

ZH_OBERGERICHT LY170012 vom 27. September 2017

ZH Obergericht, 2017-09-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY170012

FR: ZH_OBERGERICHT LY170012 du 27 septembre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LY170012 del 27 settembre 2017

Erwägungen

E. 1

Wie im Entscheid der Kammer vom 21. Januar 2016 (Urk. 5/209) darauf hingewiesen, führen die Parteien eine äusserst turbulente Ehe. Sie lernten sich im Jahre 1999 kennen. Am tt.mm.2000 kam ihr Sohn C._____ (Verfahrensbeteiligter 1) zur Welt. Am tt. Februar 2003 heirateten sie. Am 1. Juni 2005 rief die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) das erste Mal den Eheschutzrichter an. Es folgten über die Jahre drei weitere Eheschutzverfahren. Am tt.mm.2009 kam D._____ (Verfahrensbeteiligte 2), die Tochter der Parteien, zur Welt. Rund zwei Monate nach der Geburt ihrer Tochter reichten die Parteien ein erstes gemeinsa-

- 7 - mes Scheidungsbegehren ein. Es sollten vier weitere folgen. Bis auf das aktuelle wurden diese entweder wegen Nichteinreichen des Bestätigungsschreibens ab- gewiesen, wegen Nichtleisten des Kostenvorschusses durch Nichteintreten erle- digt oder aber als durch Rückzug erledigt abgeschrieben. Seit dem 13. August 2014 stehen die Parteien vor Vorinstanz in ihrem fünften Scheidungsverfahren (Urk. 5/209 S. 2 f. E. I.1.1). Die mehrjährige Angelegenheit gestaltet sich biswei- len selbstredend als äusserst umfangreich und aufwändig.

E. 1.1

Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich für ein summarisches Ver- fahren aufgrund der umfangreichen Akten als verhältnismässig aufwändig. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich daher in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Ge- bührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Entscheidgebühr von Fr. 5'500.–.

E. 1.2

Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei aufer- legt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mit Bezug auf die Kinder- belange sind die Kosten des Verfahrens im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO und gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Umstritten war im vorliegenden Verfahren im Wesentlichen die Rückübertragung des Aufenthaltsbestimmungs- rechts und der Obhut über D._____. Beide Parteien hatten gute Gründe für ihre jeweiligen Anträge. Damit sind die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Zuzufolge der – wie sogleich aufzuzeigen sein wird – beiden Parteien zu gewähren- den unentgeltlichen Rechtspflege sind die Gerichtskosten jedoch einstweilen auf

die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Die Beklagte beantragt, es sei der Kläger zu verpflichten, ihr für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 6'000.– zu bezahlen. Eventualiter sei der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben (Urk. 1 S. 3). Auch der Kläger hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsbeistandung in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ gestellt (Urk. 8B S. 2; Urk. 12 S. 2).

- 34 - Beiden Parteien wurde im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren (vgl. für die Beklagte: Urk. 5/6, 5/131 und 5/409; vgl. für den Kläger: Urk. 5/81 und 5/107) sowie in den bisherigen Berufungsverfahren vor Obergericht (LY140042-O, damit vereinigt LY140043-O, und LY150039, damit vereinigt LY150041) stets die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. In finanzieller Hinsicht ist davon auszugehen, dass sich die Verhältnisse der Parteien seither nicht wesentlich verbessert haben. Beide Parteien sind derzeit arbeitslos und werden vom Sozialamt unterstützt (vgl. Urk. 1 S. 26; Urk. 8B S. 8). Daraus erhellt, dass der Kläger nicht in der Lage ist, der Beklagten einen Prozesskostenbeitrag zu leisten. Der entsprechende Antrag der Beklagten ist folglich abzuweisen. Sodann kann nicht von vornherein gesagt werden, dass die Gewinnaussichten der Parteien im Berufungsverfahren mit Blick auf die zur Diskussion stehenden Kinderbelange beträchtlich geringer wären als die Verlustgefahren. Damit ist den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO in Verbindung mit Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO auch für das aktuelle Berufungsverfahren zu gewähren. Es wird beschlossen:

E. 2

Im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren wurde den Kindern (Verfahrensbeiteiligten) eine Prozessbeiständin im Sinne von Art. 299 ZPO bestellt (Urk. 5/17). Im Übrigen kann für den erstinstanzlichen Prozessverlauf und die weitere Ehegeschichte der Parteien auf die Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid (Urk. 2 S. 5 ff., E. I.) und in ihren bisher erlassenen Verfügungen verwiesen werden (vgl. namentlich Urk. 5/69, 5/141, 5/183, 5/218, 5/252, 5/303 und 5/375). Am 23. März 2017 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid.

