

ZH_OBERGERICHT LE220031 vom 12. Oktober 2022

ZH Obergericht, 2022-10-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE220031

FR: ZH_OBERGERICHT LE220031 du 12 octobre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT LE220031 del 12 ottobre 2022

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet. Aus ihrer Ehe gingen die gemeinsamen Kinder C._____, geb. am tt.mm.2014, und D._____, geb. am tt.mm.2016, hervor. Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 20. August 2018 wurde das Getrenntleben geregelt und die Vereinbarung der Parteien vom 18. Juli 2018 genehmigt bzw. vorgemerkt. Dabei wurde die Obhut für die beiden Kinder der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchsgegnerin) zugeteilt und hinsichtlich des Besuchsrechtes des Gestuchstellers und Berufungsbeklagten (fortan Gestuchsteller) Folgendes festgelegt (Urk. 3/1): "1.6. Der Ehemann soll ab 21. Juli 2018 berechtigt sein, die Kinder in folgendem Umfang auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen: - Jedes zweite Wochenende, jeweils ab Samstagmorgen, 09:00 Uhr, bis Sonntagabend, 18:00 Uhr, - An jedem ersten Samstagmorgen des Monats von 09:00 Uhr bis Samstagabend 18:00 Uhr, sofern die Kinder gemäss vorstehender Regelung nicht ohnehin beim Ehemann sind, andernfalls an jedem zweiten Samstagmorgen des Monats von 09:00 Uhr bis Samstagabend 18:00 Uhr, - jeden Dienstag- und jeden zweiten Donnerstagnachmittag, jeweils ab 14:00 Uhr bis 18:00 Uhr, - In geraden Jahren an Ostern, in ungeraden Jahren an Pfingsten und in jedem Jahr an zweiten Weihnachtstag. Der Ehemann soll berechtigt sein, die Kinder in folgendem Umfang auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen: - Zweimal eine Woche im Jahr 2018. - Zweimal eine Woche zwischen 1. Januar 2019 und 30. Juni 2019.

- 11 - - Zwei Wochen (auch am Stück) zwischen 1. Juli 2019 und 31. Dezember 2019. - Vier Wochen pro Jahr (davon einmal zwei Wochen am Stück und zwei einzelne Wochen) ab 1. Januar 2020. Ein weitergehendes Besuchsrecht des Ehemanns nach gegenseitiger Absprache bleibt vorbehalten." Mit Eingabe vom 30. April 2021 beehrte der Gestuchsteller vor Vorinstanz die Abänderung des obgenannten Entscheids und verlangte insbesondere, es sei die Obhut für die beiden Kinder ihm zuzuteilen und der Gesuchsgegnerin ein gerichtliches Besuchsrecht zu gewähren (Urk. 1 S. 2). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 89 E. 1 = Urk. 92 E. 1). Am 9. Februar 2022 fällte die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 89).

E. 2

Novenrecht Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Die von den Parteien im Berufungsverfahren neu eingereichten Urkunden (insb. Urk. 114/1-10; Urk. 117/1; Urk. 122/15-17) sowie die daraus abgeleiteten Vorbringen der Parteien sind somit im Berufungsverfahren zu berücksichtigen.

E. 2.1

Mit diesen Erwägungen setzt sich die Gesuchsgegnerin nicht auseinander, sondern bestreitet im Berufungsverfahren im Wesentlichen einfach pauschal, dass im Falle eines Umzuges der Kinder – innerhalb des Kantons Zürichs oder innerhalb der Schweiz – das Kindeswohl gefährdet wäre (Urk. 91 S. 14 f.; Urk. 112 S. 11). Die Berufung erweist sich somit insoweit als unbegründet (Art. 311 Abs. 1 ZPO, vgl. E. II.3.1). Zwar ist der Gesuchsgegnerin zuzustimmen, dass die bisher installierten Hilfsmassnahmen wie auch eine Beistandschaft für die Kinder – zumindest innerhalb der Schweiz – wohl auch am neuen Wohnort installiert werden könnten (Urk. 91 S. 17). Es gilt aber einerseits zu beachten, dass dies mit einem enormen Zusatzaufwand für die involvierten Stellen verbunden und wohl auch keine nahtlose Weiterführung der Unterstützungsmassnahmen anderorts gewährleistet wäre. Andererseits wäre dies für die Kinder zwangsläufig mit Wech- seln insbesondere ihrer Lehr-, Therapie- und Betreuungspersonen verbunden, was es nicht nur gemäss der Kindervertreterin, sondern auch gemäss den Fach- psychologischen Gutachten vom 21. Juni 2021 (Urk. 22 S. 44) bzw. vom

