

# ZH\_OBERGERICHT LE180022 vom 15. Oktober 2018

ZH Obergericht, 2018-10-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE180022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE180022)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE180022 du 15 octobre 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LE180022 del 15 ottobre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. April 2007 verheiratet. Sie haben fünf gemein- same Töchter, I.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2007, E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, und F.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2013 (Urk. 7). Die älteste Tochter I.\_\_\_\_\_ ist (mit einem kurzen Unterbruch) seit dem 8. Juli 2016 fremdplatziert (Urk. 8/3 S. 2 f.; Urk. 13B S. 1 ff.; Urk. 13D S. 2 ff.). Für alle Kinder bestehen Beistandschaften (Urk. 13B; Urk. 13C; Urk. 52). Zudem wurde im Herbst 2017 eine sozialpädagogi- sche Familienbegleitung installiert (Urk. 37 und 38).

### E. 2

Am 8. November 2017 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren anhän- gig (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann dem erstinstanzlichen Urteil ent- nommen werden (Urk. 58 S. 5 f.).

Am 13. Mai 2018 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 53 = Urk. 58).

### E. 3

Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Be- rufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGer 5A\_788/2017 vom 2. Juli 2018, E. 4.2.1).

- 10 - III. A. Kinderanhörung 1. Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz habe es unterlassen, die Töchter C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ anzuhören, was nachzuholen sei (Urk. 57 S. 21). 2. Die Rüge ist begründet. Nach Art. 298 Abs. 1 ZPO sind Kinder in familien- rechtlichen Verfahren durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich anzuhören, sofern deren Alter oder andere wichti- ge Gründe nicht dagegen sprechen. Die Vorinstanz hat, ohne dass dafür ein Grund ersichtlich wäre, auf die Anhörung von C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ verzichtet. Indes wurde der Mangel geheilt, indem diese zusammen mit der jüngs- ten Tochter F.\_\_\_\_\_ von einer Delegation der erkennenden Kammer angehört wurden (Prot. II S. 12 ff.) und die Parteien anschliessend dazu Stellung nehmen konnten (Urk. 84 und 85). B. Obhut über die Töchter C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ 1. Im Rahmen des Eheschutzverfahrens gelten für die Zuteilung der Obhut grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Nach der Rechtspre- chung hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbe- sondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab muss die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Darunter wird die grundlegende Kompetenz eines Eltern- teils verstanden, die emotionalen und körperlichen Bedürfnisse seines Kindes zu erkennen, das Kind zu versorgen und zu betreuen sowie erzieherisch angemessenen auf die kindlichen

Bedürfnisse einzugehen (Ludewig/Baumer/Salzgeber/Häfeli/Albermann, Richterliche und behördliche Entscheidungsfindung zwischen Kindeswohl und Elternwohl: Erziehungsfähigkeit bei Familien mit einem psychisch kranken Elternteil, in: Fampra 2015, 562 ff., 574 f.; Felder/Bürgin, Die kinderpsychiatrische Begutachtung bei strittiger Kindszuteilung im Scheidungsverfahren, in: Fampra 2000, 629 ff., 631). Sind beide Elternteile in ungefähr gleichem Masse erziehungsfähig, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persön-