E. 2.1

Die Beklagte beanstandet berufsweise, die Vorinstanz habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt bzw. diesen in Verletzung des geltenden (uneingeschränkten) Untersuchungsgrundsatzes ungenügend abgeklärt. So sei gerade auch jene Gutachterin, Dr. phil. G. _____, auf deren Gutachten die Vorinstanz zur Verneinung eines zusätzlichen Gutachtens betreffend den Kläger verweise, zum Schluss gekommen, dass die Pathologie des Klägers nicht zu unterschätzen und insbesondere sein Kontrollzwang enorm stark ausgeprägt sei. Es sei daher wichtig, eine gutachterliche, psychiatrische Untersuchung des Klägers in die Wege zu leiten. Auch die mit dem psychiatrischen Gutachten der Beklagten beauftragten Gutachter, lic. phil. H. _____ und Prof. Dr. phil. Dr. med. I. _____, hätten entsprechend eine gutachterliche, psychiatrische Untersuchung des Klägers empfohlen (vgl. Urk. 5/162, S. 10 und 13). Die Vorinstanz habe sich über diese Empfehlungen von drei Gutachtern hinweggesetzt, was mit Blick auf das Kindeswohl in keiner Weise nachvollzogen werden könne. Wenn die Vorinstanz diese Empfehlungen als vage und unbegründet werte (vgl. Urk. 2 S. 29 f., E. II.38.), hätte sie in Nachachtung des

uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes dazu weitere Abklärungen tätigen, insbesondere bei den Gutachtern diesbezüglich eine weitere Begründung verlangen müssen. Immerhin sei auch zu beachten, dass im Zeitpunkt der Erstellung der Gutachten betreffend D._____ eine Obhutszuteilung an den Kläger noch nicht einmal ein Thema gewesen sei (vgl. Urk. 1, insbesondere S. 4 ff., 17 und 20 ff.).

E. 2.2

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Bei der Anordnung von (nötigen) Massnahmen während des Getrenntlebens geht es darum, möglichst rasch eine optimale Situation für das Kind zu schaffen. Langwierige Abklärungen,

- 13 - etwa durch Gutachten, sollten dabei auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände (z.B. sexueller Missbrauch von Kindern, Gewalttätigkeiten gegenüber Kindern u.Ä.) vorliegen, aufgrund welcher das Gericht an die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeit stösst, wobei dem Gericht diesbezüglich ein gewisses Ermessen zukommt (BGer 5A_529/2014 vom 18. Februar 2015, E. 2.3; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 90). In casu sind keine besonderen Umstände im obgenannten Sinne ersichtlich. Die Beklagte bringt diesbezüglich zwar vor, dass die Vorinstanz die vom Kläger verübten Straftaten und sein sonstiges Verhalten in der Vergangenheit bagatellisiere. Die seitens der Beklagten im Plädoyer vom 13. März 2017 aufgeführten Beispiele zur Gewaltbereitschaft des Klägers und zum für sich sprechenden Chat-Verkehr zwischen den Parteien (vgl. Urk. 5/438 S. 6 ff. und 13 f.) zeigten den Charakter, die kriminelle Energie und insgesamt, wozu der Kläger fähig sei. Auch ergebe sich aus den Akten, dass die Kinder bei den Vorfällen – wie dies bei Fällen von häuslicher Gewalt die Regel sei – zugegen gewesen seien. Die vom Kläger ausgehende Gewalt habe sich nicht nur gegen die Beklagte gerichtet, sondern auch gegen Beamte und insbesondere auch gegen die Kinder. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz hätten die Delikte nicht ausschliesslich im Zusammenhang mit der Paarbeziehung gestanden, was sich namentlich im Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 31. Mai 2011 widerspiegle. Mit diesem Entscheid sei der Kläger der Körperverletzung, der versuchten Drohung und der Gewalt und Drohung gegen Beamte für schuldig gesprochen und mit einer Freiheitsstrafe von neun Monaten bestraft worden. Bei jenem Vorfall sei die damals sieben Monate alte D._____ auf dem Arm der Beklagten gewesen, was den Kläger nicht davon abgehalten habe, der Beklagten gegenüber stark gewalttätig zu werden. Er habe ihr D._____ entrissen und sogar gedroht, das Kind auf den Boden fallen zu lassen. Der damals neunjährige C._____ sei dann zwischen die Eltern gegangen, woraufhin die Beklagte aus dem Küchenfenster fliehen könne. Dieser Vorfall sei denn auch kein Einzelfall gewesen. Auch in den folgenden Jahren habe sich der Kläger weiterhin straffällig verhalten und sei erst am 14. Juli 2016 unter anderem wegen Stalking zulasten der Beklagten verurteilt worden. Auch gegen-