E. 2.2

Die Gesuchsgegnerin rügt berufungsweise weiter, die Vorinstanz lasse aus- ser Acht, dass sie sich zurzeit mit den Kindern in einer Notwohnung der Gemein- de aufhalte, welche sie spätestens Ende Juli 2022 verlassen müsse. Sie habe sich zwischenzeitlich für zahlreiche Wohnungen in E._____ beworben, jedoch noch immer keine passende Wohnung gefunden. Sie hätte aber eine passende Wohnung in P._____ mieten können, welche sie aufgrund der Weisung der Vo- rinstantz habe absagen müssen. Sie sei in grosser Angst, dass sie Ende Juli 2022 mit den Kindern auf die Strasse gestellt werde. Sie müsse daher zwingend auch in den übrigen Gemeinden und Städten des Kantons Zürich oder allenfalls aus- serkantonal nach einer passenden Wohnung suchen dürfen. Überdies gebe es in E._____ mehrere Schulkreise und auch schon ein Umzug innerhalb von E._____ in einen anderen Stadtteil könnte dazu führen, dass die Kinder die Schule wech- seln müssten, weshalb die Weisung auch völlig unzumutbar sei (Urk. 91 S. 15 ff.; Urk. 112 S. 12 f.). Die Gesuchsgegnerin scheint zu übersehen, dass die Vorinstanz ihr einzig verbo- ten hat, den bisherigen Wohnsitz der Kinder ohne schriftliche Zustimmung des Gestalters, der KESB und/oder des Gerichts ohne zwingenden Grund zu ver- legen (Urk. 89 E. 6.2.6). Dass es ihr nicht möglich ist, in E._____ eine angemessene Wohnung zu finden, vermag die Gesuchsgegnerin im Berufungsverfahren ausserdem nicht glaubhaft zu machen. So reicht sie nämlich insbesondere auch keine ausreichenden aktuelle Suchbemühungen ins Recht. Die Bestätigung be- treffend Wohnbegleitung des Vereins Q._____ vom 2. Juni 2022 äussert sich nur zu den Suchbemühungen der Gesuchsgegnerin bis April 2022 (Urk. 114/8). Mit Urk. 114/9 reicht die Gesuchsgegnerin zudem – ebenfalls nur für den Zeitraum November 2021 bis März 2022 – lediglich sechs Anmeldeformulare ins Recht, wovon eines eine Wohnung in P._____ betrifft. Ohnehin bleibt – mangels diesbe- züglicher Ausführungen in ihrer vom 3. August 2022 datierenden Stellungnahme / Replik (Urk. 112) – unklar, ob die Gesuchsgegnerin den bis Ende Juli 2022 lau- fenden Mietvertrag für die Wohnung an der ...-Strasse ... in E._____ zwischenzeit- lich verlängern konnte. Der Umstand, dass ein Umzug in einen anderen Stadtteil von E._____ allenfalls ebenfalls einen Schulwechsel für die Kinder bedeuten wür- de, macht die Weisung ferner nicht per se unzumutbar. So verblieben die

- 33 - Kinder immerhin in der Nähe des Wohnsitzes des Gesuchstellers, was die Umsetzbarkeit des von der Vorinstanz festgelegten Besuchsrechts des Gesuchstellers gewährleisten würde. Ferner liesse sich beispielsweise die aufgenommene Therapie der Kinder bei Dr. med. I. _____ (vgl. Urk. 71 S. 21; Urk. 117/1) weiterführen.

E. 2.3

Die Berufung erweist sich damit auch in diesem Punkt als unbegründet, weshalb die Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils zu bestätigen ist. C) Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen Da die Berufung abzuweisen ist, besteht kein Anlass, die unangefochten gebliebene (vgl. Urk. 91 S. 2) Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen abzuändern. Die Dispositiv-Ziffern 7-9 des angefochtenen Urteils sind somit zu bestätigen. IV. A) Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren zu befinden. 2. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebV OG) eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–. Die Entschädigung für die Vertretung des Kindes gehört ebenfalls zu den Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) und ist im Entscheiddispositiv festzusetzen. Die Bemessung der Entschädigung ist bundesrechtlich nicht geregelt. Vielmehr setzen die Kantone die Tarife fest (Art. 96 ZPO). Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Entschädigung für die anwaltliche Kindesvertretung ist im Kanton Zürich die Anwaltsgebührenverordnung (vgl. BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2). Vorliegend erscheint angesichts des notwendigen Zeitaufwands und der Verantwortung der Kindervertreterin sowie der Schwierigkeit des Falles (vgl. § 2 Abs. 1 AnwGebV) die von ihr

