

# ZH\_OBERGERICHT LY190002 vom 2. Juli 2019

ZH Obergericht, 2019-07-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY190002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY190002)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY190002 du 2 juillet 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LY190002 del 2 luglio 2019

## Erwägungen

### E. 1

a) Im Rahmen eines am 6. September 2016 eingereichten Eheschutzbegehrens der Berufungsbeklagten (act. 7/5/1) trafen die Parteien am 20. Oktober 2016 eine Eheschutzvereinbarung (act. 7/5/19), welche das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Uster mit Urteil vom 24. Oktober 2016 genehmigte. Die Obhut über die aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2014, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, teilte das Einzelgericht für die Dauer des Getrenntlebens der Berufungsbeklagten zu. Die Kinder wurden unter der gemeinsamen elterlichen Sorge belassen (act. 7/5/21). Das Einzelgericht genehmigte insbesondere die Regelung des Besuchsrechts, die Folgendes vorsah (act. 7/5/21 Dispositiv Ziffer. 4 Vereinbarung Ziff. 2 c) Persönlicher Verkehr): "Der Gesuchsgegner ist berechtigt, seine Kinder jedes zweite Wochenende im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts im Besuchstreff ... (BBT) wie folgt zu sehen: C.\_\_\_\_\_: jeden 1. und 3. Sonntag im Monat von 10 Uhr bis 16.30 Uhr D.\_\_\_\_\_: jeden 1. und 3. Sonntag im Monat von 10 Uhr bis 12 Uhr." Bereits zum Zeitpunkt jener Eheschutzverhandlung vom 20. Oktober 2016 befand sich der Berufungskläger in Untersuchungshaft (act. 7/5 Protokoll S. 3), aus welcher er am 16. Februar 2017 entlassen wurde (act. 7/6/12 S. 3). Er wird beschuldigt, am 28. August 2016 an seinem Wohnort im Beisein seiner mit ihm im Bett liegenden Tochter C.\_\_\_\_\_ onaniert und einen Versuch unternommen zu haben, sich von seiner Tochter oral befriedigen zu lassen, wobei gerade in diesem Moment die Berufungsbeklagte ins Schlafzimmer getreten sei, weshalb es nicht zum Vollzug gekommen sei (act. 7/67 S. 6). Der Berufungskläger bestreitet diese Vorwürfe. Er wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 28. November 2017 nebst den hier nicht interessierenden SVG-Delikten der sexuellen Handlungen mit einem Kind im Sinne von Art. 187 Ziff. 1 StGB und der versuchten Schändung im Sinne von Art. 191 in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 StGB schuldig gesprochen (vgl. act. 23) In der Folge wurde dieser Schuldspruch vom Obergericht mit Urteil

- 5 - vom 25. März 2019 bestätigt (act. 23), wobei dieses Urteil noch nicht rechtskräftig ist. Am 7. März 2017 ging beim Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf ein Begehren der Berufungsbeklagten um Abänderung des Eheschutzentscheides vom 24. Oktober 2016 ein (act. 7/6/1). In dieser Rechtschrift wurde ausgeführt, seit dem Vorfall am 28. August 2016 seien bereits mehr als sechs Monate vergangen, in denen die gemeinsamen Kinder, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, ihren Vater nicht mehr gesehen hätten. Zum Zeitpunkt der Eheschutzverhandlung habe nicht damit gerechnet werden können, dass der Berufungskläger bis Ende Februar 2017 in Untersuchungshaft bleiben müsse bzw., dass eine forensisch-psychiatrische Begutachtung des Beklagten in Auftrag gegeben werde, welche bis Ende Januar 2017 daure. Mithin seien die im Eheschutzurteil festgelegten Besuchszeiten von zwei und sechs Stunden zu lang (act. 6/1 S.

9-10). Mit Urteil vom 10. April 2017 (act. 7/6/17 S. 4) erkannte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf was folgt (act. 7/6/17 S. 4-6): "1. Ziffer 2 c) der in Dispositiv Ziffer 4. des Eheschutzurteils des Bezirksgerichts Uster vom 24. Oktober 2016 genehmigten und vorgemerkten Vereinbarung vom 20. Oktober 2016 (...) wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: c) Persönlicher Verkehr Der Gesuchsgegner ist berechtigt, seine Kinder am ersten und dritten Sonntag im Monat im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts im Besuchstreff ... (BBT) wie folgt zu sehen: C.\_\_\_\_\_: 1. bis 6. Treffen von 10.00 - 14.00 Uhr und ab dem 7. Treffen von 10.00 - 16.30 Uhr. D.\_\_\_\_\_: von 10.00 Uhr - 12.00 Uhr.

## **E. 2**

a) Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Vor der Berufungsinstanz kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); soweit Ermessensausübung in Frage steht, kann zudem auch Unangemessenheit gerügt werden (vgl. BGer, 5D\_113/2016 vom 26. September 2016 Erw. 4.2; OGer ZH, LY150026 vom

## **E. 4**

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, es lägen auch mit der Erstattung des Erziehungsfähigkeitsgutachtens von Dr. med. F.\_\_\_\_ vom 7. August 2018 gegenüber dem Zeitpunkt der Anordnung eines begleitenden Besuchsrechts des Geschwärtelers am 10. April 2017 keine veränderten Verhältnisse im Sinne des Art. 179 Abs. 1 ZGB vor (act. 6 Erw. d.5 S. 13). Das Einzelgericht führte u.a. aus, dieser Kritik der Geschwärtelersin am Erziehungsfähigkeitsgutachten von Dr. med. F.\_\_\_\_ sei in weiten Teilen zuzustimmen. Ob beim Geschwärteler nun eine Persönlichkeitsakzentuierung oder aber eine emotional-instabile Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typus mit narzisstischen Zügen vorliege, sei letztlich eine Frage, welche nur von medizinisch-psychiatrischen Fachpersonen und nicht von Juristen bzw. Laien beurteilt werden könne. Das psychiatrische Gutachten von Dr. med. G.\_\_\_\_ sei umfangreich, detailliert und lege grundsätzlich schlüssig dar, weshalb dem Geschwärteler die genannte Persönlichkeitsstörung diagnostiziert werde. Dass Dr. med. F.\_\_\_\_ in seinem weit weniger detaillierten Erziehungsfähigkeitsgutachten lediglich in einigen wenigen Sätzen ausführe, dass bereits die allgemeinen Kriterien 5 und 6 einer Persönlichkeitsstörung nicht erfüllt seien, hinterlasse Fragen, zumal nicht weiter ausgeführt werde, warum er zu diesem Schluss komme. Dass Dr. med. F.\_\_\_\_ in der Folge die Prüfung der Kriterien einer spezifischen Persönlichkeitsstörung unterlasse, erscheine methodisch zwar nachvollziehbar. Dennoch werde nicht klar, warum Dr. med. F.\_\_\_\_, dem das psychiatrische Gutachten von Dr. med. G.\_\_\_\_ zur Erstellung seines eigenen Gutachtens auf ausdrücklichen Wunsch zugestellt worden sei, zu einem vom schlüssigen Resultat des Gutachtens G.\_\_\_\_ erheblich abweichenden Resultat komme. Eine Auseinandersetzung mit oder eine Bezugnahme auf die Vordiagnose von Dr. med. G.\_\_\_\_ finde nicht statt (act. 6 Erw. d.4.3 S. 11-12).