- 14 - wärtig sei ein (weiteres) Strafverfahren am Obergericht des Kantons Zürich pending. Dass aus all diesen Vorfällen nicht Kindeswohlgefährdende Umstände erkannt würden, sei unerklärlich (Urk. 1 S. 14 ff.). Gegenwärtige Kindeswohlgefährdende Umstände bzw. eine ernsthafte Einschränkung der Erziehungsfähigkeit des Klägers lassen sich aus diesen Ausführungen der Beklagten jedoch nicht ableiten. Die Beklagte will solches insbesondere aus einer Vorstrafe folgern, deren Sachverhalt sich unbestrittenermassen am 19. Oktober 2009 und mithin vor knapp acht Jahren zutrug. Da beim Entscheid über die Obhutszuteilung auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen ist, erweist sich dies als unbehelflich. Die

weiteren von der Beklagten im Plädoyer vom 13. März 2017 aufgeführten Beispiele jüngerer strafbarer Handlungen des Klägers standen augenscheinlich, wie dies auch die Vorinstanz festgestellt hat, (fast) ausschliesslich im Zusammenhang mit der Paarbeziehung und die Aggressionen richteten sich nicht gegen die Kinder (vgl. Urk. 438 S. 6 ff. und 13 f.). Es ist vorliegend unbestritten, dass die Paarbeziehung zwischenzeitlich aufgelöst ist, so dass keine Anhaltspunkte für eine weitere Delinquenz des Klägers bestehen (vgl. Urk. 2 S. 29, E. II.36.). Auch aus dem Urteilsdispositiv der II. Strafkammer am Obergericht des Kantons Zürich vom 11. Juli 2017 resultiert nichts anderes. Dem vom Obergericht zu überprüfenden Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 14. Juli 2016 lag ein Sachverhalt zugrunde, der sich offenbar im Oktober 2014 zugetragen hat (vgl. Urk. 20; Urk. 5/438 S. 9 mit Verweis auf Urk. 5/427/2; Urk. 1 S. 15). Im Entscheid der Kammer vom 26. April 2017 betreffend aufschiebende Wirkung wurde darauf hingewiesen, dass der Antrag der Beklagten auf eine Begutachtung des Klägers von der Vorinstanz bereits mit Verfügung vom 30. Juni 2015 abgewiesen worden war (Urk. 5/183 S. 24, Disp.-Ziff. 13). Dieser Entscheid war mit Beschluss der Kammer vom 21. Januar 2016 geschützt worden (Urk. 5/209 S. 21, Disp.-Ziff. 3; Urk. 11 S. 11 E. 5. lit. d). Klarzustellen ist diesbezüglich ferner, dass dem Erziehungsfähigkeitsgutachten von Dr. phil. G._____ vom 13. Februar 2015 eine Empfehlung für eine psychiatrische Untersuchung des Klägers nicht zu ent-

- 15 - nehmen ist (vgl. Urk. 5/111). Eine entsprechende Empfehlung ergibt sich lediglich aus einer von den mit dem psychiatrischen Gutachten der Beklagten beauftragten Gutachtern, lic. phil. H._____ und Prof. Dr. phil. Dr. med. I._____, erstellten Telefonnotiz (vgl. Urk. 162, S. 10). Letztere Gutachter scheinen denn auch lediglich gestützt auf diese Telefonnotiz am Schluss ihres Gutachtens vom 10. Juni 2015 eine nähere Untersuchung der psychischen Gesundheit des Klägers zu empfehlen (vgl. Urk. 162 S. 13). Weiteres kann diesbezüglich dem Gutachten nicht entnommen werden. Die Empfehlung auf eine Untersuchung der psychischen Gesundheit des Klägers ist selbstredend nicht dahingehend zu verstehen, dass sich eine psychiatrische Begutachtung geradezu aufdrängt, weshalb die Vorinstanz diese zu Recht als vage und unbegründet erachtete (Urk. 2 S. 29 f. E. II.38). Dass in Nachachtung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes durch die Vorinstanz weitere Abklärungen notwendig gewesen wären, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen kann, was eine psychiatrische Begutachtung des Klägers anbelangt, auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 29 f. E. II.38).