- 34 - geltend gemachte und von den Parteien nicht beanstandete Entschädigung von insgesamt Fr. 3'259.85 (Urk. 128) als angemessen. 3. Bei streitigen Kinderbelangen werden die Prozesskosten praxisgemäss unabhängig vom Ausgang des Verfahrens den Parteien je zur Hälfte auferlegt und die Parteientschädigungen wettgeschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragsstellung hatten (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; ZR 84 Nr. 41; OGer ZH LE140047 vom 21.01.2015, E. IV/2; OGer ZH LY190041 vom 18.11.2019, E.IV.1.3). Solche Gründe können den Parteien vorliegend nicht abgesprochen werden. Entsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. B) Gesuche um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses / Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege 1. Vor Vorinstanz wurde beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (Urk. 49). Sowohl der Gesuchsteller als auch die Gesuchsgegnerin ersuchen im Berufungsverfahren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 5'000.– bzw. Fr. 4'000.–; eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 91 S. 2; Urk. 99 S. 2). 2. Die Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages unter Ehegatten setzt voraus, dass der ansprechende Ehegatte nicht selbst über die nötigen Mittel verfügt, um das Verfahren zu führen. Verlangt ist – wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege – die tatsächliche Bedürftigkeit (vgl. BGer 5A_103/2014 vom 4. Juni 2014, E. 6). 3. Sowohl bei der Gesuchsgegnerin als auch beim Gesuchsteller erscheint mit Blick auf ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse die Mittellosigkeit im Sinne des Gesetzes glaubhaft. Die Gesuchsgegnerin wird – trotz ihres zwischenzeitlich aufgenommenen Teilzeitpensums (vgl. Urk. 114/3-4) – nach wie vor durch die Sozialen Dienste unterstützt (Urk. 95/4; Urk. 114/5). Dem Gesuchsteller verbleibt nach Deckung seines Existenzminimums und der Erfüllung der Kinderunterhalts-

- 35 - beiträge kein Überschuss (vgl. Urk. 89 E. 7.9), zudem hat er erhebliche Schulden (Urk. 101/11; Urk. 101/14). Angesichts der Mittellosigkeit beider Parteien fällt die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ausser Betracht. Die entsprechenden Anträge auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind daher abzuweisen. Die Prozessstandpunkte der Parteien können nicht als aussichtslos bezeichnet werden (vgl. OGer ZH PC120021 vom 07.06.2012, E. II.4) und die mittellosen und rechtsunkundigen Parteien waren für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte im vorliegenden Berufungsverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Daher ist ihnen für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und dem Gesuchsteller in der Person von Fürsprecher Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand, der Gesuchsgegnerin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeistandin zu bestellen. Es wird beschlossen:

E. 3

Begründungspflicht

E. 3.1

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine 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. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintrittensvoraussetzung) voraus, dass die Berufungsklägerin die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anfechtet, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden er-

- 14 - hoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). 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; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 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). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.).

E. 3.2

Die Gesuchsgegnerin wiederholt in ihrer Berufungsschrift über weite Strecken wörtlich, was sie bereits vor Vorinstanz vorgetragen hat (insb. Urk. 91 S. 5 [zu allfälligen Bedenken bezüglich der Erziehungsfähigkeit der Gesuchsgegnerin, vgl. Urk. 38 S. 8, Urk. 75 S. 4]; Urk. 91 S. 9 [zur Art und Weise der Ausübung des Besuchs- und Ferienrechts des Gesuchstellers, vgl. Urk. 38 S. 9, Urk. 75 S. 6 f.]; Urk. 91 S. 11 f. [zu Übernachtungen der Kinder beim Gesuchsteller, vgl. Urk. 75 S. 7 f.]); Urk. 91 S. 14 f. [zur Gefährdung des Kindeswohls bzw. Rückkehr der Gesuchsgegnerin nach O. _____ [Staat im Indischen Ozean], vgl. Urk. 38 S. 6]). Ein erkennbarer (geschweige denn näherer) Bezug zum vorinstanzlichen Entscheid wird dabei nie hergestellt. Die sich deshalb in blossen Wiederholungen erschöpfenden Ausführungen enthalten zwangsläufig auch keine erkennbare Mitteilung von Überlegungen der Gesuchsgegnerin an die Rechtsmittelinstanz dazu, inwiefern die Vorinstanz Recht falsch angewendet oder einen bestimmten Sachverhalt unrichtig festgestellt hätte. Den entsprechenden Ausführungen kommt insoweit auch keine selbständige Bedeutung zu. Nach dem vorhin in E. II.3.1 Dar-