- 10 - Für den vorliegenden Fall aber noch bedeutsamer sei die Tatsache, dass das Gutachten von Dr. med. F.\_\_\_\_ den Vorfall vom 28. August 2016 und das damit verbundene Strafverfahren gegen den Geschwärteler, seine erstinstanzliche Verurteilung und die Ausführungen von Dr. med. G.\_\_\_\_ zum möglichen Tatmotiv des Geschwärtelers entweder gar nicht, oder aber nur am Rande thematisiere. Selbstverständlich gelte für den

Gesuchsteller bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung (oder einem Freispruch) die Unschuldsvermutung. Der Gesuchsteller sei aber bekanntlich erstinstanzlich der sexuellen Handlungen mit seiner Tochter C.\_\_\_\_\_ und der versuchten Schändung an ihr schuldig gesprochen worden. Das Berufungsverfahren sei am Obergericht des Kantons Zürich pendent. Somit bestünden trotz gelten- der Unschuldsvermutung zumindest starke Verdachtsmomente dafür, dass es durch den Gesuchsteller zu ebendiesen Handlungen gekommen sei. Dr. med. G.\_\_\_\_\_ habe in seinem Gutachten – unter der Annahme, dass der Gesuchsteller die Taten begangen habe – hierzu ausgeführt, dass die Tat- handlung als sexualisiertes Aggressionsdelikt verstanden werden müsse, welches wohl einerseits selbstschädigenden Charakter trage, insbesondere aber im Fokus gehabt habe, die Ehefrau zu provozieren und zu verletzen. Gründe die für eine Einschränkung der Einsichtsfähigkeit sprächen, würden fehlen. Die Steuerungsfähigkeit sei aufgrund der Alkoholeinwirkung aber signifikant eingeschränkt gewesen, was sich nicht nur in sexueller Enthem- mung und aggressiver Reaktionsbereitschaft sondern auch in einer nieder- schwelligen Bereitschaft, die Tochter zu instrumentalisieren, gezeigt habe (act. 67 S. 49) (act. 6 Erw. d.4.4. S. 12). Unter diesen Umständen erscheine es – so die Vorinstanz – nicht nachvollziehbar, dass Dr. med. F.\_\_\_\_\_, ohne sich zu diesen Punkten zu äussern, dem Gesuchsteller das Vorhandensein der Erziehungsfähigkeit attestiere und festhalte, dass keine Gründe dagegen sprächen, dem Gesuchsteller seine Kinder und insbesondere die jüngere Tochter D.\_\_\_\_\_ stunden-, tage- oder gar wochenweise unbegleitet zu über- lassen. Vielmehr erscheine es dennoch denkbar, dass der Gesuchsteller, welcher sich nach wie vor in einem höchst strittig geführten Scheidungsver- fahren mit der Gesuchstellerin befinde, allenfalls auch unter Alkoholeinfluss

- 11 - erneut versucht sein könnte, der Gesuchstellerin zu schaden oder sie zu verletzen und dies durch eine Instrumentalisierung einer seiner Töchter zu bewerkstelligen (act. 6 Erw. d.4.5 S. 13).

## **E. 5**

a) Wie bereits erwähnt, machte der Berufungskläger eine unrichtige Rechts- anwendung durch die Vorinstanz geltend. Er führte aus, die Vorinstanz stüt- ze sich auf die falsche rechtliche Grundlage ab. Es sei kein Anwendungsfall von Art. 179 Abs. 1 ZGB sondern von Art. 274 Abs. 2 ZGB. Nach der Recht- sprechung zu Art. 274 Abs. 2 ZGB bedürfe es für die Anordnung (bzw. Auf- rechterhaltung) eines begleiteten Besuchsrechts konkreter Anhaltspunkt für die Gefährdung des Kindeswohls. Bei richtiger Anwendung von Art. 274 Abs. 2 ZGB komme man klarerweise zur Schlussfolgerung, dass der Beru- fungskläger Anspruch auf ein unbegleitetes Besuchsrecht zu seinen Töch- tern habe. Dies werde durch das Erziehungsfähigkeitsgutachten untermau- ert (act. 2 Ziff. 22-25 S. 6-7). Die Berufungsbeklagte brachte vor, der Berufungskläger habe mit Eingabe vom 29. August 2018 die Vorinstanz um Erlass von vorsorglichen Mass- nahmen bzw. um Abänderung des Eheschutzurteils vom 10. April 2017 er- sucht (vgl. act. 71). Die Vorinstanz habe daher zu Recht Art. 179 Abs. 1 ZGB angewendet. Selbst nach Art. 274 Abs. 2 ZGB liege eine Gefährdung des Kindeswohls vor (sexueller Missbrauch) und somit auch eine Einschrän- kung des Besuchsrechts unter dem Art. 274 Abs. 2 ZGB gerechtfertigt wäre (act. 10 Ziff. 2.12). b) Im Scheidungsverfahren trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Mass- nahmen, wobei die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar sind (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Die Anordnung der notwendigen Massnahmen im Scheidungsverfahren er- folgt im summarischen Verfahren

(Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 248 lit. d ZPO), die Art. 252 ff. ZPO gelten subsidiär (ZK ZPO-SUTTER- SOMM/STANISCHEWSKI, 3. Auflage, Art. 276 N 41). Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Kinderbelange unterliegen der Offizial-

- 12 - und uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO), für die übrigen Themen gelten die Dispositions- und die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime (Art. 252 Abs. 1 und Art. 272 ZPO). Bereits vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens angeordnete Ehe- schutzmassnahmen dauern grundsätzlich auch nach Erhebung der Schei- dungsklage fort (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Der Berufungskläger übersieht, dass auch Kindesschutzmassnahmen, wie z.Bsp. begleitete Besuche, zu den Eheschutzmassnahmen zählen (vgl. Art. 315a ZGB, BSK ZGB I- SCHWANDER, 6. Auflage, Art. 176 N 12). Eine Abänderung der vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens ist möglich, setzt al- lerdings ein Rechtsschutzinteresse voraus, welches nur vorliegt, wenn sich die Verhältnisse seit Erlass der Massnahmen geändert haben (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB) oder die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrich- tig erwiesen haben bzw. sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren (BGE 141 III 376 Erw. 3.3.1). Mit der Abän- derung nach Art. 276 Abs. 2 ZPO verliert die Massnahme ihren Charakter als Eheschutzmassnahme und wird zu einer vorsorglichen Massnahme im Scheidungsverfahren (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, 3. Auflage, Art. 276 N 38). Die Vorinstanz hat demnach richtigerweise Art. 179 Abs. 1 ZGB angewendet. Liegen veränderte Verhältnisse im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB vor, hat der Richter bei Abänderung von Massnahmen, welche die Kinder der Ehegatten betreffen, von Amtes wegen abzuklären, ob die verlangte Anpassung dem Kindeswohl entspricht oder nicht.

## **E. 6**

Durch die Vorinstanz zu beurteilen war somit zunächst die Frage, ob seit der Anordnung der Begleitung des Besuchsrechts des Berufungsklägers (Urteil vom 10. April 2017, act. 7/6/17 bzw. Urteil vom 24. Oktober 2016, act. 7/5/21) veränderte Verhältnisse vorliegen. Bei Bejahung dieser Frage, wäre zu klären gewesen, ob ein unbegleitetes Besuchsrecht dem Kindes- wohl entspricht und in einem weiteren Schritt, ob dies auch für die verlangte

- 13 - zeitliche Ausdehnung des Besuchsrechts gilt. Eine zeitliche Ausdehnung des Besuchsrechts für begleitete Besuche verlangte der Berufungskläger nicht. Dies vermutlich im Hinblick auf die Kosten (vgl. act. 7/71 S. 5 und Ziff. 16 nachfolgend).