E. 2.3

Die Beklagte anbegehrt vorliegend die Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 8 des angefochtenen Entscheids (Abweisung des Antrags auf Einholung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens). Dem ist entgegenzuhalten, dass bereits mit Urk. 5/111 ein Erziehungsfähigkeitsgutachten über beide Parteien eingeholt wurde (Urk. 2 S. 29, E. II. 37). Dieses äussert sich über die (bestehende) Erziehungsfähigkeit des Klägers, auch wenn betreffend D._____ eine Obhutszuteilung an den Kläger damals noch kein Thema war (vgl. Urk. 5/111 S. 14 f.). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz und mit Verweis auf deren zutreffenden Erwägungen ist davon auszugehen, dass vorliegend – wie sogleich aufzuzeigen sein wird – kein Grund für ein erneutes Erziehungsfähigkeitsgutachten besteht (Urk. 2. S. 30, E. II. 39).

E. 2.4

Auch bezüglich der von der Beklagten angeforderten Aufhebung von Dispositiv-Ziffer 9 des angefochtenen Entscheids (Abweisung des Antrags auf Einholung eines Berichtes von Dr. E._____) kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 30, E. II.41.). Die Beklagte setzt sich in ihrer

- 16 - Berufung mit diesen Erwägungen nicht auseinander und vermag daher ihrer Begründungspflicht nicht nachzukommen. Auf den entsprechenden Aufhebungsantrag ist daher nicht einzutreten.

E. 2.5

Nach dem Gesagten bestand für die Vorinstanz bzw. besteht für die Kammer eine genügende Entscheidungsgrundlage. Weiterungen sind – auch aufgrund des vorliegend summarischen Verfahrens – nicht angezeigt.

E. 3

Dagegen erhob die Beklagte am 6. April 2017 innert Frist (vgl. Urk. 5/445/3) Berufung, wobei sie obgenannte Anträge stellte (Urk. 1 S. 2 f.).

E. 3.1

Die Beklagte beanstandet weiter, dass sich der vorinstanzliche Entscheid insbesondere auf zwei Berichte der Beiständin stütze, welchen wiederum im Wesentlichen die Protokolle der Besuchsrechtsbegleitperson und "Aussagen des Kinderheims" zugrunde lägen und damit einseitige, subjektive Momentaufnahmen wiedergäben. Die Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit der Beklagten sei im Erziehungsfähigkeitsgutachten von Dr. phil. G.____ vom 13. Februar 2015 (Urk. 5/111) sowie im psychiatrischen Gutachten von lic. phil. H.____ und Prof. Dr. phil. Dr. med. I.____ vom 10. Juni 2015 (Urk. 5/162) bestätigt worden. Die Gutachten vermöchten insbesondere nicht durch zwei Berichte einer Beiständin, welche offensichtlich aus einem Groll gegenüber der Beklagten heraus entstanden seien, in Frage gestellt zu werden (Urk. 1 S. 8 und 12).

E. 3.2

Das Gutachten von Dr. phil. G.____ datiert vom 13. Februar 2015 (Urk. 5/111), mit Exploration ab 2014 und mithin vor dem Hintergrund des damals offen ausgetragenen Paarkonflikts. Auch das Gutachten von lic. phil. H.____ und Prof. Dr. phil. Dr. med. I.____ wurde 2015 erstellt (10. Juni 2015; Urk. 5/162). Gegenstand dieses Gutachtens bildete einzig die Gesundheit der Beklagten. Da nur die Beklagte untersucht wurde, können aus diesem keine Rückschlüsse auf den Kläger gezogen werden. Richtig ist, dass im ersten Gutachten eine Rückplatzierung von D.____ zum Kläger noch nicht in Betracht gezogen wurde. Dennoch wurde ihm die Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit attestiert. Zwar attestierte das Gutachten dieselbe Fähigkeit auch auf Seiten der Beklagten (vgl. Urk. 111 S. 14 ff.). Beide Gutachten repräsentieren aber den damaligen Stand und mithin eine veraltete Momentaufnahme. Zweifelsohne bestehen heute andere Verhältnisse, hat der angefochtene Entscheid doch (hauptsächlich) die Aufhebung der Fremdplatzierung und mithin die Rückübertragung des Aufenthaltsbestimmungs-