- 11 - lich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (BGer 5A\_115/2015 vom 1. September 2015, E. 5.1 m.w.H.). 2. Die Vorinstanz erwog diesbezüglich gestützt auf zahlreiche Berichte und Abklärungen (unter anderem des KJZ H.\_\_\_\_, der KESB Zürich, des Sozialzentrums J.\_\_\_\_, des aktuellen Kinderbeistands und der sozialpädagogischen Familienbegleitung) zusammengefasst, die Gesuchstellerin sei mit der Erziehung und Betreuung ihrer Töchter überfordert. Konfliktsituationen mit den Kindern begegne sie mit inadäquatem Verhalten. Daher habe bereits die älteste Tochter I.\_\_\_\_ im Sommer 2016 fremdplatziert werden müssen. Auch wenn sich die Gesuchstellerin eigenständig nach Unterstützung umgesehen habe, lasse sich nicht klar erkennen, dass die Hilfestellungen auch angenommen, gefördert und umgesetzt würden. Der Ruf nach Hilfe bedinge die Akzeptanz, von aussen Eingriffe in das eigene Leben bzw. den Familienalltag hinzunehmen. Die Gesuchstellerin habe bisher aber keine ausreichende Zusammenarbeit mit den involvierten Stellen gezeigt und habe keine ausreichende Selbständigkeit aufbauen können. Trotz Unterstützung sei keine Verbesserung ihrer Erziehungs- und Betreuungsfähigkeiten feststellbar. Die Konfliktherde bestünde weiterhin unverändert. Auch bei C.\_\_\_\_ seien bereits klare Ausgrenzungstendenzen der Gesuchstellerin festgestellt und eine Fremdplatzierung empfohlen worden. Bei einer Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin würden sich die Konflikte verschärfen, ohne dass eine Besserung in Sicht wäre. Ausserdem würden die Kinder nicht die nötige Sicherheit und Konstanz in der Erziehung und Betreuung erhalten, die für eine adäquate und harmonische Entwicklung nötig sei. Die Gesuchstellerin eigne sich daher nicht, sich der Kinder anzunehmen und ihnen die nötige Fürsorge zu geben. Vielmehr müsse bei einer Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin das Wohl aller fünf Kinder als gefährdet betrachtet werden (Urk. 58 S. 16 ff.).

- 12 - Im Gegensatz dazu sei beim Gesuchsgegner nicht ersichtlich, dass es in den letzten Jahren zu negativen Situationen hinsichtlich der Erziehung und Betreuung der Töchter gekommen wäre, die den Ursprung allein in seiner Person hätten. Während eines mehrmonatigen Aufenthalts der Gesuchstellerin mit den vier jüngeren Töchtern in Tunesien habe sich der Gesuchsgegner um I.\_\_\_\_ gekümmert, ohne dass es dabei zu Konfliktsituationen gekommen wäre. Entsprechend sei dies für I.\_\_\_\_ ein positives und förderliches Erlebnis gewesen. Trotz seiner Vollzeitberufstätigkeit komme der Gesuchsgegner regelmässig nach der Arbeit nach Hause, koche und helfe bei der Erziehung der Kinder. Seine Aussagen liessen glaubhaft erkennen, dass er auch künftig seine

Berufsmodalitäten bestmöglich auf die Erziehung und Betreuung der Kinder abstimmen werde. So habe er bis Ende September 2018 unbezahlten Urlaub genommen, um sich um die Kinder zu kümmern und die neue Situation zu organisieren. Er habe damit unter Beweis gestellt, dass er bereit sei, die nötigen Schritte für die Betreuung der Kinder zu ergreifen. Er werde als geeignet angesehen, sich persönlich um die Kinder zu kümmern, sie zu erziehen und zu betreuen. Er zeige die dafür nötige Fürsorglichkeit und könne viel eher als die Gesuchstellerin eine stabile und sichere Umgebung ermöglichen. Die Kindern könnten bei ihm die nötige Ruhe und Zuverlässigkeit erfahren und sich altersgerecht entwickeln. Die Chancen auf eine gesunde und harmonische Entwicklung der Kinder seien bei ihm deutlich höher als bei der Gesuchstellerin. Anders als die Gesuchstellerin, die anlässlich der persönlichen Befragung ausgesagt habe, dass sie bei einer Obhutsteilung an den Gesuchsgegner nach Basel oder Winterthur ziehen würde (Prot. I S. 19 f.), würde der Gesuchsgegner auch bei einer Obhutsteilung an die Gesuchstellerin nahe bei seinen Kindern wohnen wollen (Prot. I S. 25). Diese Aussage der Gesuchstellerin – verglichen mit derjenigen des Gesuchsgegners – lasse vermuten, dass es ihr weniger wichtig sei, in der Nähe ihrer Kinder zu sein und diese regelmässig zu besuchen. Es sei auch ein Widerspruch zu ihrer Aussage auszumachen, wonach sie das Wohl ihrer Kinder über ihr eigenes zu stellen vermöge (Prot. I S. 20 f.). Insgesamt sei davon auszugehen, dass die für eine gesunde, altersgerechte und harmonische Entwicklung der jüngsten vier Kinder erforderliche Stabilität und Sicherheit in erzieherischer und emotionaler Hinsicht unter der

Obhut des Gesuchsgegners besser gewährleistet sei als unter der Obhut der Gesuchstellerin. Daher sei die Obhut über C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsgegner zuzuteilen (Urk. 58 S. 24 ff.).