## **E. 7**

a) Im Rahmen des Strafverfahrens erstattete Dr. G.\_\_\_\_\_ am 30. Januar 2017 ein Gutachten. Er diagnostizierte eine emotional-instabile Persönlich- keitsstörung nach ICD-10. Dazu führte er u.a. aus, es gäbe bei einer emoti- onal instabilen Persönlichkeitsstörung nach ICD-10 zwei Unterformen, der impulsive Typus und der Borderline-Typus. Als Arbeitshypothese diagnosti- ziert Dr. G.\_\_\_\_\_ den impulsiven Typus. Er begründete dies damit, dass sich narzisstische Merkmale weniger in Grössenphantasien zeigten vielmehr in erhöhter Kränkbarkeit oder abschätzigem Verhalten. Allenfalls eine nar- zisstische Persönlichkeitsakzentuierung könnte daher bestätigt werden. Die strategisch-manipulativen Verhaltensweisen sowie die wiederholte Delin- quenz liessen auch an dissoziale Merkmale denken, doch sei die Delin- quenz zu stark an die

Alkoholisierung gebunden und manipulative Verhaltensweisen liessen sich auch mit den Kriterien für die emotional-instabile Problematik erklären. Damit sei für den Tatzeitraum als auch aktuell von einer emotional-instabilen Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typus mit narzisstischen Zügen (ICD-10:F60.30) auszugehen (7/67 S. 46). Zusätzlich liege eine Alkohol- wie Cannabisproblematik vor. Der Explorand habe bestätigt, bis zuletzt täglich Cannabiskonsum betrieben zu haben. Während beim Cannabiskonsum eher vom Anstreben eines Pegels auszugehen sei, zeige sich der Alkoholkonsum mit regelmässigen Trinkphasen wie Abstinenzphasen, aber vor allem mit episodischen Exzessspitzen mit Kontrollverlust seit mehr als 10 Jahren. Es seien Herr A. \_\_\_\_\_ durchaus auch mehrwöchige Abstinenzphasen möglich, doch zu häufig und zeitüberdauernd bilde sich das Problem allein schon bei den Tathandlungen ab, zudem auch im partnerschaftlichen Bereich oder bei Unfällen (act. 7/67 S. 47). Der Konsum widerspiegeln damit ein Suchtverhalten und nicht mehr einen sogenannten schädlichen Gebrauch. Daher sei im Tatzeitraum als auch aktuell von Alkoholabhängigkeit (ICD-10: F10.21) und Cannabisabhängigkeit (ICD-10:

- 14 - F14.21) auszugehen (act. 7/67 S. 47). Aus den Akten gehe hervor, dass der Explorand unter deutlichem Alkoholkonsum nicht nur fremdaggressiv oder auch abschätzig und ausfällig in Erscheinung trete, sondern auch selbstschädigend (act. 7/67 S. 49). Die Einbindung der Tochter in eine sexuelle Handlung lasse sich nicht auf eine gegebene sexuelle Ansprechbarkeit gegenüber Kindern, d.h. Pädophilie oder Hebephilie rückführen, dafür fehlten in den Akten als auch in der erhobenen Biographie und gemäss Fremdanamnesen sämtliche Hinweise. Vielmehr müsste die Tathandlung als sexualisiertes Aggressionsdelikt verstanden werden, das wohl einerseits selbstschädigenden Charakter trage, insbesondere aber im Fokus gehabt habe, die Ehefrau zu provozieren und zu verletzen. Der Alkohol bedinge wohl auch die sexuelle Enthemmung, die sich trotz genereller Müdigkeit im Masturbieren gezeigt habe und sei damit tatwirksam gewesen (act. 7/67 S. 49). Die Rückfallgefahr für sexuelle Handlungen mit Kindern stufte der Gutachter aufgrund fehlender sexueller Ansprechbarkeit als gering ein (act. 7/67 S. 51 und S. 53). b) Dr. med. F. \_\_\_\_\_ erstattete am 7. August 2018 zuhanden des Scheidungsgerichtes ein Erziehungsfähigkeitsgutachten (act. 7/69). Der Gutachter verneint, dass der Berufungskläger an einer psychischen Störung von Krankheitswert, nämlich an einer emotional-instabilen Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typ (ICD F 60.30) leidet. Es liege bei ihm eher eine Persönlichkeitsakzentuierung (ICD Z73.1) als eine Persönlichkeitsstörung vor (act. 7/69 S. 15-17). Der Arzt stellte weiter fest, aus psychiatrischer Sicht fänden sich in Anbetracht der hierfür relevanten Kriterien keine Hinweise auf eine Beeinträchtigung der Erziehungsfähigkeit (act. 7/69 S. 17). Es sprächen aus psychiatrischer Sicht keine Gründe dagegen, dem Vater seine Kinder, insbesondere die jüngere Tochter D. \_\_\_\_\_, stunden-, tage oder gar wochenweise zu überlassen (act. 7/69 S. 19). Da die Kommunikationsfähigkeit der älteren Tochter C. \_\_\_\_\_ sehr stark eingeschränkt sei und bleibe, stehe eigentlich nur noch der Kontakt zur jüngeren Tochter D. \_\_\_\_\_ zur Diskussion. Wie erwähnt sei der Vater mehrfach von der Mutter als guter Vater bezeichnet worden, der jeweils auch auf genügend körperliche Distanz geacht-

- 15 - tet habe. Er liebe seine Kinder und es sprächen auch sonst keine Gründe dafür, dass er nicht genügend auf die Bedürfnisse seiner Kinder eingehen könnte (act. 7/69 S. 19). Auf die Frage, welche Empfehlungen er für die künftige Ausgestaltung des persönlichen Kontakts der Kinder zum Vater abgebe, antwortete er, nach der langen Trennung vom Vater müsste

ihn die jüngere Tochter D. \_\_\_\_\_ erst einmal wieder richtig kennenlernen, so dass sich zu Anfang begleitete Besuche in einem entsprechenden Treff durchaus eigenen würden, wo die beiden nicht auf sich allein reduziert wären, was insbesondere der Tochter die Möglichkeit gäbe, allenfalls auch mit anderen Kindern und Erwachsenen zu interagieren. Möglichst bald sollte dann aber ein gerichtliches Besuchsrecht Platz greifen (act. 7/69 S. 20).

## **E. 8**

a) Der Berufungskläger machte eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da das Einzelgericht seine Einwendungen gegen das strafrechtliche Gutachten im Entscheid nicht berücksichtigt habe. Er beruft sich dabei auf seine Eingabe vom 4. Juli 2018 (act. 7/63). Darin habe er unter Bezugnahme auf die Berufungserklärung vom 24. Mai 2018 (an das Obergericht, act. 7/64) dargelegt, inwiefern die Ergebnisse des strafrechtlichen Gutachtens von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ relativiert werden müssten. Die Kritik am strafrechtlichen Gutachten sei berechtigt und fundiert. Dr. med. G. \_\_\_\_\_ schreibe im strafrechtlichen Gutachten ausdrücklich, dass er aufgrund von unterschiedlichen Varianten nur auf die Variante der Ehefrau (...) Bezug nehmen werde (...). Die Befunde von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ basierten auf einer Arbeitshypothese, die allenfalls falsch sei, weshalb man sie nicht ohne Weiteres übernehmen dürfe. Richtigerweise hätte die Vorinstanz die vorgebrachte Kritik am strafrechtlichen Gutachten würdigen und bei ihrem Entscheid berücksichtigen müssen. Dies habe sie offensichtlich unterlassen und damit den Anspruch auf rechtliches Gehör (...) verletzt (act. 2 Ziff. 10-12 S. 4). Dem hielt die Berufungsbeklagte u.a. entgegen, die Vorinstanz habe beide Gutachten, d.h. das Erziehungsfähigkeitsgutachten von Dr. med. F. \_\_\_\_\_ und das psychiatrische Gutachten von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ sorgfältig und kritisch gewürdigt und sich somit mit beiden Gutachten hinreichend auseinan-

- 16 - dergesetzt (act. 10 Ziff. 2.3. S. 4). Das rechtliche Gehör des Berufungsklägers sei nicht verletzt worden (act. 10 Ziff. 2.4 S. 6). b) Dr. med. F. \_\_\_\_\_ ersuchte mit Schreiben vom 25. Juni 2018 die Vorinstanz um Zustellung des strafrechtlichen Gutachtens (act. 7/61). Mit Verfügung vom 27. Juni 2018 zog deshalb das Einzelgericht den forensischen Abklärungsbericht der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 4. Oktober 2016 und das Psychiatrische Gutachten von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ vom 30. Januar 2017 aus den Strafakten SB180231-O des Obergerichtes bei (act. 7/62). Daraufhin ersuchte der Berufungskläger das Gericht, Dr. med. F. \_\_\_\_\_ seine Berufungserklärung für das Strafverfahren vorzulegen, mit der er u.a. den Beweisantrag auf Weiterleitung von drei Ergänzungsfragen an den strafrechtlichen Gutachter stellte (act. 7/63-64). Diese Fragen betrafen die Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und waren letztendlich für die Beurteilung der Schuldfähigkeit relevant (vgl. act. 7/64). Das Einzelgericht hatte keine Veranlassung, sich mit diesem Beweisantrag, der an die Strafkammer gerichtet war und gemäss Antrag des Berufungsklägers Dr. med. F. \_\_\_\_\_ vorzulegen war, auseinanderzusetzen. Im Zivilverfahren stellte sich die Frage der Schuldfähigkeit nicht, weder für die Frage, ob veränderte Verhältnisse vorliegen noch für die Frage, ob das Kindeswohl gefährdet ist. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor.