- 17 - rechts und der Obhut über D.____ an eine der Parteien zum Gegenstand. Wie die Vorinstanz zutreffend und unbestrittenermassen erwog, hatte sie nunmehr zum achten Mal im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im laufenden Scheidungsverfahren die Anpassung der Kinderbelange zu prüfen. Zweimal wurden die entsprechenden Entscheide vom Obergericht überprüft und bestätigt. Damit einhergehend hat sich die Vorinstanz

bereits mehrfach und vertieft mit den Kinderbelangen auseinandergesetzt, weshalb sie in grundsätzlicher Hinsicht zu Recht zunächst auf die vorher ergangenen Entscheidungen und dortigen Erkenntnisse verwiesen hat (vgl. Urk. 2 S. 5 ff., E. I.). Richtigerweise hat die Vorderrichterin auch darauf hingewiesen, dass im angefochtenen Entscheid folglich eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Entwicklung der Kinderbelange seit den vorher ergangenen Entscheiden vorzunehmen war. Zurecht richtete sie sodann das Augenmerk hierbei schwergewichtig auf die Entwicklung ab Anfang 2016 bis heute (Urk. 2 S. 23, E. II.18). Auch hat die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid zutreffend darauf hingewiesen, dass im Scheidungsverfahren der Parteien neben umfangreichen Akten auch diverse Erkenntnisquellen und eine mehrjährige Beobachtungsdauer vorliegen (vgl. dazu Urk. 2 S. 30, E. 39). Damit hat sie dem angefochtenen Entscheid augenscheinlich auch ihre eigene Wahrnehmung zugrunde gelegt, auch wenn sich dies letztlich im Entscheid nicht in Form von Zitaten widerspiegelt. In tatsächlicher Hinsicht liegen als jüngste (objektive) Erkenntnisquellen die beiden Berichte der Beiständin und die Ausführungen der Parteien und Verfahrensbeteiligten im Recht. Das daraus Entscheidende findet sich im angefochtenen Entscheid (vgl. Urk. 2 S. 5 ff., E. I.). Die zentrale Rolle nehmen dabei die beiden Berichte der Beiständin vom 11. Oktober 2016 und vom 13. Januar 2017 ein, welche gemäss Vorinstanz detailliert, nachvollziehbar und umfassend seien und sich auch mit den übrigen Akten deckten, weshalb auf diese abzustützen sei (Urk. 2 S. 25 f., E. II. 23). Dem ist beizupflichten (vgl. Urk. 5/362 und 5/388; Urk. 2 S. 6 ff. und 14 ff., E. I.5. und I.7.). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Berichte nicht unparteiisch und fast ausschliesslich zu Gunsten des Klägers verfasst worden seien. Die Berichte der Beiständin bringen ein teils nicht kooperatives Verhalten der Beklagten gegenüber den involvierten Personen und Behörden zum Ausdruck. Die Beklagte räumt selbst ein, dass dem durchaus

- 18 - so gewesen sei, wofür aber Verständnis aufzubringen sei (Urk. 1 S. 8 ff.). Wenn der Beklagten unkooperatives Verhalten attestiert wird, entspricht dies also der Realität, weshalb daraus keine Parteilichkeit der Beiständin abgeleitet werden kann. Wie die Beklagte überdies selbst eingesteht, berichtet die Beiständin durchaus auch Positives über sie, (Urk. 1 S. 7, 11; Urk. 5/361 S. 2 und 4). Eine Parteilichkeit der Beiständin ist auch nicht darin auszumachen, dass sie in ihren Berichten die positive Entwicklung des Klägers aufzeigt, insbesondere wenn sie sich mit den Wahrnehmungen anderer Beteiligter zu decken vermögen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die beklagte Auffassung fehlschlägt, wonach ihr eingeständenes, teils nicht kooperatives Verhalten das Kindeswohl von D._____ nicht tangiere und ihre erwiesene Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit nicht beschneide, habe dies doch nichts mit der Eltern-Kind-Beziehung, sondern nur mit der Eltern-Behörden-Beziehung zu tun (Urk. 1 S. 10). Vorliegend steht einzig eine Rückübertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der Obhut über D._____ an einen Elternteil verbunden mit einem Setting (Familienbegleitung etc.) zur Debatte. Das Kindeswohl von D._____ kann daher zumindest gegenwärtig nur mit einem kooperativen Verhalten aller Beteiligten bestmöglich gewährleistet werden. Dass mit einer Rückübertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der Obhut über D._____ an die Beklagte künftig ein kooperativeres Verhalten der Beklagten einherginge (Urk. 1 S. 27 ff.), bleibt im gegenwärtigen Zeitpunkt ungewiss. Solches steht nicht im Einklang mit den Akten, auch wenn diesen ein zeitweilig durchaus positives Verhalten der Beklagten entnommen werden kann (vgl. exemplarisch Urk. 5/269/6).

