiner Lehrerin andere Kinder und werfe Steine. C._____ leide dagegen an Albträumen. Auch in der Reaktion auf die Nachricht, weshalb die Beklagte in Untersuchungshaft sei, zeige sich die Überforderung der Kinder. Aus dem Bericht der Jugend- und Familienberatung ergebe sich weiter, dass D._____ die Mutter zwar vermisse, gleichzeitig aber auch enttäuscht und C._____ wütend sei. Beide seien froh, dass die Beklagte nicht mehr hier sei. Gestützt auf diese Ausführungen schloss die Vorinstanz, dass der Umstand, dass die Kinder nicht wüssten, ob die Beklagte schuldig sei oder nicht, zu einem grossen Loyalitätskonflikt führe, zumal es um ein (versuchtes) Tötungsdelikt gegen den Kläger und somit gegen die Familie gehe. Die Kinder litten zum einen unter dem Trennungsschmerz und dem Auseinanderbrechen der Familie und zum anderen könne es sein, dass ihre Mutter in eine versuchte Tötung gegen ihren Vater involviert sei. Hinzu komme, dass die Kinder auch von ihrem Umfeld auf das Vorgefallene angesprochen worden seien, was bei Kindern oftmals Schamgefühle auslöse (Urk. 59 S. 17).

- 13 - Zusammenfassend kam der Vorderrichter zum Schluss, dass die derzeitige Situation für die Kinder bereits enorm belastend und deren psychische Verfassung alles andere als stabil sei. Besuche der Beklagten in Untersuchungshaft würden für C._____ und D._____ eine zusätzliche Belastung darstellen, mit der sie überfordert wären. Es sei insbesondere zu

berücksichtigen, dass die Ausgestaltung der Räumlichkeiten in der Untersuchungshaft, in welchen die Besuche stattfänden, sich gegenüber denjenigen im Strafvollzug unterschieden. Die Begegnung bei grundsätzlich vorhandener Trennscheibe sowie die Überwachung der Besuche führe zu einer un schönen Begegnung zwischen Mutter und Kind und könne für ein Kind zu einem traumatischen Erlebnis werden. Aufgrund der derzeitigen psychischen Verfassung der Kinder sowie dem grossen Loyalitätskonflikt seien Besuche der Kinder in der Untersuchungshaft mit dem Kindeswohl nicht vereinbar. Gerade auch im Hinblick auf eine allfällige Unschuld der Beklagten sollte - so der Vorderrichter weiter - den Kindern der Anblick ihrer Mutter in Untersuchungshaft erspart bleiben. Besuche der Kinder in der Untersuchungshaft erschienen daher zur Zeit nicht zumutbar, weshalb der Beklagten das Recht auf persönlichen Verkehr zu verweigern sei (Urk. 59 S. 17f.).

E. 4.2

Im Hinblick auf die rechtlichen Grundlagen des Besuchsrechts sowie die Voraussetzungen für dessen Einschränkung oder Verweigerung kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 59 S.14f.). Es ist aber noch einmal ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass das oberste Gebot bei der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs das Kindeswohl ist. Entgegen der Auffassung des beklaglichen Rechtsvertreters ist das Besuchsrecht jedoch nicht in jedem Fall mit dem Kindeswohl vereinbar oder sogar dessen Voraussetzung (Urk. 58 S. 7). Zwar sind unbestrittenermassen in der Entwicklung des Kindes die Beziehungen zu beiden Elternteilen wichtig, weil sie bei seiner Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen können. Jedoch kann das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr auch gefährdet sein, insbesondere wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist (vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 5C.133/2003 mit weiteren Hinweisen).

- 14 - Dass ein Elternteil im Gefängnis ist, sei es in Untersuchungshaft oder im Strafvollzug, ist für sich allein genommen kein Grund, das Besuchsrecht im Sinne von Art. 274 Abs. 2 ZGB zu verweigern. Vielmehr muss in jedem Einzelfall geklärt werden, ob die Ausübung des Besuchsrechts das Kindeswohl gefährdet. Dafür sind triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe nötig. Vorliegend ist insbesondere beachtlich, dass sich die Straftat, an welcher die Beklagte beteiligt gewesen sein soll, gegen den Kläger gerichtet hat und es sich um ein Tötungsdelikt handelt. Zwar blieb es lediglich beim Tötungsversuch und war die Beklagte an der eigentlichen Tat nicht beteiligt, sondern soll sich in der Rolle der Anstifterin befunden haben, und gibt es auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte direkt den Kindern gegenüber einmal gewalttätig geworden wäre. Dennoch ist auch in solchen Fällen das Besuchsrecht oft auszuschliessen (BGE 119 II 9; Schwenzer, a.a.O., N 10 zur Art. 274 ZGB).