## **E. 9**

a) Im weiteren hält der Berufungskläger die vorinstanzliche Kritik am Erziehungsgutachten für unberechtigt (act. 2 Ziff. 13-16 S. 5). Er rügte auch, die Vorinstanz habe mit ihren Ausführungen in Erw. d.4.4. die Unschuldsvermutung, die bis zur

rechtskräftigen Verurteilung gelte, missachtet (act. 2 Ziff. 17 S. 5). Die Erziehungsfähigkeit – so der Berufungskläger – sei die entscheid- wesentliche Tatfrage im vorliegenden Fall. Die Vorinstanz habe keine Fach- kenntnisse, um über das Vorliegen der Erziehungskennnisse zu entschei- den. Richtigerweise habe die Vorinstanz einen sachverständigen Gutachter mit dieser Frage beauftragt (act. 7/54). Der Gutachter habe in stringenter und methodisch korrekter Weise aufgezeigt, dass die gerichtüblichen Krite- rien der Erziehungsfähigkeit beim Berufungskläger vorhanden seien und

- 17 - deshalb aus psychiatrischer Sicht die Erziehungsfähigkeit bejaht werden müsse (...). Es erstaune sehr, dass die Vorinstanz sich im hiermit angefoch- tenen Entscheid nicht mit der Frage der Erziehungsfähigkeit und den Anga- ben hierzu im Erziehungsfähigkeitgutachten auseinandersetze. Richtiger- weise hätte die Vorinstanz auf die Expertise und auf das Fachwissen des Gutachters abstellen müssen. Stattdessen verfallt die Vorinstanz in haltlose Spekulationen, indem sie schreibe, es sei denkbar, dass der Berufungsklä- ger allenfalls unter Alkoholeinfluss versuchen könnte, der Berufungsbeklag- ten zu schaden durch eine Instrumentalisierung der Töchter (...). Diese Spekulation der Vorinstanz finde keine Grundlage in den Akten, sei willkür- lich und das Resultat von fehlerhaft ausgeübtem Ermessen (act. 2 Ziff. 19- 21 S. 5-6). Die Berufungsbeklagte brachte vor, es sei falsch, wenn der Berufungskläger behauptete, dass sich das Erziehungsfähigkeitgutachten mit der Vordiagnose von Herrn Dr. med. G. \_\_\_\_\_ auseinandersetze. Es würden lediglich seine Ausführungen wiedergegeben. Eine Auseinandersetzung stelle dies nicht dar (act. 10 Ziff. 2.6 S. 7). Eine Verletzung der Unschuldsvermutung bestritt die Berufungsbeklagte. Die Vorinstanz habe unter Abwägung der konkreten Umstände des Einzelfalls (insb. erstinstanzliche Verurteilung, Gutachten von Herrn Dr. med. G. \_\_\_\_\_, etc.) zu Recht festgehalten, dass starke Ver- dachtsmomente beständen, dass es zu ebendiesen Handlungen gekommen sei. Solche Verdachtsmomente reichten bekanntlich aus, um von unbegleite- ten Besuchen abzusehen, um das Kindeswohl zu wahren (act. 10 Ziff. 2.9 S. 8). Entscheidend sei im vorliegenden Fall nicht, ob der Berufungskläger erziehungsfähig sei oder nicht. Wie die Vorinstanz zu Recht erwogen habe, sei zu klären, ob mit der Erstattung des Erziehungsfähigkeitgutachtens von Herrn Dr. med. F. \_\_\_\_\_ vom Vorliegen veränderter Verhältnisse gemäss Art. 179 ZGB auszugehen sei oder nicht. Die Vorinstanz habe detailliert auf- gezeigt, weshalb dem Erziehungsfähigkeitgutachten nicht gefolgt werden könne. Sie habe richtig erwogen, dass trotz der von Herrn Dr. med. F. \_\_\_\_\_ attestierten Erziehungsfähigkeit des Berufungsklägers, die Möglichkeit be- stehe, dass der Berufungsbeklagten bzw. den Kindern im Rahmen von un-

- 18 - begleiteten Besuchen (weiterer) Schaden zugefügt werde, was es zu ver- meiden gelte (act. 10 Ziff. 2.11 S. 9-S. 11). Der Berufungskläger habe – so die Berufungsbeklagte – ausgeführt, dass die Kontaktaufnahme mit seinen Töchtern keinen Aufschub dulde (...). Dennoch mache er von seinem beglei- teten Besuchsrecht, welches ihm seit rund 2.5 Jahren zustehe, keinen Ge- brauch (act. 10 Ziff. 2.13 S. 12). b) Es trifft zu, dass bis zur rechtskräftigen Verurteilung die Unschuldsvermu- tung gilt. Das hindert aber das Einzelgericht als Zivilgericht nicht daran, das von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ im Rahmen der strafrechtlichen Begutachtung diag- nostizierte Krankheitsbild in seine Erwägungen miteinzubeziehen. Der Vo- rinstanz ist beizupflichten, dass die Frage, ob beim Berufungskläger eine Persönlichkeitsakzentuierung oder eine emotional-instabile Persönlichkeits- störung vom impulsiven Typus mit narzisstischen Zügen vorliegt, nur von

medizinisch-psychiatrischen Fachpersonen beurteilt werden kann. Auch wenn das Gutachten von Dr. med. F. \_\_\_\_\_ unvollständig ist, da es sich mit den im strafrechtlichen Gutachten festgehaltenen Diagnosen, deren Herleitung ausführlich begründet wurde, nicht auseinandersetzt, ist dies für das vorliegende Verfahren nicht von Bedeutung. Die Frage, ob die Erziehungsfähigkeit gegeben ist, hängt nach Ansicht des Gutachters nicht davon ab, welche der beiden Diagnosen der Beurteilung zugrunde gelegt wird (act. 7/69 S. 17). Die Vorinstanz hat bemängelt, dass Dr. med. F. \_\_\_\_\_ das mögliche Tatmotiv bei seiner Beurteilung der Erziehungsfähigkeit überhaupt nicht bzw. nur am Rande thematisiert und erachtet es deshalb als nicht nachvollziehbar, dass der Gutachter die Erziehungsfähigkeit des Berufungsklägers bejaht. Das Gericht hat im Rahmen der Beweiswürdigung gemäss Art. 157 ZPO zu beurteilen, ob ein Gutachten beweistauglich ist. Dies geschieht von Amtes wegen. Das Gericht muss zum Schluss kommen können, dass das Gutachten eine verlässliche und taugliche Grundlage für seine Meinungsbildung bietet. Gestützt auf Art. 188 Abs. 2 ZPO ist zu prüfen, ob das Gutachten "vollständig", "klar" und "gehörig begründet" ist (HEINRICH ANDREAS MÜLLER