E. 4

Mit Verfügung vom 11. April 2017 wurde dem Kläger und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) und der Prozessbeiständin von D._____ Frist zur Stellungnahme zum Gesuch der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung einerseits und zur Erstattung der Berufungsantwort andererseits angesetzt (Urk. 7). Gleichzeitig wurden bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung Vollstreckungshandlungen untersagt (Urk. 7 Disp.-Ziff. 3). Sowohl die Stellungnahme des Klägers (Urk. 8A+B) zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung als auch jene der Prozessbeiständin von D._____ (Urk. 9A+B) datieren vom 24. April 2017 und wurden fristgerecht und vorab per Fax erstattet (Urk. 7, angeheftete Empfangsscheine). Beide beantragten die Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung; der Kläger beantragte überdies die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 8 S. 2 und Urk. 9 S. 1).

- 8 -

E. 4.1

Weiter moniert die Beklagte, dass D._____ vor Erlass des angefochtenen Entscheides nicht angehört worden sei. Dies lasse sich nicht rechtfertigen, da D._____ mit dem angefochtenen Entscheid nun zum ersten Mal in ihrem Leben beim Kläger wohnen und leben solle. Auch hierin sei eine Verletzung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes zu erblicken. Hauptbezugsperson von D._____ sei seit der Geburt die Beklagte gewesen (Urk. 1 S. 5 f. und 9).

E. 4.2

Dem ist zu entgegnen, dass D._____ am 30. März 2016 sehr wohl von der Vorinstanz angehört wurde (Urk. 255 f.). D._____ war damals sieben Jahre alt. Ih-

- 19 - re Urteilsfähigkeit war damals damit noch nicht vollständig entwickelt. Diese dürfte nunmehr mit einem Alter von achteinhalb Jahren wohl besser gewährleistet, aber auch noch nicht ausgereift sein. Zudem gilt es vorliegend besondere Umstände zu berücksichtigen. Für D._____ wurde bereits mit Zirkulationsbeschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich vom 30. April 2009 eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 angeordnet und J._____ zur Beiständin ernannt. Die Beistandschaft wurde aufgrund einer Intervention der Beklagten errichtet, weil sie sich gemäss eigenen Angaben mit der neugeborenen D._____ überfordert gefühlt habe und diese am liebsten weggegeben hätte (vgl. Urk. 5/51/11). Im April 2010 fand auf Wunsch der eingesetzten Beiständin erstmals ein Mandatswechsel statt. Gemäss der damaligen Beiständin sei eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit der Kindsmutter nicht mehr möglich gewesen (vgl. Urk. 5/51/36). Das Mandat wurde – auch da die Aufrechterhaltung der Beistandschaft von der Vorinstanz mit Verfügung vom

E. 5

Mit Verfügung vom 26. April 2017 wurde das Gesuch der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 11 S. 12).

E. 5.5

Schliesslich beanstandet die Beklagte, dass die Vorinstanz der Entwicklung von C._____ zu wenig Beachtung geschenkt habe. Die Beklagte habe aufgezeigt und belegt, dass C._____ offensichtlich seit dem Zusammenleben mit dem Vater auf die schiefe Bahn geraten und auch bereits straffällig in Erscheinung getreten sei. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der 17-Jährige C._____ mittlerweile sein 10. Schuljahr absolviert hat und

auch in der Lage war, eine Lehrstelle als Automobil-Mechatroniker EFZ bei der (renommierten) Q._____ Schweiz AG zu finden, welche er zwischenzeitlich angetreten haben dürfte (vgl. Urk. 5/437/2). Wohl ist richtig, dass C._____ in der Vergangenheit straffällig geworden ist. So wurde er mit Strafbefehl vom 7. Dezember 2016 der mehrfachen Benützung eines Fahrzeugs nach Personenbeförderungsgesetz im Sinne von Art. 57 Abs. 2 lit. b PBG schuldig gesprochen und ihm wurde ein Verweis erteilt (vgl. Urk. 5/427/2). Aktenkundig ist weiter, dass C._____ bei der Jugendanwaltschaft Zürich-Stadt wegen Diebstahls etc. angezeigt worden ist und gegen ihn eine Strafuntersuchung eröffnet wurde. Am 9. Oktober 2015 wurde er von der entsprechenden Jugendanwaltschaft zu einer am 21. Oktober 2015 stattfindenden Anhörung vorgeladen (vgl. Urk. 5/427/3). Der Ausgang dieser Strafuntersuchung ist nicht aktenkundig, was angesichts der inzwischen verstrichenen Zeit vorliegend aber auch nicht weiter von Belang ist. Fraglich erscheint, inwiefern das mit vorgenanntem Strafbefehl geahndete zweimalige Fahren ohne gültigen Fahrausweis von C._____ im März 2016 vorliegend überhaupt relevant ist. Einerseits ist C._____ seither kein straffälliges Verhalten mehr anzulasten. Andererseits vermag das doch als geringfügig zu erachtende Delikt seiner jüngsten sehr positiven Entwicklung nicht entgegenzustehen. Auf kindeswohlgefährdende Umstände beim Kläger kann auch aufgrund der jüngeren Vergangenheit von C._____ nicht geschlossen werden (vgl. zum Ganzen Urk. 1 S. 21.).