- 15 - gelegten erweist sich die Berufung in diesem Teil deshalb als unbegründet, worauf auch der Gesuchsteller in seiner Berufungsantwort zu Recht hinweist (vgl. Urk. 99 S. 3 ff.).

E. 4

Antrag auf Einholung eines Berichtes der Beiständin

E. 4.1

Die Gesuchsgegnerin bringt vor, die vorinstanzliche Feststellung, der ge- äusserte Verdacht des sexuellen Missbrauchs der Kinder durch den Gesuchstel-

- 21 - ler sei widerlegt, nur weil die Kindervertreterin bei ihren wenigen Besuchen bei den Kindern keine diesbezüglichen Anzeichen festgestellt habe, erweise sich als völlig verfehlt. Bei der Kindervertreterin handle es sich nicht um eine Psychiaterin oder Psychologin, die in Bezug auf die Beurteilung solcher Fragen fachspezifisch ausgebildet wäre. Hinzu komme, dass die Beiständin G. _____ kurz vor der zweiten Verhandlung vom 9. Februar 2022 von der Schule die Meldung erhalten habe, dass C. _____ gegenüber seiner Lehrerin Äusserungen gemacht habe, welche gemäss Fachstelle M. _____ auf einen sehr wahrscheinlichen Missbrauch hindeuten könnten. Das Gericht sei über diesen Vorfall von der Kindervertreterin an der Verhandlung mündlich informiert worden. So habe die Beiständin G. _____ der Kindervertreterin am 7. Februar 2022 telefonisch mitgeteilt, dass sie von der Lehrperson von C. _____ wie folgt informiert worden sei: C. _____ sei seit Weihnachten anders, die Lehrerin erlebe ihn sehr traurig. Es müsse etwas passiert sein mit dem Vater. Gegenüber der Lehrerin hätte C. _____ anscheinend gesagt, dass der Vater nun D. _____ bevorzugen würde. C. _____ hätte im Einzelgespräch gesagt, dass der Vater D. _____ hart anfassen würde. Früher hätte er das mit C. _____ gemacht, nun mache er dies mit D. _____. Die Lehrerin hätte C. _____ nun an die Schulsozialarbeiterin verwiesen. Frau G. _____ würde sich deshalb grosse Sorgen machen, da es nun das erste Mal sei, dass direkt von den Kindern Aussagen gegen den Vater gemacht worden seien (Urk. 91 S. 9 f.).

E. 4.2

Die Gesuchsgegnerin gibt mit diesen Ausführungen die vorinstanzlichen Erwägungen unvollständig wieder. Wie sich aus Erwägung 4.3.1 des angefochtenen Entscheides (Urk. 89) ergibt, hat die Vorinstanz hinsichtlich der – vom Gesuchsteller vehement bestrittenen

– Vorwürfe der sexuellen Übergriffe gegenüber den Kindern primär festgehalten, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren wegen Verdachts mehrfacher sexueller Handlungen mit Kindern mangels Vorliegens von Verdachtsmomenten mittels Nichtanhandnahmeverfügung vom 7. Januar 2019 eingestellt habe. Ausserdem hat die Vorinstanz erwogen, dass sich auch aufgrund der weiteren im Recht liegenden Akten – abgesehen von den Verdachtsäusserungen der Gesuchsgegnerin – keinerlei begründete Anhaltspunkte entnehmen liessen, wonach es zu Übergriffen des Gestalters gegenüber den beiden Kindern gekommen sein sollte. Hervorzuheben ist der Vollständigkeit hal-