- 19 - DIKE Komm-ZPO, 2. Auflage, Art. 188 N 11). Ein Gutachten ist unvollständig, wenn es an nachvollziehbaren Begründungen fehlt, die eine Überprüfung der Ergebnisse erlauben. Es muss als Ganzes verständlich sein und keine Widersprüche aufweisen (ZK ZPO-WEIBEL, 3. Auflage, Art. 188 N 4-7; BSK ZPO-DOLGE, 3. Auflage, Art. 183 N 12). Nach Einholung des Gutachtens liegt es am Gericht, die (Meinungs-)Äusserungen des Sachverständigen zu würdigen und die sich stellenden Rechtsfragen zu beantworten (Art. 188 Abs. 2 ZPO; BGE 114 II 200 Erw. 2.b). Die Vorinstanz hat trotz ihrer Kritik auf eine Ergänzung des Gutachtens verzichtet. Vielmehr ist sie in ihrer Gesamtwürdigung davon ausgegangen, dass trotz Erstattung des Erziehungsfähigkeitsgutachtens keine veränderten Verhältnisse vorliegen. Es bestehen ihrer Ansicht nach heute noch Gründe, die gegen ein unbegleitetes Besuchsrecht sprechen. In dem höchst strittig geführten Scheidungsverfahren könne der Vater allenfalls auch unter Alkoholeinfluss erneut versucht sein, durch Instrumentalisierung einer seiner Töchter der Mutter zu schaden oder sie zu verletzen (vgl. act. 6 Erw. c.4.5-5 S. 13). Dr. med. F. \_\_\_\_\_ führte in seinem Gutachten aus, welche Kriterien seiner Beurteilung der Erziehungsfähigkeit zugrunde liegen. Das sind folgende (act. 7/69 S. 18): "Fähigkeit und Bereitschaft als Bindungsperson für das Kind zu fungieren. Die Bedürfnisse und Signale des Kindes zu erkennen und angemessen auf sie zu reagieren. Werte und Regeln zu vermitteln. Dem Kind Wertschätzung entgegenzubringen. Kontinuität in der Beziehung zu sichern." Diese Kriterien dürften – so der Gutachter – beim Exploranden allesamt vorhanden sein, jedenfalls fänden sich weder in den Akten noch in den Aussagen des Exploranden selbst oder den obigen Untersuchungsbefunden Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht der Fall sein könnte (act. 7/69 S. 18). In Anbetracht dieser Kriterien ist es fraglich, inwieweit ein Erziehungsfähigkeitsgutachten vorliegend Grundlage für die Beantwortung der Frage nach veränderten Verhältnissen sein kann. Es könnte allenfalls Beweisgrundlage für die Frage der Notwendigkeit nach einem begleitetem Besuchsrecht sein, bzw. ob das Kindeswohl durch unbegleitete Besuche gefährdet sein kann.

- 20 - Hiefür wäre wohl ein kinderpsychiatrisches Gutachten angezeigt gewesen. Wie Dr. med. F. \_\_\_\_\_ selbst ausführte, ist er nicht Facharzt für Kinderpsychiatrie und konnte deshalb auch nicht alle Fragen beantworten (act. 7/69 S. 19). Hiezu ist aber zu bemerken, dass bezüglich der Einholung von Gutachten im Massnahmeverfahren grundsätzlich

Zurückhaltung geboten ist. Im Massnahmeverfahren wird das umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens geregelt; im Vordergrund steht, möglichst rasch eine einstweilige und nicht eine definitive bzw. dauerhafte Lösung der Kinderbelange zu schaffen. Aufgrund der Akten ist davon auszugehen, dass vorliegend das Erziehungsfähigkeitsgutachten im Hinblick auf die definitive Regelung im Scheidungsurteil eingeholt wurde. Die beiden Psychiater verfolgten mit ihren Gutachten verschiedene Ziele. So ging es bei Dr. G.\_\_\_\_\_ u.a. um die Abklärung von Schuldfähigkeit und Massnahmebedürftigkeit des Berufungsklägers. Die Vorinstanz hat deshalb zu Recht die Gutachten in Ergänzung zueinander in ihre Gesamtwürdigung einbezogen. Sie hat Gründe aufgeführt, welche gegen ein unbegleitetes Besuchsrecht sprechen. Diese Ausführungen stehen aber in Zusammenhang mit der Prüfung des Kindeswohls.

#### **E. 10**

April 2017 in Abänderung des Urteils vom 24. Oktober 2016 geregelt wurde (act. 7/6/17), war der Umstand, dass der Berufungskläger wegen der langen Untersuchungshaft, welche wegen der Begutachtung verlängert werden musste (act. 7/6/12 S. 6), über einen längeren Zeitraum keinen Kontakt mehr zu seinen Töchtern, insbesondere zu C.\_\_\_\_\_ hatte (act. 7/6/1 S. 9; 7/6/12 S. 8). Die Parteien einigten sich darüber in einem Vergleich anlässlich der eheschutzrichterlichen Verhandlung (act. 7/6/16).

- 22 - Ob heute von veränderten Verhältnissen auszugehen ist, ist nachfolgend zu prüfen.

#### **E. 11**

a) Ob der Berufungskläger straffällig wurde hinsichtlich der hier relevanten Delikte, kann auch heute, wie im Zeitpunkt des Urteils des Eheschutzrichters vom 10. April 2017, nicht gesagt werden. Das obergerichtliche Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Klarheit ergibt aber das für das Strafverfahren erstellte Gutachten bezüglich der Frage, ob der Berufungskläger pädophile oder hebephile Neigungen hat. Dies kann heute klar verneint werden (act. 7/67 S. 49). Auch Dr. H.\_\_\_\_\_ hielt in seinem vom Berufungskläger für das Scheidungsverfahren verlangten Bericht vom 20. August 2017 fest, in der Persönlichkeitsstruktur des Berufungsklägers liessen sich auf jeden Fall keine Hinweise auf eine pädophile Neigung finden (act. 7/27/2 S. 2). Das Obergericht hat in seinem Urteil vom 25. März 2019 festgehalten, dass das Verhalten des Beschuldigten bzw. die Einbindung der Tochter vorwiegend selbstschädigend und nicht sexuell motiviert gewesen sei und durch die alkoholbedingte sexuelle Enthemmung begünstigt worden sei. Ein ausschliessliches Handeln zur Provokation der Mutter, eine Hypothese von Dr. med. G.\_\_\_\_\_, schloss die Vorinstanz aufgrund des erstellten Sachverhaltes aus (act. 23 Erw. 2.4 S. 24-25 und S. 27). Ausserdem erkannte Dr. G.\_\_\_\_\_ eine deutliche Rückfallgefahr nur betreffend SVG- und nicht betreffend Sexual-Delikte (act. 7/67 S. 53, vgl. auch act. 23 Erw. 7.3 S. 30). b) All dies spricht für veränderte Verhältnisse. Ob eine Persönlichkeitsstörung mit Krankheitswert vorliegt, wie sie Dr. G.\_\_\_\_\_ diagnostiziert, oder lediglich eine Persönlichkeitsakzentuierung, wovon Dr. F.\_\_\_\_\_ ausgeht (act. 7/69 S. 17), ist für die Frage, ob veränderte Verhältnisse vorliegen, irrelevant. Eine andere Problematik, die bereits im ersten eheschutzrichterlichen Verfahren thematisiert wurde, ist der Alkoholmissbrauch des Berufungsklägers. Auch diesbezüglich stellt sich die Frage der Veränderung der Verhältnisse.

- 23 -

#### **E. 12**

a) Aus dem Gutachten von Dr. G.\_\_\_\_\_ geht klar hervor, dass eine Alkohol- und Cannabisabhängigkeit besteht. Im forensischen Abklärungsbericht der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 4. Oktober 2016 wird von einer rezidivierenden Delinquenz im Zusammenhang mit einem Substanzkonsum ausgegangen (7/68 S. 4). Unbehandelt und bei fortgeführtem Substanzkonsum sei bei der sich darstellenden psychischen Disposition von einem mittleren bis hohen Risiko für Gewaltdelikte auszugehen, wie sie sich in den Vorstrafen darstellten (act. 7/68 S. 5). Für den strafrechtlichen Tatzeitpunkt, 28. August 2016, ca. 9:35 Uhr wurde eine Alkoholkonzentration von 1.34- 1.98 Promille bestimmt (act. 23 S. 18-19 i.V.m. act. 7/69 S. 6), wobei der Berufungskläger von einer noch höheren Promillezahl ausging (act. 23 S. 18). Ferner konnte im Blut auch der Konsum von Cannabis und Ecstasy nachgewiesen werden (act. 7/69 S. 6), wobei das Obergericht davon ausging, dass der Berufungskläger im Tatzeitpunkt nicht unter der Wirkung von Cannabis gestanden hatte (act. 23 S. 19). Dr. G.\_\_\_\_\_ gelangte zum Schluss, die Steuerungsfähigkeit sei aufgrund der Alkoholeinwirkung signifikant eingeschränkt gewesen sei (act. 7/67 S. 49). Bezüglich der Suchtproblematik scheinen sich die Verhältnisse geändert zu haben. So führte Dr. H.\_\_\_\_\_ in seinem Bericht vom 20. August 2017 aus, der Berufungskläger befinde sich seit 30. März 2017 bei ihm in psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung (act. 7/27/2 S. 1). Trotz Wut, Ohnmacht und Verzweiflung über die erlebten Ungerechtigkeiten und Verletzungen habe der Berufungskläger aber nie aufgegeben und sei psychisch stabil sowie alkohol- und drogenabstinent geblieben. Und er sei immer Arbeiten gegangen, obschon ihm das Sozialamt der Stadt Zürich geraten habe, seine Stelle aufzugeben, weil er dann wesentlich mehr Geld bekäme (act. 7/27/2 S. 2). Auch gegenüber Dr. med. F.\_\_\_\_\_ bestätigte der Berufungskläger, keine Drogen und keinen Alkohol mehr zu konsumieren (act. 7/69 S. 11). Dem obergerichtlichen Urteil lässt sich zudem entnehmen, dass der Berufungskläger seit Februar 2017 wieder den Führerschein besitzt und sich seither im Strassenverkehr nichts zuschulden kommen lassen hat. Das Obergericht verzichtete auf die Anordnung einer ambulanten Massnahme