E. 4.3

Die Beklagte räumt selber ein, dass die Kinder beeinträchtigt und belastet seien, dass sie unter der Situation litten und verhaltensauffällig seien, erklärt allerdings, dass sie bereits seit Längerem in schulpsychologischer Behandlung stünden und dass die Versetzung von C._____ in eine spezialisierte Einrichtung bereits von ihr an die Hand genommen worden sei (Urk. 58 S. 7). Sie macht geltend, die von der Vorinstanz angeführte Kindeswohlgefährdung bzw. Beeinträchtigung der Entwicklung sei - da beide Kinder an ADHS litten - vorbestehend und nicht das Resultat ihrer Inhaftierung (Urk. 58 S. 8). Diese

Argumentation der Beklagten greift zu kurz und blendet die jüngste Entwicklung, in die C._____ und D._____ hinein gerissen wurden, einfach aus: Es liegt geradezu auf der Hand, dass die Kinder aufgrund des brutalen Angriffs auf den Kläger und der Untersuchungshaft der Beklagten traumatisiert sind. Sie müssen sich nicht nur mit der Situation auseinandersetzen, dass ihr Vater Opfer eines Gewaltverbrechens geworden ist, sondern auch damit, dass ihre Mutter in entscheidendem Ausmass an diesem Verbrechen beteiligt gewesen sein könnte. Vor diesem Hintergrund den Loyalitätskonflikt der Kinder lediglich auf die Trennung zurückzuführen, wie dies die Beklagte versucht (Urk. 58 S. 8), erscheint verfehlt. Der Umstand, dass die Kinder bereits vor diesen tragischen Ereignissen in Abklärung durch den schul-

- 15 - psychologischen Dienst waren und bei beiden bereits vorher ein ADHS diagnostiziert worden ist, welches eine Behandlung erforderte, macht die Kinder vielmehr - wie dies die Vorinstanz völlig zu Recht erkannt hat - umso sensibler, und sie sind noch leichter aus der Bahn zu werfen als gleichaltrige Kinder, welche vor solchen Ereignissen stabil im Leben gestanden sind. Angesichts des Alters der Kinder - C._____ ist 13 und D._____ 9 1/2 Jahre alt - ist überdies davon auszugehen, dass sie die Tragweite der familiären Ereignisse vom Januar bis April letzten Jahres sowie die seither ununterbrochen andauernde Untersuchungshaft der Beklagten auch erfassen können. Hinzu kommt, dass die mediale Berichterstattung dazu führte, dass die ganze Gemeinde über die Ereignisse informiert war und zumindest D._____ in der Schule auch auf die Geschehnisse angesprochen wurde (Urk. 46 S. 4).

E. 4.4

Der Bericht von Dr. E._____ und F._____ vom 17. Januar 2014 hält ausdrücklich fest, dass C._____ und D._____ zur Zeit einen Kontakt mit oder Besuche bei der Beklagten klar ablehnten. Sie seien tief verunsichert; C._____ äussere immer wieder Wut und Hass gegenüber ihrer Mutter und habe Angst vor dem Gefängnis. Beide Kinder seien durch die Sachlage ihrer Eltern mehrfach traumatisiert und zeigten verschiedene Symptome wie Schlafstörung, Ängste, Appetitverlust, Misstrauen, verbale Aggression und Stimmungsschwankungen. Beide Kinder brauchten gemäss Bericht langjährige Therapien und Unterstützung für ihre Entwicklung. Aus kinderärztlicher und psychotherapeutischer Sicht dürfe unter keinen Umständen ein Besuchszwang angegangen werden. Ein Kontakt mit der Mutter würde die fragile Belastungssituation der Kinder erheblich gefährden und könnte - so der Bericht weiter - zu Dekompensation und Retraumatisierung führen (Urk. 65/1). Wenn die Beklagte daher geltend macht, es könne für die Beurteilung, ob ein Besuchsrecht das Kindeswohl gefährde, nicht unbesehen auf die Tatvorwürfe abgestellt werden, sondern es seien die Tatvorgänge zu beleuchten, so dass mit anderen Worten Gewaltanmassungen in Gegenwart der Kinder anders zu werten seien als wie vorliegend Verdächtigungen, die in keinem Zusammenhang mit dem Erlebten der Kinder stünden (Urk. 58 S. 8), so ist ihr darin zwar grundsätzlich zuzustimmen. Allerdings ist dieser Aspekt nur einer unter verschie-