### **E. 3.1**

Die Gesuchstellerin bringt dagegen vor, die Vorinstanz habe nicht einmal annähernd die rechtserhebliche Tatsache der Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners geprüft. Sie habe sich schlicht auf dessen unbelegte Aussagen verlassen, obwohl sie diese bestritten habe. Während des Zusammenlebens habe sie sich zu 100% um die vier jüngsten Töchter gekümmert. Daneben habe sie den Haushalt und alles Administrative erledigt. Dabei sei sie ganz auf sich allein gestellt gewesen, während der Gesuchsgegner ganztägig seiner Arbeit bei der ... nachgegangen sei. In Bezug auf die Erziehung der Töchter sei er daher weitestgehend abwesend gewesen. Bei der Betreuung habe er nur eine marginale Rolle übernommen, was auch der einzige Grund dafür sei, dass es bisher zu keinen negativen Situationen gekommen sei. Als sie nach der Rückkehr aus Tunesien an einer Erschöpfungsdepression gelitten und während zwei Wochen in stationärer Behandlung gewesen sei, habe sie vom Gesuchsgegner eine SMS erhalten, sie solle nach Hause kommen (Urk. 60/8). Damit habe er wenig Verständnis für ihre Situation gezeigt. Offensichtlich sei er mit der Versorgung der Kinder überfordert gewesen und diese seien ihm lästig geworden (Urk. 57 S. 6 ff. und S. 19). Selbst wenn die Vorwürfe der Gesuchstellerin zuträfen, dass der Gesuchsgegner während des Zusammenlebens kaum an der Erziehung und Betreuung beteiligt war und während ihrer Erschöpfungsdepression wenig Verständnis für sie aufbrachte, vermag sie damit dessen Erziehungsfähigkeit nicht infrage zu stellen, zumal er sich faktisch bereits seit rund einem halben Jahr allein um die vier jüngsten Töchter kümmert und dies sowohl von den Töchtern als auch von der Familienbegleiterin positiv erlebt und wahrgenommen wird (vgl. Prot. II S. 12 ff. und Urk.

51 S. 3; zur abweichenden Einschätzung der Gesuchstellerin vgl. Urk. 89 S. 2 f.). Die Unterstellung, die Kinder seien dem Gesuchsgegner lästig (Urk. 57 S. 11 Rz. 15) und sein Interesse an der Betreuung gründe einzig in der Motivation, sich so an ihr rächen zu können (Urk. 57 S. 13 Rz. 19), erweist sich vor diesem Hintergrund als offensichtlich haltlos. Gänzlich unsachlich erscheint

- 14 - schliesslich das Vorbringen, offensichtlich habe sich der Gesuchsgegner während des Klinikaufenthalts der Gesuchstellerin nicht so gut wie diese um die Kinder gekümmert, anderenfalls die Kinder sie nicht so vermisst hätten (Urk. 82 S. 9), weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

### **E. 3.2**

Die Gesuchstellerin rügt weiter, die Vorinstanz gehe mit keinem Wort auf die Gewaltbereitschaft des Gesuchsgegners ein. Zwar sei er gegenüber den gemeinsamen Töchtern nie gewalttätig erschienen. Aber die Ehe der Parteien sei seinerseits von Gewalttätigkeit geprägt gewesen. Sie habe daher im Juni 2011 um Erlass von Gewaltschutzmassnahmen ersuchen müssen. Nach Erlass des vorinstanzlichen Entscheids habe sie sodann das Frauenhaus aufsuchen und Anzeige erstatten müssen, weil der Gesuchsgegner sie wiederholt sexuell bedrängt habe. Daher sei höchste Vorsicht geboten. Dieser Umstand hätte unbedingt in den vorinstanzlichen Entscheid einfließen müssen (Urk. 57 S. 7 und S. 20, vgl. auch Urk. 82 S. 9 f.). Die Gesuchstellerin führt selbst aus, der Gesuchsgegner habe sich gegenüber den gemeinsamen Töchtern nie gewalttätig verhalten. Selbst wenn der Gesuchsgegner gegen sie Gewalt ausgeübt haben sollte (der Gesuchsgegner gesteht zu, dass er gegenüber der Gesuchstellerin im Jahr 2011 einmal geringfügig tätlich geworden sei [Urk. 71 S. 12]), ist weder dargetan noch ersichtlich, aufgrund welcher konkreter Anhaltspunkte zu befürchten wäre, dass der Gesuchsgegner gegenüber den Töchtern gewalttätig werden könnte. Bei den von der Gesuchstellerin geäusserten Befürchtungen handelt es sich daher um blosser Spekulation, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