- 24 - (act. 23 Erw. 7.3. S. 30). Es gab zwar bereits früher periodische Abstinenzphasen, jedoch gibt es vorliegend Hinweise, dass diese von Dauer sind. Das lässt sich auch damit erklären, dass als Folge des Getrenntlebens eine gewisse Ruhe einkehrte und sich die Eheleute nicht mehr täglich begegnen. So erwähnte Dr. G.\_\_\_\_\_ in seinem Gutachten, es bestehe u.a. eine erhöhte Gefahr von weiterem Alkoholkonsum bei übermässiger Belastung (act. 7/67 S. 43-44). b) All dies erlaubt den Schluss, dass heute veränderte Verhältnisse (i.S.v. Art. 276 ZPO i.V.m. Art. 179 ZGB, Art. 134 Abs. 2 und Art. 273 ff. ZGB) vorliegen. Liegen veränderte Verhältnisse vor, ist zu klären, ob bei einer unbegleiteten Ausübung des Besuchsrechts durch den Berufungskläger weiterhin von einer Gefährdung des Kindeswohls auszugehen ist, welcher zudem nicht anders als durch die Aufrechterhaltung der begleiteten Besuche begegnet werden kann.

## **E. 13**

a) Gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Dabei handelt es sich um ein gegenseitiges Pflichtrecht. Das Kind braucht zu seiner geistigen und sittlichen Entfaltung, für seine Identitätsfindung und damit es zum selbständigen Menschen aufwachsen kann, den persönlichen Verkehr zu beiden Elternteilen, sofern ein solcher Kontakt für das Kind keine Gefährdung beinhaltet. Oberste Richtschnur für die Gewährung, den Umfang und die Ausgestaltung des persönlichen

Verkehrs bildet stets das Kindeswohl, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist. Es ist dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung an den anderen Elternteil, der Häufigkeit bisheriger Kontakte und der Lebensgestaltung des Kindes sowie beider Eltern in Beruf, Schule und Freizeit Rechnung zu tragen. Auch die Beziehung der Eltern untereinander ist zu berücksichtigen (BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 6. Auflage, Art. 273 N 9 ff.). Der aus Art. 273 Abs. 1 ZGB fließende Anspruch kann gestützt auf Art. 274 Abs. 2 ZGB verweigert oder entzogen werden, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen

- 25 - Verkehr gefährdet wird, wenn ihn der betreffende Elternteil pflichtwidrig ausgeübt hat, wenn sich dieser nicht ernsthaft um das Kind gekümmert hat oder wenn andere wichtige Gründe vorliegen. Eine Gefährdung des Wohls des Kindes im genannten Sinn liegt dann vor, wenn dessen ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Bei der Beschränkung des persönlichen Verkehrs ist stets das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten. So darf er in der Regel nicht allein wegen elterlichen Konflikten dauerhaft eingeschränkt werden, jedenfalls soweit das Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut ist. Der gänzliche Ausschluss eines Elternteils vom persönlichen Verkehr kommt schliesslich nur als ultima ratio in Frage; er ist einzig dann statthaft, wenn sich die nachteiligen Auswirkungen eines Besuchsrechts nicht anderweitig in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lassen (vgl. hierzu BGE 5A\_719/2013 vom 17. Oktober 2014 Erw. 4.2-4.3). Wie die Verweigerung oder der Entzug nach Art. 274 Abs. 2 ZGB bedarf auch die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts – welches eine Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 307 ff. ZGB darstellt – konkreter Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung. Da es sich um einen schweren Eingriff in das Recht auf persönlichen Umgang handelt, sind nach Lehre und Rechtsprechung strenge Anforderungen an die Erheblichkeit und Eindeutigkeit der Gefährdung zu stellen. Eine bloss abstrakte Gefahr reicht nicht aus (FamPra.ch 2004 S. 417 ff., 418; BGE 122 III 404 Erw. 3.c; FamPra.ch 2011 S. 525, 538 f.). Ein Kind kann namentlich gefährdet sein, und ein begleitetes Besuchsrecht kann daher als indiziert erscheinen bei negativer Beeinflussung, Überforderung und Ängsten des Kindes, bei stark gestörtem Verhältnis der Eltern oder psychischen Erkrankungen eines Elternteils. Begleitete Besuche stellen in der Regel eine Krisenintervention bzw. eine Übergangslösung dar und sind nur für eine begrenzte Dauer anzuordnen. Im Regelfall ist das auf ein halbes oder ein ganzes Jahr zu begrenzen. Je nach Komplexität des Falles kann es verlängert werden (ZVW 1/1998, S. 1, 3, 10 und 15; ZVW 1/1998 S. 17 und 27 ff.; FamKomm Scheidung II-SCHREINER,

- 26 - 3. Auflage, Anh. Psych N 269; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 6. Auflage, Art. 273 N 25 ff.; KuKo ZGB-MICHEL/SCHLATTER, 2. Auflage, Art. 273 N 24; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 6. Auflage, Art. 273 N 27; FamKomm Scheidung I-BÜCHLER, 3. Auflage, Art. 274 N 18). b) Vorauszuschicken ist, dass die im forensischen Abklärungsbericht der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 4. Oktober 2016 erwähnten psychischen Auffälligkeiten mit Bezugnahme auf die von der Mutter berichteten autoaggressiven Handlungen in Konflikt- und Stresssituationen, sowie auf die im Verhaftsrapport erwähnten selbstverletzenden Handlungen und das Zerstören von Wohnungsgegenständen (act. 7/68 S. 4), für sich allein kein begleitetes Besuchsrecht erfordern. Selbst eine emotional instabile Persönlichkeitsstörung erfordert aufgrund vorhandener Erziehungsfähigkeit und mangels bislang akuter Gefährdung der Kinder durch

die Krankheit (vgl. act. 7/69 S. 17) nicht ein begleitetes Besuchsrecht. Eine Gefährdung des Kindeswohls könnte aber darin liegen, dass das in den eheschutzrichterlichen Urteilen angeordnete Besuchsrecht bislang nur beschränkt ausgeübt werden konnte und daher gar keine Beziehung zwischen Vater und Töchtern (mehr) besteht. Die Berufungsbeklagte geht von mangels Interesse des Berufungsklägers aus, seine Kinder zu sehen. Darauf ist später noch einzugehen.