- 16 - den weiteren. Letztlich ist entscheidend, ob das Kindeswohl gefährdet ist oder nicht. Im vorliegenden Fall ist gestützt auf den oben erwähnten Bericht glaubhaft gemacht, dass das Kindeswohl von C._____ und D._____ - unabhängig von den konkreten Tatvorwürfen und -umständen - zur Zeit gefährdet wäre, wenn ein Besuchsrecht angeordnet würde. Auch dass den Kindern ein Besuch der Beklagten im Gefängnis Angst einflösst (Urk 65/2 S. 1) oder bei ihnen zumindest Beklemmung auslöst, erscheint

entgegen der Behauptung der Beklagten, welche diesbezüglich genauso mit Allgemeinplätzen argumentiert, wie sie dies der Vorinstanz vorwirft (Urk. 58 S. 9), nachvollziehbar. Dennoch ist auch darauf hinzuweisen, dass der Umstand, dass der Vater bei einem Angriff lebensgefährlich verletzt worden ist und die Mutter damit etwas zu tun haben soll und deswegen in Untersuchungshaft genommen wurde, einen Teil der Familiengeschichte von C._____ und D._____ darstellt, mit welchem sie sich - mithilfe der nötigen Therapien - auseinandersetzen werden müssen.

E. 4.5

Insgesamt erscheint es aufgrund des Berichts der behandelnden Psychologin F._____ und der relativ kurzen Zeit seit den traumatischen Erlebnissen zur Zeit noch zu früh, um ein Besuchsrecht gegen den Willen der Kinder anzuordnen. Gegen die autoritative Anordnung eines Besuchsrechts gegen den Willen der Kinder spricht ferner der Umstand, dass der Kontakt der Kinder zur Mutter, welche früher unbestrittenemassen ihre Hauptbezugsperson gewesen war (Urk. 58 S. 9, Urk. 65 S. 6), ohnehin bereits abgebrochen ist und nun - nach einem Jahr - neu aufgebaut werden muss. Aufgrund des Alters der Kinder besteht jedoch kein dringender Handlungsbedarf, da sie durchaus Erinnerungen auch bereits über eine längere Zeit behalten können. Insbesondere bei C._____ könnte ein Besuchsrecht gegen ihren Willen auch nicht durchgesetzt werden, weshalb es auch deshalb wenig Sinn macht, ein solches im Rahmen des Eheschutzverfahrens anzuordnen.

E. 4.6

Zusammengefasst ist davon auszugehen, dass das Wohl von C._____ und D._____ zur Zeit massiv gefährdet würde, wenn ein Besuchsrecht der Be-

- 17 - klagten angeordnet würde. Der Beklagten ist das Besuchsrecht daher zur Zeit zu verweigern. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um die Beurteilung der momentanen Situation unter Berücksichtigung des aktuellen psychischen Befindens der Kinder handelt. Die Bedürfnisse der Kinder bedürfen jedoch einer ständigen Beobachtung, so dass bei Veränderungen, insbesondere nach der Entlassung der Beklagten aus der Untersuchungshaft, einer allfälligen Verurteilung oder bei einem allfälligen Wunsch der Kinder, die Beklagte zu treffen, die Situation neu beurteilt werden kann, sei es gerichtlich oder - allenfalls auch unter Mithilfe der Beiständin - aussergerichtlich.