### **E. 3.3**

Die Gesuchstellerin bringt sodann zusammengefasst vor, dem Gesuchsgegner sei gleichgültig gewesen, als sich herausgestellt habe, dass ihr Verbleiben mit den Töchtern in Tunesien unzumutbar sei. Er habe nicht einmal die Rückkehr finanzieren wollen und habe seine Familie dem Schicksal überlassen. Vor diesem Hintergrund sei unverständlich, dass die Vorinstanz ihm dennoch die Obhut über die jüngsten vier Töchter zugesprochen habe (Urk. 57 S. 10).

- 15 - Der Gesuchsgegner wendet dagegen ein, er habe sich nicht gegen die Rückkehr der Familie aus Tunesien gestellt, sondern sich gefreut, die Familie wieder in der Nähe zu haben. Er habe aber die Gesuchstellerin gebeten, abzuwarten, bis er eine geeignete, grössere Unterkunft für die Familie organisiert habe, da er damals in einer 2.5-Zimmerwohnung gelebt habe. Die Gesuchstellerin habe indes nicht zuwarten mögen und sei mit den Kindern überstürzt zurückgekehrt und habe dadurch mehrere Wohnortswechsel veranlasst (Urk. 71 S. 6 mit Verweis auf Urk. 41 S. 4 f.). Das Anliegen des Gesuchsgegners, zunächst eine neue, grössere Wohnung zu suchen, ist nachvollziehbar und lässt nicht darauf schliessen, er habe den Interessen der Familie zuwidergehandelt, so dass von einer beeinträchtigten Erziehungsfähigkeit ausgegangen werden müsste.

### **E. 3.4**

Mit Eingabe vom 11. September 2018 brachte die Gesuchstellerin vor, es habe nicht nur bei ihr, sondern auch beim Gesuchsgegner einen Vorfall gegeben, bei dem eine der Töchter weggelaufen sei. So sei sie am 23. August 2018 um 20 Uhr nach Hause gekommen und habe C.\_\_\_\_\_ weinend im Treppenhaus vor- gefunden. Diese habe ihr erzählt, der Gesuchsgegner habe ihr einen Saucenbeu- tel ins Gesicht geschmissen, als sie sich gegen dessen Willen etwas zu essen habe nehmen wollen. Dementsprechend habe sie eine Rötung unterhalb des Au- ges von C.\_\_\_\_\_ feststellen können (Urk. 89 S. 2 f.). Selbst wenn die Schilderung der Gesuchstellerin zutrifft, handelte es sich nicht um einen derart gravierenden Vorfall, dass die Erziehungsfähigkeit des Ge- suchsgegners infrage zu stellen wäre, zumal keine weiteren Vorfälle solcher oder ähnlicher Art aktenkundig sind.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend ist der Vorinstanz beizupflichten, dass keine Hinweise vorliegen, welche an der Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners zweifeln lies- sen. Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin besteht daher kein Anlass für wei- tere Abklärungen, zumal im summarischen Eheschutzverfahren grundsätzlich von aufwändigen Beweismassnahmen abzusehen ist (BGer 5A\_901/2017 vom