- 22 - ber in diesem Zusammenhang zunächst die Gefährdungsmeldung der Kinderschutzgruppe des Kantonsspitals Aarau an die KESB Bülach Süd vom 25. November 2020 woraus sich Folgendes ergibt (Urk. 3/10 S. 3): "Aus Sicht der Kinderschutzgruppe Aarau besteht eine Kindeswohlgefährdung durch die Kindsmutter. Sie ist seit 2018 bis heute acht Mal im Kinderspital Zürich vorstellig geworden und zwei Mal am Kantonsspital Aarau, ohne dass die geäusserten Verdachtsmomente nachvollziehbar gewesen wären. Es besteht der Verdacht, dass die Kinder durch die Kindsmutter gegen den Kindsvater stark instrumentalisiert werden. Die Kinder werden ständig ärztlichen Untersuchungen ausgesetzt. Weiter ist unklar, inwiefern die Kindsmutter ihren Kindern bewusst Schaden zufügt um damit vermeintliche Fakten gegen den Kindsvater zu sammeln". Weiter ist auf folgende Einschätzungen der Kinderpsychologin von C.____, N.____, gegenüber den Gutachtern vom 10. Juni 2021 hinzuweisen (Urk. 22 S. 33): "Weiter sei aufgefallen, dass die Kindsmutter den Verdacht auf sexuelle Übergriffe nicht habe loslassen können, obwohl alle Aussenstellen nichts dergleichen bestätigen konnten. Frau N.____ habe sich mit Hilfe eines Traumafragebogens an diese Frage herangetastet. C.____ habe zwar bei den entscheidenden Fragen abgelenkt, aber es sei nicht der Eindruck entstanden, dass er Angst vor dem Vater gehabt habe. Bei der Zeichnung (Familie als Tiere) habe er beide Elternteile als Hirsche dargestellt. In einem anderen Fragekatalog habe er beiden Eltern die Bestnoten gegeben. Auf die Frage, was ihn glücklich mache, habe er beispielsweise benannt, wenn es im Kindergarten keinen Streit gebe, er im Wald Pilze sammeln könne oder Blumen pflücke. Traurig mache es ihn, wenn er umfalle, nicht mitspielen dürfe oder ihm wehgetan werde. Auf Nachfrage, wer ihm wehtue, nannte er drei Namen aus dem Kindergarten. Abschliessend könne Frau N.____ nicht beurteilen, ob am Verdacht auf sexuellen Missbrauch etwas dran sei, hätte sie aber die Vorgeschichte nicht gekannt, hätte sie sich wegen des Jungen keine Sorgen gemacht. Indikation für eine weitere therapeutische Begleitung habe sie nicht gesehen". Schliesslich gilt es sich nachfolgende Befunde der Gutachter in ihrem Fachpsychologischen Gutachten vom 21. Juni 2021 vor Augen zu führen:

- 23 - - "Frau A.____ präsentiert sich als wohlwollende, liebevolle und hilfsbereite Mutter, welche in der Angst lebt, dass ihre zwei jüngsten Söhne von ihrem Kindsvater sexuell missbraucht werden. Ihre Angst stützt sich auf von ihr gehörte Aussagen der Kinder und ihres Eindruckes von Verletzungen am Anus ihrer Kinder, welche sie regelmässig mit Fotos dokumentiert. Rückmeldungen von Fachpersonen, beispielsweise der Kinderärzte im Kantonsspital Aarau, welche keine Hinweise auf sexuelle Handlungen an den Kindern finden, beruhigen sie nicht. Stattdessen bemüht sie sich, von verschiedenen Stellen Unterstützung zu erhalten, was aufgrund der Überforderung mit der sprachlichen Barriere und teilweise Unkenntnis des Systems zu Frustration führt" (Urk. 22 S. 35). - "Die Frustration, die Frau A.____ in ihrem Kampf gegen den vermuteten sexuellen Missbrauch