#### **E. 14**

a) Seit der Trennung der Eltern, am 28. August 2016, bis zur Urteilsfällung des Eheschutzrichters am 10. April 2017 hat der Vater seine beiden Kinder, C.\_\_\_\_\_ – geboren am tt.mm.2014 – und D.\_\_\_\_\_ – geboren am tt.mm.2016 – nie gesehen (act. 7/6/1 S. 9). Im eheschutzrichterlichen Urteil vom 10. April 2017 wurde dem Berufungskläger im BBT jeweils am ersten und dritten Sonntag im Monat ein begleitetes Besuchsrecht zugestanden, wobei der Zeitrahmen von C.\_\_\_\_\_ bei den ersten sechs Treffen auf vier Stunden (10:00-14:00 Uhr) beschränkt und ab dem 7. Treffen auf 6 ½ Stunden (10:00-16:30 Uhr) ausgedehnt wurde. Für D.\_\_\_\_\_ beschränkte sich die Besuchszeit auf zwei Stunden (10:00-12:00) (act. 7/6/17 S. 4). Der Eheschutzrichter hatte, wie bereits erwähnt, in diesem Urteil eine Besuchs-

- 27 - rechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB eingerichtet (act. 7/6/17 S. 4). Die Beiständin, E.\_\_\_\_\_ welche u.a. das Besuchsrecht organisieren und überwachen sollte, wurde mit Entscheid der Kindes- und Erwachsenen- schutzbehörde (KESB) Bezirk Dielsdorf vom 13. Juli 2017 ernannt und beauftragt (act. 7/80/1/20/1). Vorgängig arbeitete sie mit den Eltern auf freiwilliger Basis zusammen (act. 7/80/1/17). Im Entscheid der KESB wurden der Beiständin folgende Aufgaben übertragen: "a) mit den Kindeseltern sowie C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ persönlich Kontakt aufzunehmen; b) nötigenfalls Antrag auf Anpassung der behördlichen Massnahme an veränderte Verhältnisse zu stellen; c) so bald als nötig, ordentlicherweise erstmals per 30. Juni 2019 Bericht zu erstatten." Bei den ersten Treffen im BBT lief nach den Ausführungen des Berufungsklägers in einer Beschwerdeschrift, die er gegen das BBT und die Mutter erheben wollte, nicht alles rund. So sollen die Besuche vom 16. April 2017 und vom 4. Juni 2017 wegen Krankheit der Kinder ausgefallen sein. Es fanden aber Treffen am 7. und 21. Mai 2017 statt (vgl. act. 7/80/1/11). Seit dem 28. August 2016 hat der Berufungskläger gemäss Darstellung der Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten C.\_\_\_\_\_ ca. sieben Mal gesehen (act. 7/75 S. 7). Die beiden letzten Besuche von C.\_\_\_\_\_ fanden am 1. Januar 2018 im Spital (act. 7/75 S. 5, act. 7/80/1/29) und im April 2018 im Rehabilitationszentrum statt. Beim letzten Besuch begleitete ihn Frau E.\_\_\_\_\_ (act. 7/71 S. 3). D.\_\_\_\_\_ ist heute dreijährig. Den Vater hat sie seit dem

#### **E. 16**

Aufgrund der aktuellen Krankheit von C.\_\_\_\_\_, der medizinisch erforderlichen Stressvermeidung und der wenigen Besuche, die sie bislang vom Berufungskläger erhielt, kann zur Zeit ihr gegenüber auf unbegleitete Besuche nicht verzichtet werden. Gegenüber D.\_\_\_\_\_ liegt der Grund für ein begleitetes Besuchsrecht in der fehlenden Kind-Vater-Beziehung. Seit der Trennung der Eltern fanden, wie erwähnt, praktisch keine Besuche statt, weshalb überhaupt keine Beziehung aufgebaut werden konnte. Dr. F.\_\_\_\_\_ empfahl zwar für D.\_\_\_\_\_, möglichst bald ein gerichtliches Besuchsrecht anzuordnen (act. 7/69 S. 20), jedoch war auch der Meinung, dass anfänglich ein begleitetes

Besuchsrecht nötig sei. Diesbezüglich kann auf die vorstehenden Ausführungen unter Ziff. 7.b S. 15 verwiesen werden. Ausserdem spricht auch die konfliktbelastete Beziehung der Eltern für die einstweilige Aufrechterhaltung der Begleitung.

#### **E. 17**

Den Ausführungen der Berufungsbeklagten, dass es dem Berufungskläger nicht derart wichtig zu sein scheine, seine Kinder sehen zu dürfen, (act. 10 Ziff. 2.13), muss widersprochen werden. Vom 28. August 2016 bis 16 Februar 2017 war der Berufungskläger in Untersuchungshaft (act. 7/6/12 S. 3). Dieser Umstand führte bekanntlich zur Abänderung der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 24. Oktober 2016 am 17. April 2017. Der Kontaktabbruch nach dem letzten Besuch im BBT lässt sich nachvollziehen. Es spricht vielmehr für den Berufungskläger, dass er offenbar die kritische Lage bei einem Zusammentreffen mit der Berufungsbeklagten eingesehen hat und dies verhindern wollte. In der Folge war er aber regelmässig mit der Beiständin in Kontakt und erkundigte sich nach den Kindern (bspw. act. 7/80/1/27). Die Organisation von Besuchstreffs verzögerte sich, da die KESB mangels gerichtlicher Aufforderung (act 7/80/19) die Beiständin erst am 13. Juli 2017 bestellte (act. 7/80/20/1). Zuvor arbeitete die Beiständin, wie bereits erwähnt, auf freiwilliger Basis (act 7/80/12). Nach dem Kontaktabbruch zog sich die Beiständin zurück, da sie davon

- 32 - ausging, aufgrund der Einreichung der Scheidungsklage sei nun das Gericht für die Besuchsregelung zuständig (act. 7/80/21, act. 7/80/28-29). Es fand am 11. September 2017 ein Gespräch mit der Beiständin statt (act. 7/80/25). Am 9. November 2017 meldete sich der Berufungskläger bei der Beiständin und monierte, dass er seit dem 15. September 2017 nichts mehr von ihr gehört habe (act. 7/80/27). Der Berufungskläger wollte die Besuche nur bis zur Anhörung vor dem Scheidungsrichter, am 29. August 2017, sistieren (act. 7/80/22). Da weder die KESB noch die Beiständin tätig wurden, fanden 2017 keine weiteren Besuche statt. Im Januar 2018 hat er, wie bereits erwähnt, C.\_\_\_\_\_ kurz gesehen und im April 2018 fand ein Besuch im Spital in Begleitung der Beiständin statt. Die Erkrankung von C.\_\_\_\_\_ hat den Berufungskläger verständlicherweise belastet. Ende Februar/anfangs März 2018 hatte die Beiständin dem Berufungskläger mehrere Termine angeboten, um die begleiteten Besuche im BBT bzw. in der Reha-Station zu besprechen, wobei der Berufungsbeklagte diese Termine wegen Krankheit absagen musste (act. 7/80/1/29). Der Einladung der KESB zum Gespräch für die Anordnung von Einzelbegleitungen für die Besuche der Kinder, hat der Berufungskläger keine Folge geleistet (act. 7/80/1/37 und act. 7/80/1/39). Selbst wenn dem Berufungskläger vorzuwerfen wäre, er hätte sich zu wenig um seine Kinder gekümmert, könnte dies nicht zu einer Besuchsverweigerung führen. Vielmehr ist der persönliche Verkehr mit den Kindern eine Pflicht des Besuchsberechtigten, wenn auch nur eine moralische Verpflichtung (Fam-Komm Scheidung I-BÜCHLER, 3. Auflage, Art. 273 N 9).

#### **E. 18**

a) Da das Besuchsrecht weiterhin begleitet ausgeübt werden muss, ist die Berufung abzuweisen. b) Bislang gilt für C.\_\_\_\_\_ immer noch die Regelung vom 10. April 2017, nämlich ein begleitetes Besuchsrecht am ersten und dritten Sonntag im Monat im BBT von 10:00-14:00 Uhr bzw. ab dem 7. Treffen von 10:00-16:30 Uhr (act. 7/6/17 S. 4). Da sich die bisherige eheschutzrichterliche Anordnung der begleiteten Besuche für C.\_\_\_\_\_ zur Zeit so nicht umsetzen lässt, wird der Vorderrichter umgehend Abklärungen

vorzunehmen haben, wie das Be-

- 33 - suchsrecht im Rehabilitationszentrum bzw. nach der Entlassung zu Hause durchgeführt werden kann. Anschliessend sind die Besuchszeiten für C.\_\_\_\_\_ neu zu regeln. Sollten diese Besuchszeiten mit jenen von D.\_\_\_\_\_ kollidieren, ist auch ihr gegenüber das Besuchsrecht neu festzulegen. Im Hinblick auf ein zukünftiges unbegleitetes Besuchsrecht sind dem Berufungskläger allenfalls Weisungen bezüglich Cannabis- und Alkoholabstinenz am Besuchstag zu erteilen. Er erhielt dadurch Gelegenheit, sich während der begleiteten Besuche zu bewähren. Dies dient auch dazu, dass die Berufungsbeklagte wieder Vertrauen zum Berufungskläger aufbauen kann.