E. 5.6

Nach dem Gesagten vermag die Beklagte mit ihren Beanstandungen an den vorinstanzlichen Erwägungen zur Rückübertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und der Obhut über D._____ an den Kläger nicht durchzudringen. Mit Blick

- 31 - auch auf die nicht beanstandeten und im Übrigen zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid ist der Vorinstanz beizupflichten, dass eine Rückplatzierung von D._____ ohne stützende Massnahmen zumindest gegenwärtig zu beiden Eltern ausgeschlossen ist. Eine Einlassung auf solche unterstützenden Massnahmen ist für das Kindeswohl von D._____ unabdingbar. Im Gegensatz zur Beklagten, die sich in der jüngeren Vergangenheit auf keine der stützenden Massnahmen längerfristig konstruktiv einlassen konnte, ist dies dem Kläger nachweislich gelungen, auch wenn dies nicht darüber hinweg täuscht, dass auch beim Kläger weiterhin Unterstützungsbedarf besteht. Dass dem Ermessensentscheid eine einseitige Abwägung zugrunde gelegen haben soll, ist zu verneinen. Die Vorinstanz hat diesen unter Einhaltung der bislang entwickelten Kriterien für die Obhutsuteilung und im Einklang mit dem Kindeswohl von D._____ getroffen. Die Berufung ist diesebzüglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

E. 6

Der Kläger erstattete die Berufungsantwort fristgerecht (Urk. 7) am 29. April 2017 (Urk. 12).

E. 6.1

Die Beklagte beanstandet für den Fall der Bestätigung einer Rückplatzierung von D._____ an den Kläger, dass sich ein so eingeschränktes Besuchsrecht, wie es die Vorinstanz in Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids für die Beklagte angeordnet habe, in keiner Weise rechtfertigen lasse. Ein solch einschränkendes Besuchsrecht sei alles andere als adäquat, vielmehr solle sie damit einmal mehr dafür bestraft werden, dass sie nicht zu

allem Ja und Amen gesagt ha- be. Der Grund für die Fremdplatzierung sei offensichtlich weggefallen, womit nichts gegen ein gerichtsbliches, unbegleitetes Besuchsrecht spreche (vgl. Urk. 1 S. 25).

E. 6.2

Bereits in der vorinstanzlichen Verfügung vom 16. November 2016 wurde die Beklagte darauf hingewiesen, dass sich eine Prüfung der Besuchsrechtsaus- weitung erübrige, da sich bei ihr aus den (damals) neuen Unterlagen – mit exemplarischem Verweis auf den Bericht der Beiständin vom 11. Oktober 2016 (Urk. 361 S.1) – keineswegs ein stabilisiertes Bild präsentiere (vgl. Urk. 375, S. 6, E. 12). Die Vorinstanz verfügte in nämlichem rechtskräftig gewordenem Entscheid in der Folge, dass die Beklagte unverändert entsprechend Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Vorinstanz vom 15. Februar 2016 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme berechtigt und verpflichtet sei, D._____ an jedem zweiten Wochen-

- 32 - ende, alternierend zu den Kontakten des Klägers, nach Absprache mit der Besuchsbegleiterin bzw. der Beiständin sowie dem Kinderheim in den dessen Räumlichkeiten im Sinne von begleiteten Kontakten zu besuchen (Urk. 375 S. 8, Disp.-Ziff. 1 lit. c). Auch aus dem jüngsten Bericht der Beiständin vom 13. Januar 2017 ergibt sich ein unverändertes Bild. Das Verhalten der Beklagten und die Kontakte zwischen D._____ und ihr erweisen sich alles andere als beständig (vgl. Urk. 388 S. 2 f.; Urk. 2 S. 15 f., E. 7.3 ff.). Wie zuvor dargelegt (vgl. Ziff. III.5.2.2), fällt aufgrund der primär auf Seiten der Beklagten auszumachenden ernsthaften Defizite bei der Erziehungsfähigkeit eine Rückplatzierung von D._____ zur Be- klagten ausser Betracht. Eine beständige Einlassung der Beklagten auf stützende Massnahmen ist auch hinsichtlich unbegleiteter Besuche unabdingbar (vgl. Ziff. III.5.5 vorstehend), ansonsten gegenwärtig nicht nur von einer abstrakten, son- dern konkreten Gefährdung des Kindeswohls von D._____ auszugehen ist. Bis zum Erreichen einer gewissen Beständigkeit rechtfertigt es sich daher, der Be- klagten einstweilen lediglich ein begleitetes Besuchsrecht in einem Besuchstreff einzuräumen, alle 14 Tage für die Dauer von zwei Stunden (vgl. Urk. 2 S. 31 f., E. II.44 und II.47). Entgegen der Ansicht der Beklagten kann auch in diesem Zu- sammenhang von einer Abstrafung keine Rede sein. Vielmehr ist darin eine Hilfe- stellung für eine Verbesserung der Eltern-Kind-Beziehung zu erblicken. 7. Die seitens der Beklagten beantragte Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 4 und 5 (Familienbegleitung, Ergänzung zum bereits bestehenden Auftrag der Beistän- din) steht in ausschliesslichem Zusammenhang mit der angebehrten Rückplatzie- rung von D._____ an die Beklagte. Nachdem das Aufenthaltsbestimmungsrecht und die Obhut über D._____ beim Kläger zu belassen ist, erübrigen sich mit Ver- weis auf die diesbezüglich zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (vgl. Urk. 2 S. 31 f., E. II.43 und II.48 ff.) weitere Ausführungen.