an ihren Kindern erlebt, mag ihre Kooperationsbereitschaft im Laufe der Zeit vermindert haben. Auch wenn dies oberflächlich betrachtet verständlich ist, behindert ihr Beharren auf dem Verdacht trotz vielseitiger Abklärungen und fehlenden Hinweisen auf Übergriffe doch ein gesundes und gefördertes Aufwachsen ihrer zwei jüngsten Kinder. Diese Persistenz reduziert ihre Bereitschaft und ihre Möglichkeiten, Fortschritte zu machen und verstärkt ihre Externalisierungen für die Verhaltensauffälligkeiten ihrer Kinder" (Urk. 22 S. 41). - "Zum Zeitpunkt der vorliegenden Begutachtung sind aus gutachterlicher Sicht keine akuten Gefährdungsaspekte auszumachen, die dringliche Kinderschutzmassnahmen notwendig machen. Allerdings sind aus fachpsychologischer Sicht einige längerfristige Gefährdungsaspekte identifiziert worden, welchen mit adäquaten Hilfestellungen begegnet werden kann. Zu nennen sind hierbei der Loyalitätskonflikt der Kinder, welche unter der fehlenden Kommunikation der Eltern zu leiden haben und dem Verdacht der Kindsmutter auf sexuellen Missbrauch durch den Vater ausgesetzt sind. Die Fixierung der Kindsmutter auf diesen Missbrauch kann einerseits suggestiv wirken, andererseits das Verhältnis von Nähe-Distanz verändern und Ich-Grenzen bezüglich Scham und Nacktheit bei den Kindern verschieben" (Urk. 22 S. 50). Vor diesem Hintergrund vermögen auch die von der Gesuchsgegnerin erwähnten Äusserungen von C._____ gegenüber seiner Lehrerin keineswegs konkrete Anhaltspunkte für Übergriffe des Gesuchstellers gegenüber den Kindern zu begründen. Die Kindervertreterin hat diese Aussagen von C._____ bereits in ihrer Stel-

- 24 - lungnahme vom 9. Februar 2022 aufgegriffen und als Ausdruck der grossen Belastung, welche die schwierige familiäre Gesamtsituation für C._____ darstellt, gewertet (vgl. Urk. 71 S. 16 f.). Diese Einschätzung überzeugt, zumal auch die Gutachter im Fachpsychologischen Gutachten vom 21. Juni 2021 (Urk. 22 S. 50) davon ausgehen, dass sich die Kinder in einem grossen Loyalitätskonflikt befinden. Besagter Vorfall führte denn auch zu keiner Gefährdungsmeldung seitens der Lehrerin von C._____ oder der einbezogenen Schulsozialarbeiterin (vgl. Urk. 123 S. 4). 5.1. Mit ihrer Berufung wendet sich die Gesuchsgegnerin insbesondere auch gegen die vorgesehenen Übernachtungen der Kinder beim Gesuchsteller. Sie bringt vor, auch die Kindervertreterin habe an der Verhandlung vom 9. Februar 2022 ausgeführt, C._____ habe sich ihr gegenüber klar geäussert, dass er nicht beim Vater wohnen wolle und dass für ihn die aktuelle Besuchsregelung stimme. Er schlafe lieber bei der Mutter. C._____ wolle demnach keine Erweiterung des bisher praktizierten Besuchsrechts (Urk. 91 S. 12). Die Gesuchsgegnerin wiederholt hiermit lediglich ihre vorinstanzlichen – und vom Gesuchsteller bereits vor Vorinstanz bestrittenen (Prot. I S. 35) – Ausführungen (Prot. I S. 32 f.), womit sie ihrer Begründungspflicht nach Art. 311 ZPO nicht nachkommt. Es bleibt in diesem Zusammenhang gleichwohl der Vollständigkeit halber festzuhalten, dass die Gesuchsgegnerin die Aussagen von C._____ falsch wiedergibt. Die Kindervertreterin hat an der Verhandlung vom 9. Februar 2022 nämlich vielmehr Folgendes ausgeführt: "Zudem hat C._____ sich klar geäussert, dass er nicht beim Vater wohnen wolle und die aktuelle Besuchsrechtsregelung (jeden Samstag und jeden zweiten Sonntag) für ihn sehr stimmen würde. Er wolle nicht, dass er jeweils bereits am Freitagabend zum Vater müsste, da er lieber bei der Mutter schlafe. C._____ könne sich jedoch vorstellen, dass er einmal pro Woche zusätzlich beim Vater wäre und dort zu Abend essen würde" (Urk. 71 S. 7). Im Berufungsverfahren trägt die Kindervertreterin ausserdem ergänzend vor, die Kinder seien über die vorinstanzliche Besuchsregelung sehr erfreut gewesen und hätten gemeint, das sei ja genau das, was sie sich gewünscht und mit ihr besprochen hätten, das sei sehr gut so