E. 4.7

Die Vorinstanz unterscheidet in ihren Erwägungen die Begriffe "Besuchsrecht" und "persönlicher Verkehr" nicht, sondern benützt sie gleichbedeutend (vgl. hierzu Urk. 59 Erw. III.3.). In der angefochtenen Dispositiv-Ziffer 3 verweigert der Vorderrichter der Beklagten den persönlichen Verkehr (Urk. 59 S. 24). Diese Formulierung hat bereits dazu geführt, dass die Beiständin der Kinder, H._____, der Beklagten mitgeteilt hat, dass keine Kontakte, weder briefliche noch persönliche, mit den Kindern stattfinden dürften (Urk. 69). Der persönliche Verkehr im Sinne von Art. 273 Abs. 1 ZGB umfasst indes die gesamte verbale und nonverbale Kommunikation. Das Besuchsrecht als tatsächliches Zusammensein von Eltern und Kindern steht dabei zwar im Vordergrund, auch der telefonische oder briefliche Kontakt sowie E-Mail- und SMS-Verkehr gehören jedoch dazu (Schwenzer in: BSK ZGB I, 4. Auflage, Basel 2010, N 2 zu Art. 273 ZGB). Wie bereits ausgeführt, gehört das Gewaltverbrechen am Kläger und die Inhaftierung der Beklagten zur Lebensgeschichte von C._____ und D._____, mit der sie sich auseinandersetzen müssen. Es ist daher - wie die Beklagte zu Recht geltend macht - wünschenswert, wenn die

Beziehung zu ihr als Mutter behutsam und kontinuierlich wieder aufgenommen werden kann (Urk. 58 S. 10). Ein Weg dazu sind briefliche Kontakte mit der Beklagten. Der Beklagten ist daher entgegen der Vorinstanz nicht der gesamte persönliche Verkehr zu C._____ und D._____ zu verweigern, sondern lediglich das Besuchsrecht. Gemäss den Ausführungen

- 18 - des Klägers übergibt er die Briefe der Beklagten den Kindern, diese zeigten dafür aber kein Interesse und wollten die Briefe nicht beantworten. Da die Beklagte oft ihren Alltag im Gefängnis beschreibe, machten die Schilderungen den Kindern Angst und sie lasen die Briefe nur widerwillig (Urk. 65 S. 6). Angesichts der schlechten psychischen Verfassung der Kinder erscheint es notwendig, dass Briefe der Beklagten nicht direkt zu den Kindern gelangen, sondern in einem Rahmen, in welchem sie unterstützt und begleitet werden können. Aus demselben Grund ist der postalische Verkehr auf eine Briefsendung pro Monat und pro Kind zu beschränken. Der Beklagten ist daher gestützt auf Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB die Weisung zu erteilen, allfällige Briefe an die Kinder der Beiständin zukommen zu lassen, welche sie dann über eine Fachperson (behandelnde Psychologin) an C._____ und D._____ weiterleitet. Damit kann auch den Befürchtungen der Beklagten, ihre Briefe würden vom Kläger abgefangen (Urk. 68 S. 2 und S. 5), Rechnung getragen werden. Bezüglich allfälliger telefonischer Kontakte drängt sich zur Zeit keine entsprechende Regelung auf, sind doch im Rahmen der Untersuchungshaft keine Telefongespräche zulässig (§ 134 Abs. 2 JVV).

E. 5

Auftrag des Beistandes

E. 5.1

Die Vorinstanz hat für C._____ und D._____ eine Beistandschaft gestützt auf Art. 308 Abs. 1 ZGB angeordnet und darauf verzichtet, auch eine solche gestützt auf Abs. 2 der genannten Bestimmung anzuordnen, mit der Begründung, dass sich eine Besuchsrechtsbeistandschaft erübrige, wenn gar kein Besuchsrecht angeordnet werde (Urk. 59 S. 18f.).

E. 5.2

Die Beklagte beantragt die Erweiterung der Beistandschaft auf eine solche nach Art. 308 Abs. 2 ZGB, dies jedoch ohne Begründung (Urk. 58); aus dem Antrag lässt sich lediglich schliessen, dass sie dies deshalb beantragt, weil sie die Aufgaben der Beiständin auch auf das Besuchsrecht ausdehnen will (Urk. 58 S. 2f.).

E. 5.3

Die KESB Pfäffikon hat mit ihrem Entscheid vom 17. Dezember 2013 betreffend Ernennung einer Beiständin bereits von sich aus die Beistandschaft gestützt auf Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet bzw. davon Vormerk genom-

- 19 - men, dass die Beistandschaft gestützt auf Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB geführt wird (Urk. 65/2, Dispositiv-Ziffer 2). Dies ist auch korrekt, umfasst doch die Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB - entgegen der Auffassung der Vorinstanz und des Klägers (Urk. 65 S. 6) - nicht nur die Begleitung und Überwachung sowie die Regelung der Modalitäten des Besuchsrechts, sondern können dem Beistand oder der Beiständin gestützt auf diese Bestimmung besondere Befugnisse aller Art erteilt werden und stellen die Anordnungen zum Besuchsrecht nur einen Teilbereich dar (Breitschmid in: BSK ZGB I,

a.a.O., N 6 und 14 zu Art. 308 ZGB). Da der Auftrag vorliegend gestützt auf die Offizialmaxime ohnehin neu zu fassen bzw. zu ergänzen ist, ist auch die Ausdehnung der Beistandschaft auf eine solche nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB noch in das gerichtliche Dispositiv aufzunehmen.