E. 7

Weitere verfahrenswesentliche Eingaben der Parteien erfolgten nicht. Die vorinstanzlichen Akten sowie das – noch nicht rechtskräftige – Urteilsdispositiv der II. Strafkammer am Obergericht des Kantons Zürich vom 11. Juli 2017 im Ver- fahren mit der Geschäfts-Nr. SB160450-O, in welchem der Kläger als Beschuldig- ter involviert war bzw. ist, wurden beigezogen (vgl. Urk. 19 f.). Das Verfahren er- weist sich als spruchreif. II. 1. Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs.1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 2, 7 und 10 bis 12 des vorinstanzlichen

Entscheid. In diesem Umfang ist dieser in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist. 2. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet hauptsächlich die Obhutszuteilung über die gemeinsame Tochter D._____ und die sich daraus ergebenden Anordnungen (Besuchsrecht, Familienbegleitung, Ergänzung des bereits bestehenden Auftrags der Beiständin von D._____). Die Beklagte wehrt sich vorliegend darüber hinaus gegen die Aufhebung der vorinstanzlich angeordneten Psychotherapie für den Kläger und die vorinstanzliche Abweisung der Anträge auf Einholung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens und eines Berichtes von Dr. E._____ (Psychotherapeut). 3. 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. Die Rechtsmittelinstanz hat sich grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu be-

- 9 - schränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden. Hiervon ausgenommen sind offensichtliche Mängel (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3). 4. Die Beklagte beantragt vorliegend, es seien die (gesamten) Strafakten mit der Geschäfts-Nr. SB160450-O (im Zeitpunkt der Berufungserhebung anhängig vor dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Strafkammer) beizuziehen (Urk. 1 S. 3). Sie begründet dies damit, dass der Kläger erstinstanzlich zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden sei. Damit stelle sich die Frage, was im Falle eines Vollzuges der Freiheitsstrafe mit den Kindern C._____ und D._____ passieren solle (Urk. 1 S. 15). Wie bereits erwähnt, wurde das Urteilsdispositiv vom 11. Juli 2017 des genannten Strafverfahrens beigezogen (vgl. Ziff. I.7. vorstehend). Diesem kann entnommen werden, dass der Kläger zu einer vollziehbaren Geldstrafe verurteilt wurde (Urk. 20 S. 2, Disp.-Ziff. 2. f.). Vom Widerruf der mit Urteil der II. Strafkammer am Obergericht Zürich vom 31. März 2011 ausgefallten Freiheitsstrafe von neun Monaten (abzüglich 242 Tage erstandener Haft) wurde abgesehen und stattdessen die Probezeit um ein Jahr verlängert (Urk. 20 S. 2, Disp.-Ziff. 4.). Selbst wenn das Urteil nicht rechtskräftig würde und die letztgenannte Strafe widerrufen würde, drohte dem Kläger allerhöchstens eine (Rest-) Freiheitsstrafe von knapp einem Monat. Dies ist für die Obhutszuteilung nicht entscheidrelevant. Für den Beizug der übrigen Strafakten besteht kein Anlass, weshalb der entsprechende Antrag der Beklagten abzuweisen ist. 5. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass auf die Ausführungen der Parteien nachfolgend nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig eingegangen wird. III.

E. 8

Im Ergebnis ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann, und die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 7. Abteilung, vom 23. März 2017 – soweit noch nicht in Rechtskraft erwachsen – zu bestätigen.

- 33 - IV.

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