(Urk. 111 S. 3). Sodann habe sie die Kinder

- 25 - nochmals explizit auf die Übernachtungen beim Vater angesprochen und die Kinder ermuntert zu erzählen, wenn etwas nicht gut sei. C._____ habe daraufhin gemeint, dass ihn die Sache mit dem Tablet störe. Er könne beim Vater keine Filme mit dem Tablet schauen, weil das Youtube darauf nicht eingerichtet sei. Et- was anderes störe ihn beim Vater nicht (Urk. 111 S. 4). Die Kinder, so die Kinder- vertreterin, hätten sich ihr gegenüber bezüglich der Übernachtungen beim Ge- suchsteller nicht negativ geäußert, weshalb es von ihrer Seite her keine begrün- deten Aspekte gebe, welche dagegen sprechen würden. Bereits vorinstanzlich habe sie jedoch darauf hingewiesen, dass sexuelle Übergriffe nie mit 100%-iger Sicherheit von einer Aussenperson ausgeschlossen werden könnten. Insbesondere C._____ habe ihr gegenüber jedoch betont, dass beim Vater (ausser der Geschichte mit dem Tablet) nichts Negatives passiert sei (Urk. 111 S. 6). Wie aus dem vor Vor- instanz erstatteten 'Kinderbericht' vom 9. Februar 2022 (Urk. 71 S. 5 ff.) sowie der Stellungnahme der Kindervertreterin vom 2. August 2022 (Urk. 111 S. 3) hervorgeht, führte die Kindervertreterin zwischen dem 2. September 2021 und dem 16. Juli 2022, mithin über einen Zeitraum von knapp einem Jahr, insge- samt acht Gespräche mit den beiden Kindern. Entgegen der Gesuchsgegnerin (vgl. Urk. 112 S. 6 f.) konnte die Kindervertreterin in ihren Eingaben hinsichtlich des Kindeswillens somit offensichtlich nicht nur eine Momentaufnahme wiederge- ben. Die Gesuchsgegnerin selbst wies im Übrigen vor Vorinstanz darauf hin, dass die Kinder von der Kindervertreterin sehr sorgfältig befragt worden und in der La- ge gewesen seien, ihr Wünsche und Ansichten klar zu kommunizieren (vgl. Prot. I S. 31 f.). 5.2. Weiter lässt die Gesuchsgegnerin mit Eingabe vom 19. August 2022 (Urk. 116) neben einem Ärztlichen Attest des Urologen Dr. med. H._____ vom

E. 9

Februar 2022 habe die Vorinstanz die Parteien – insbesondere auch die Ge- suchsgegnerin – darüber in Kenntnis gesetzt, dass das Gericht eine entsprechen- de Weisung prüfe, und ihnen die Möglichkeit eingeräumt, sich dazu vorgängig zu äussern. Da bei der Anordnung einer solchen Massnahme wie bei jeder behördli- chen oder richterlichen Intervention dem Anspruch auf rechtliches Gehör Rech- nung getragen werden müsse, hätte eine solche vorgängige Anhörung zwingend erfolgen müssen. Es habe zudem auch keine zeitliche Dringlichkeit bestanden, welche ein Abweichen von der vorgängigen Anhörung gerechtfertigt hätte. Die Vorinstanz hätte die Parteien an der zweiten Verhandlung ohne Not zu dieser be- absichtigten Weisung befragen können. Indem die Vorinstanz diese Massnahme ohne Anhörung der Parteien im angefochtenen Urteil angeordnet habe, habe sie einmal mehr den Anspruch auf rechtliches Gehör in schwerwiegender Weise ver- letzt. Die angefochtene Weisung, mithin Ziffer 4 (recte 3), des Urteils vom 9. Feb- ruar 2022, sei demnach bereits aus diesem Grund ersatzlos aufzuheben (Urk. 91 S. 14). Dieses Vorbringen zielt ins Leere: Das Gericht ist infolge der für alle Kinderbelan- ge in familienrechtlichen Angelegenheiten geltenden Officialmaxime nicht an die Parteianträge gebunden und kann von diesen abweichen. Das Gericht kann zu- dem Entscheide auch ohne entsprechende Anträge treffen (Art. 296 Abs. 3 ZPO; FamKomm Scheidung-Schweighauser, Anh. ZPO Art. 296 N 37 f.; BSK ZPO- Mazan/Steck, Art. 296 N 30; BGE 138 III 532; BGE 128 III 411 E. 3.1). Erneut legt die Gesuchsgegnerin darüber hinaus nicht dar, was sie anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 9. Februar 2022 im Rahmen einer Befra- gung hätte vorbringen wollen, respektive inwiefern ihre Antworten anlässlich der Befragung für

das Verfahren hätten erheblich sein können. Obschon der Gesuchsteller anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 9. Februar 2022 mehrfach betonte (vgl. Prot. I S. 27, 29), es gelte unter allen Umständen einen Wegzug der Kinder von E._____ zu verhindern, äusserte sich die Gesuchsgegnerin im Übrigen in ihrer anschliessenden Stellungnahme mit keinem Wort zu dieser Thematik (vgl. Prot. I S. 30 ff.; Urk. 75).