- 16 - 27. März 2018, E. 2.3; BGer 5A\_236/2016 vom 15. Januar 2018, E. 4.5.1.2; BGer 5A\_112/2014 vom 11. Juli 2014, E. 1.3). 4.1. Die Gesuchstellerin rügt weiter, die Vorinstanz verkenne, dass sie gemäss mehreren ärztlichen Berichten fähig sei, sich der Erziehung und Betreuung ihrer vier Töchter zu widmen. Die Kinderbetreuung durch sie sei auch gut aufgegleist und eingespielt. Während des Zusammenlebens habe stets sie Hilfe bei externen Stellen gesucht. Auch in Bezug auf ihre einmalige depressive Phase habe sie sich ihr Problem eingestehen können und sich sofort Hilfe gesucht, um sich schnellstens wieder um ihre Familie kümmern zu können. Ihr Psychiater habe bescheinigt, dass nach dem Ausheilen dieser erstmaligen depressiven Episode nicht von ei- nem erhöhten Risiko für eine neue depressive Episode auszugehen sei. Ebenso wenig bestünden Anhaltspunkte, dass sie nicht in der Lage sei, für ihre Kinder zu sorgen. Seit der Trennung gehe es ihr markant besser. Dass sie beinahe genesen sei, habe neben ihrem Psychiater auch die behandelnde Psychologin bestätigt. Daher sei es umso unerklärlicher, weshalb die Vorinstanz im Wesentlichen auf das gegenteilige Gutachten von K.\_\_\_\_\_ abgestellt habe, welches konstatiere, dass sie nur bedingt in der Lage sei, ihre Mutterrolle wahrzunehmen, zumal die- ses bloss von einer Sozialarbeiterin ohne psychologische Fachkenntnisse erstellt worden sei. Diese habe denn auch in ihrem Bericht einen Standardtext zum The- ma Kinder von psychisch kranken Eltern eingefügt, der keineswegs mit der Be- schreibung ihrer behandelnden Ärzte übereinstimme. Schliesslich könne auch der Vorwurf der Vorinstanz, sie habe bisher Hilfestellungen nicht angenommen (Urk. 58 E. 2.5.31), nicht stehen gelassen werden. Vielmehr lasse sie von aussen Eingriffe zu. So sei im Zwischenbericht der sozialpädagogischen Familienbeglei- tung festgehalten worden, dass sie sich auf die Familienbegleitung eingelassen habe und erste Grundlagen einer Vertrauensbasis habe herstellen können (Urk. 60/4 S. 5). Diese Einschätzung stimme mit derjenigen ihres Psychiaters überein, wonach sie sich Unterstützung zum eigenen Wohl und zum Wohl ihrer Kinder hole (Urk. 57 S. 7 ff.). 4.2. Bezüglich der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin erwog die Vorinstanz, die Einbindung diverser Fach- und Anlaufstellen (Polizei, KESB, sozialpädagogi-

- 17 - sche Familienbegleitung) zeige deutlich auf, dass in den letzten Jahren das Zu- sammenleben in der Familie sowie die Erziehung und Betreuung der fünf Kinder grosse

Probleme bereitet habe. So sei die Gesuchstellerin wegen Verübens von Tötlichkeiten gegenüber der Tochter I.\_\_\_\_\_ am 28. Juni 2016 mit Polizeirapport vom 9. Juli 2016 verzeigt worden. In der Folge sei I.\_\_\_\_\_ umgehend von der KESB Zürich fremdplatziert worden und dem Sozialzentrum J.\_\_\_\_\_ sei der Auftrag erteilt worden, die Lebensverhältnisse der fünf Kinder abzuklären und Unterstützungsmassnahmen zu prüfen. Daraufhin habe sich die Gesuchstellerin in der Schweiz abgemeldet und sei mit den vier jüngsten Kindern nach Tunesien ausge- reist. Die Gesuchstellerin habe zwar behauptet, es habe sich um einen gemein- samen Entscheid der Familie gehandelt und man habe sich erhofft, die Situation würde sich verbessern. Im Abklärungsbericht des Sozialzentrums J.\_\_\_\_\_ vom

#### **E. 6**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an den Beistand der Kinder, M.\_\_\_\_\_, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 25 -

#### **E. 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 Be- schwerde 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 15. Oktober 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer  
Der Gerichtsschreiber: lic. iur. M. Hochuli versandt am: mc

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