#### **E. 19**

a) Zur Durchführung des begleiteten Besuchsrechts sind noch einige Bemerkungen anzubringen. Für die Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten ist eine Einzelbegleitung wünschenswert und im vorliegenden Fall die einzige Möglichkeit, damit der Berufungskläger seine Kinder sehen könne (act. 7/75 S. 9). Die Kosten für die Einzelbegleitung belaufen sich gemäss Offerte J.\_\_\_\_\_ AG für 6 Monate für C.\_\_\_\_\_ (2 Stunden/Besuch, 13 Begleitungen und 2 Sitzungen) auf Fr. 5'400.– (Fr. 135.– für Begleitungen von Montag bis Freitag bis 20 Uhr und Fr. 145.– für Begleitungen nach 20 Uhr oder an Samstagen, Sonntagen und Feiertagen) (act. 7/80/1/32 S. 4). Für D.\_\_\_\_\_ würden sich die Kosten für 6 Monate auf Fr. 7'376.– belaufen (act. 7/80/2/32 S. 4). In der Reha sind die Besuche schwieriger als im Kinderspital selbst. Es muss eine Person für die Einzelbegleitung organisiert werden, ausser der Berufungskläger liesse sich durch einen Freund oder ein Familienmitglied begleiten (act. 7/73/2). Aufgrund der hohen Kosten will die Berufungsbeklagte keine Einzelbegleitung (act. 7/80/1/38 S. 3). Auch der Berufungskläger lehnte dies mangels finanzieller Mittel ab (act. 7/71 S. 5). Was die Ausübung des Besuchsrechts gegenüber C.\_\_\_\_\_ betrifft, muss garantiert sein, dass die Mutter von C.\_\_\_\_\_ und die Grossmutter mütterlicherseits nicht mit dem Vater zusammentreffen. Zusammen mit der Beiständin wird zu klären sein, welche private Person den Berufungskläger begleitet. Die Mutter war mit dem Vorschlag des Berufungsklägers und der Beiständin,

- 34 - dass der Vater des Berufungsklägers bei den Übergaben anwesend sei und die Begleitung übernehme, nicht einverstanden (act. 7/80/1/27). Gibt es keine triftige Gründe, die dagegen sprechen, kann auf die Wünsche der Mutter nicht Rücksicht genommen werden. Die Mutter hat für die Ausübung des Besuchsrechts Hand zu bieten und dieses nicht zu behindern (FamKomm Scheidung I-BÜCHLER, 3. Auflage, Art. 273 N 14). Sollte bei C.\_\_\_\_\_ vorübergehend – sei es im Rehabilitationszentrum oder nach erfolgter Entlassung zu Hause – eine Einzelpersonenbegleitung notwendig werden, wird es Sache der Beiständin sein, nach einer kostengünstigen Variante zu suchen oder allenfalls hierfür für die Eltern Sozialhilfe zu beantragen. Für D.\_\_\_\_\_ können die Besuche weiterhin im BBT durchgeführt werden. Aufgrund der Schwierigkeiten im BBT ... wollte der Berufungskläger auf den Besuchstreff Zürich ausweichen. Gemäss den Abklärungen der Beiständin ist dies aber nicht möglich, da nur Zuweiser der Stadt Zürich dieses Angebot nutzen können (act. 7/73/3). Kommt eine Einzelbegleitung aus Kostengründen nicht in Frage, ist auf das BBT ... zurückzugreifen. Bislang scheiterten die begleiteten Besuche im BBT .... Es ist allerdings nicht klar, inwieweit dies auf die fehlende Bestellung einer Beiständin zurückzuführen ist. Es ergibt sich aber aus den Akten, dass Frau E.\_\_\_\_\_ mit dem BBT abgemacht hatte, dass sich die Parteien im BBT sehen konnten (act. 7/80/1/30

Blatt 32). Wie dem Merkblatt "Allgemeiner Ablauf Begleitete Besuchstage (BBT) Zürcher Unterland" zu entnehmen ist, gibt es auch die Möglichkeit, dass sich die Eltern nicht sehen. Hiefür gibt es zwei Vorgehensweisen. Es wird Aufgabe der Beiständin sein, dafür zu sorgen, dass das Besuchsrecht in geregelten Bahnen abgewickelt werden kann, insbesondere dass die beiden Eltern bei der Kindsübergabe nicht aufeinandertreffen. b) Die Beiständin wird im Rahmen der gerichtlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung die für einen reibungslosen Verlauf der einzelnen Besuche nötigen Modalitäten festzulegen haben. Diese müssen so ausgestaltet sein, dass Spannungen abgebaut und Konflikte zwischen den Eltern vermieden

- 35 - werden können. Es geht insbesondere auch darum, auf behutsame Weise ein auf Vertrauen basierendes Besuchsrecht aufzubauen.

#### **E. 20**

a) Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). In Scheidungsverfahren nach Art. 274-294 ZPO wird die Gebühr gemäss § 5 festgesetzt (§ 6 Abs. 1 GebV OG). Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird die Gebühr nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles bemessen und beträgt in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– (§ 5 GebV OG). In analoger Anwendung von § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG kann die Gebühr sodann bis auf die Hälfte ermässigt werden. Gestützt auf diese Bestimmung ist die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr auf Fr. 2'000.– festzusetzen. b) Die Kosten werden in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen verteilt, hingegen kann davon in familienrechtlichen Verfahren abgewichen werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Geht es um Kinderbelange, werden die Kosten nach der Praxis der Kammer den Eltern hälftig auferlegt. Im vorliegenden Berufungsverfahren geht es ausschliesslich um Kinderbelange. Daher rechtfertigt es sich, die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, jedoch einstweilen in Folge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Bei hälftiger Kostenaufgabe gibt es keine Parteientschädigungen.

#### **E. 21**

Die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers reichte mit Eingabe vom 8. März 2019 die Honorarnote ein (act. 15) und ergänzte diese für weitere Bemühungen am 17. April 2019 (act. 20). Insgesamt wird für 14.1 Stunden ein Honorar von Fr. 3'102.– zuzügl. Barauslagen von Fr. 350.50 (Fr. 331.50 Fotokopien, Fr. 19.– Porti) und MwSt 7.7% geltend gemacht (act. 15). Unter Berücksichtigung des weiteren Zeitaufwandes von 30 Minuten wird ein Honorar von 3'562.50 (Fr. 3'212.– Zeitaufwand, Fr. 350.50 Barauslagen) zuzügl. 7.7% MwSt verlangt. Da sich die Gebühr bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren nicht nach Zeitaufwand bemisst sondern nach einem

- 36 - pauschalisierten System, ist die Entschädigung in Anwendung von § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 9 sowie § 13 AnwGebV auf Fr. 3'500.– zuzügl. Fr. 350.50 Barauslagen, insgesamt Fr. 3'850.50, und 7.7% MwSt (Fr. 296.50) festzusetzen. Die Rechtsvertreterin des Berufungsklägers ist somit mit Fr. 4'147.– aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Rechtsvertreterin der Berufungsbeklagten wird nach Vorlage ihrer Aufwandszusammenstellung für das Verfahren vor der Kammer mit separatem Beschluss zu entschädigen sein. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 3. Dezember 2018 wird

bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühre wird auf Fr. 2'000.- festgesetzt. 3. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch einstweilen in Folge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 4. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen. 5. Rechtsanwältin MLaw X1. \_\_\_\_\_ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsbeiständin des Berufungsklägers mit Fr. 3'850.50 zuzüglich Fr. 296.50 (7.7 % Mehrwertsteuer auf Fr. 3'850.50), also total Fr. 4'147.-, aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Nachzahlungspflicht des Berufungsklägers gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dielsdorf und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

- 37 - Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. I. Vourtsis-Müller

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