E. 5.4

Da sowohl der Kläger als Opfer als auch die Beklagte als Anstifterin in das am Kläger begangene Gewaltverbrechen involviert sind bzw. sein sollen, ist die familiäre Situation zur Zeit äusserst schwierig. Insbesondere hinsichtlich der Kinderbelange ist auf beiden Seiten zur Zeit von einer gewissen Überforderung auszugehen. Gestützt auf die obigen Erwägungen ist der Auftrag der Beiständin von Amtes wegen insofern anzupassen und zu ergänzen, als ihr zusätzlich der Auftrag zu erteilen ist, darauf hinzuwirken, dass ein persönlicher Kontakt zwischen der Mutter und den Kindern C._____ und D._____ wieder aufgebaut werden kann, sobald es die gesundheitliche Verfassung der Kinder in Absprache mit den behandelnden Therapeuten und Therapeutinnen wieder zulässt. Diese Massnahme soll den Kindern helfen, sich mit ihrer momentanen Lebenssituation auseinanderzusetzen, und ihnen die Aufnahme persönlicher Besuchskontakte erleichtern. Weiter ist die Beiständin zu beauftragen, den Kindern Briefe der Mutter solange nötig über eine Fachperson (behandelnde Psychologin) zukommen zu lassen. Damit soll dem fragilen Zustand von C._____ und D._____ Rechnung getragen werden (Urk. 65/1 S. 2). Sie sollen mit Schreiben der Beklagten nicht alleine gelassen werden, sondern bei der Entgegennahme der Briefe und der Verarbeitung ihres Inhalts durch eine Fachperson geeignet unterstützt werden können. Mit dieser Massnahme können und sollen die Kinder nicht dazu gezwungen werden, Briefe der Beklagten zu lesen oder zu beantworten. Es soll ihnen jedoch die

- 20 - Möglichkeit erhalten bleiben, im dergestalt begleiteten Rahmen Lebenszeichen ihrer Mutter zur Kenntnis zu nehmen und den Kontakt nicht ganz abbrechen zu lassen, zumal im heutigen Zeitpunkt die Dauer der Besuchrechtsverweigerung nicht feststeht. Damit kann auch den Befürchtungen der Beklagten, der Kläger wirke in dem Sinne auf C._____ und D._____ ein, dass sie sie nicht mehr sehen wollten oder könnten (Urk. 58 S. 5), entgegen gewirkt werden. III. 1. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Entscheidungsgebühr von Fr. 3'000.00 angemessen. 2. Beide Parteien stellen im Berufungsverfahren wie bereits vor Vorinstanz ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 58 S. 3 und Urk. 64 S. 2). Mit Bezug auf die rechtlichen Voraussetzungen und die finanziellen Verhältnisse der Parteien kann grundsätzlich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 59 S. 22f.). Ergänzend ist festzuhalten, dass die Parteien zwar über eine Eigentumswohnung verfügen, welche sie im Jahr 2009 für Fr. 450'000.– gekauft haben. Diese ist jedoch mit einer Hypothek von Fr. 360'000.– (Urk. 16/15) und damit bereits zu 80 % belastet. Angesichts der veränderten Familienverhältnisse ist nicht davon auszugehen, dass die Bank den Hypothekarkredit auf der Eigentumswohnung noch weiter erhöhen wird, selbst wenn die Wohnung inzwischen eine Wertsteigerung erfahren haben sollte. Eine Verpflichtung zum Verkauf der Liegenschaft kommt sodann derzeit vor allem vor dem Hintergrund, dass es sich dabei um die Wohnung handelt, in welcher auch die beiden Kinder der Parteien

leben, nicht in Betracht. C._____ und D._____ müssen mit derart grossen psychischen Belastungen und Veränderungen in ihrem Leben umgehen, dass ein Umzug für sie zur Zeit nicht zumutbar ist. Das Be-

- 21 - rufungsverfahren war insbesondere auch für die Beklagte nicht von vornherein aussichtslos, so dass auch die fehlende Aussichtslosigkeit bei beiden Parteien gegeben ist.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.