- 19 - III. A) Besuchsrecht 1. Die Gesuchsgegnerin äussert sich auf Seite 6 f. ihrer Berufungsschrift (Urk. 91) zunächst zu ihrer eigenen Erziehungsfähigkeit und verweist auf ihre im Vergleich zum ersten Fachpsychologischen Gutachten vom 21. Juni 2021 erfolgte positive Entwicklung, welche durch die Beiständin G._____ und das zweite Fachpsychologische Gutachten vom 15. Dezember 2021 bestätigt werde. Es erhellt nicht, was die Gesuchsgegnerin daraus in Bezug auf das Besuchsrecht des Gesuchstellers zu ihren Gunsten ableiten möchte, liefert sie damit nämlich gerade keine Begründung dafür, weshalb dem Gesuchsteller nicht die Möglichkeit eingeräumt werden soll, die Kinder regelmässig zu betreuen.

E. 11

August 2022, in welchem dieser wegen Einnässen von Übernachtungen der Kinder beim Gesuchsteller während drei Monaten abrät (Urk. 117/1 S. 3), eine an die Beiständin G._____ adressierte E-Mail vom 4. August 2022 von Dr. med. I._____, der Psychiaterin der Kinder, einreichen, in welcher diese sich der Empfehlung von Dr. med. H._____ anschliesst (Urk. 117/1 S. 1).

- 26 - Anzumerken ist hinsichtlich solcher Meinungsäusserungen, dass es sich prozessual um (Kurz-)Privatgutachten handelt, d.h. als von der Gesuchsgegnerin selber veranlasste Fachmeinungen. Privatgutachten sind keine Beweismittel i.S.v. Art. 183 ZPO. Dabei ist zu beachten, dass Privatgutachter – abgesehen vom besonderen Arzt-/Patientenverhältnis – nicht unabhängig sind wie die Verfasser gerichtlicher Gutachten und die Interessen derjenigen Person wahren, die Anlass für das Gutachten war. Der Beweiswert eines Privatgutachtens kann immerhin in der Überzeugungskraft der Argumentation liegen, was gegebenenfalls etwa zur Ergänzung oder Erläuterung des Gerichtsgutachtens führen kann (KU- KO ZPO-Schmid, Art. 183 N 18; OGer ZH PQ170007 vom 10.04.2017, E. III.3d; OGer ZH LY190037 vom 31.10.2019, E. III.A.1.2.4). Eine solche Überzeugungskraft hat das, was Dr. med. H._____ und Dr. med. I._____ in ihren beiden Schreiben anführen, nicht. Aus dem Ärztlichen Attest von Dr. med. H._____ geht nicht hervor, dass dem Urologen – über die Schilderungen der Gesuchsgegnerin und der Beiständin G._____ hinausgehende – Hintergrundinformationen vorlagen, welche eine umfassende Beurteilung der Gesamtsituation bzw. -verfassung der Kinder zugelassen hätten (Urk. 117/1 S. 3). Vielmehr ergibt sich aus der von der Gesuchsgegnerin in diesem Zusammenhang eingereichten Aktennotiz der Beiständin G._____ vom 26. Juli 2022 beispielsweise, dass der Urologe mit dem Gesuchsteller nur ein einziges Gespräch führte (Urk. 114/6). Obschon das Einnässen der Kinder bereits im Zeitpunkt der Gutachtenserstellung Thema war (vgl. Urk. 62 S. 10, 19 und 26), erachteten die Psychologen in ihrem Gutachten vom

E. 15

Dezember 2021 (Urk. 62 S. 30) sowie dem Abklärungsbericht der Psychiatrischen Dienste Aarau AG vom 22. Oktober 2021 (Urk. 70 S. 8) tunlichst zu vermeiden gilt.

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