

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. E. Pahud und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler sowie Gerichtsschreiberin Dr. S. Scheiwiller

Urteil vom 31. Mai 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X1._____,

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X2._____,

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (3. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. Dezember 2021; Proz. FE200633

Rechtsbegehren:

(act. 88 S. 2 f.)

"1. Es sei das mit Verfügung vom 14. Januar 2021 angeordnete begleitete Besuchsrecht des Beklagten mit seinen beiden Kindern mit sofortiger Wirkung aufzuheben und für die weitere Dauer des Verfahrens ein gerichtliches Besuchsrecht gemäss Ziff. 2 festzulegen.

2. Es sei für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens folgendes Besuchsrecht anzuordnen:

2.1. Es sei der Beklagte in einer 1. Phase für berechtigt und verpflichtet zu erklären, die Kinder C._____, geb. tt.mm.2014, und D._____, geb. tt.mm.2018, wie folgt zu betreuen bzw. mit ihnen Kontakt zu haben:

1. Phase (ab sofort bis 31. Januar 2022):

- jedes zweite Wochenende von Samstag um 09.00 Uhr bis Sonntagabend, 18.00 Uhr,
- jeweils am Donnerstag um 19.00 Uhr per Videotelefonie (Skype, Facetime o.ä.) für ca. 15 Minuten,
- am 24. Dezember, 10.00 Uhr, bis 25. Dezember, 10.00 Uhr.

2.2. Es sei der Beklagte in einer 2. Phase für berechtigt und verpflichtet zu erklären, die Kinder C._____, geb. tt.mm.2014, und D._____, geb. tt.mm.2018, wie folgt zu betreuen bzw. mit ihnen Kontakt zu haben:

2. Phase (ab 1. Februar 2022 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens):

- jedes zweite Wochenende von Freitag ab 18.00 Uhr bis Sonntagabend, 18.00 Uhr,
- jeweils am Donnerstag um 19.00 Uhr per Videotelefonie (Skype, Facetime o.ä.) für ca. 15 Minuten,
- während der zweiten Sportferienwoche von Samstag, 19. Februar 2022 um 09.00 Uhr, bis Samstagabend, 26. Februar 2022 um 18.00 Uhr;
- jeweils vom 24. Dezember, 10.00 Uhr, bis 25. Dezember, 10.00 Uhr, sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl vom 31. Dezember, 10.00 Uhr, bis 2. Januar, 10.00 Uhr,
- jeweils während der Hälfte der Feiertage im Kanton Zürich, wobei sich die Parteien gemeinsam mit dem Beistand bis zum 30. November über die Feiertagsregelung der Kinder mit den Eltern für das darauffolgende Jahr einigen,

- während der Schulferien für drei Wochen pro Jahr, auf eigene Kosten.

Es sei der Beklagte zu verpflichten, die Ferien der Klägerin bis spätestens drei Monate vor Beginn mitzuteilen.

- 2.3. Es sei festzustellen, dass die Kinder in den übrigen Zeiten durch die Klägerin betreut werden.
3. Es seien die Übergaben des vorstehenden Besuchsrechts gemäss Ziff. 2.1 und 2.2 Spiegelstrich 1 während der Dauer von sechs Monaten zu begleiten (Übergabebegleitung am Samstag um 09.00 Uhr [1. Phase] bzw. Freitag um 18.00 Uhr [2. Phase] sowie am Sonntag um 18.00 Uhr [1. und 2. Phase], jeweils am Wohnort der Klägerin).
4. Es seien die Parteien zu verpflichten, ein Journal über die wichtigen Geschehnisse (bspw. Krankheiten, Medikamente, besondere Vorkommnisse etc.) die Kinder betreffend zu führen, welches sie jeweils bei den Übergaben dem anderen Elternteil übergeben. Des Weiteren seien die Parteien zu verpflichten, jeweils Ende Monat eine Kopie dieses Journals an den Beistand zuzustellen.
5. Es sei dem Beistand der Kinder, E. _____, in Ergänzung des Eheschutzentscheids vom 29. Juni 2018 sowie in Abänderung der Verfügung vom 14. Januar 2021 folgende Aufgaben zu erteilen:
 - eine Übergabebegleitung gemäss vorstehender Ziff. 3 zu organisieren sowie zu überwachen und für die Finanzierung besorgt zu sein,
 - der Übergabebegleitung den Auftrag zu erteilen, über jede Übergabebegleitung ein ausführliches Protokoll zu erstellen,
 - die Protokolle der Übergabebegleitung sowie das durch beide Parteien geführte Journal die Kinder betreffend mit den Parteien zu besprechen,
 - quartalsweise eine Besprechung mit den Parteien sowie den Übergabebegleitern (solange die Übergabebegleitungen stattfinden) zu organisieren;
 - das unbegleitete Besuchsrecht zu organisieren und zu überwachen, im Speziellen den Übergabeort und die Übergabemodalitäten verbindlich festzulegen und über das Vor- und Nachholen von Besuchen bei Verhinderung zu entscheiden,
 - mit den Eltern jeweils bis zum 30. November eine Feiertagsregelung für das darauffolgende Jahr zu erarbeiten.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zu Lasten der Klägerin."

Verfügung des Einzelgerichtes:

(act. 4/1 = act. 6 [Aktenexemplar] = act. 7/95)

1. Das Gesuch des Beklagten um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen wird betreffend Aufhebung begleiteter Besuche, Besuchsrecht und Erweiterung der Aufgaben des Beistands abgewiesen.
2. Die Parteien werden verpflichtet, sich künftig auf schriftlichem Weg gegenseitig über wichtige Kinderbelange (z.B. Krankheiten der Kinder, Medikamente, besondere Vorkommnisse, etc.) zu informieren und die schriftlichen Informationen bei den Übergaben der Kinder zu übergeben.
3. Die Regelung der Kosten für diesen Massnahmenentscheid wird dem Endentscheid vorbehalten.
4. [Mitteilungen.]
5. [Rechtsmittelbelehrung, Berufung innert 10 Tagen mit Hinweis auf Art. 145 Abs. 2 ZPO.]

(modifizierte) Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 2 S. 2 f.; act. 23):

- "1. Es sei Dispositiv-Ziff. 1 der Verfügung vom 13. Dezember 2021 aufzuheben.
2. Es sei für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens in Abänderung der Verfügung vom 14. Januar 2021 folgendes Besuchsrecht anzuordnen:
 - 2.1 Es sei der Vater in einer 1. Phase für berechtigt und verpflichtet zu erklären, die Kinder C._____, geb. tt.mm.2014, und D._____, geb. tt.mm.2018, wie folgt zu betreuen bzw. mit ihnen Kontakt zu haben:

1. Phase (ab sofort bis 31. August 2022):

- jedes zweite Wochenende von Samstag um 09.00 Uhr bis Sonntagabend, 18.00 Uhr,

- jeweils am Donnerstag um 19.00 Uhr per Videotelefonie (Skype, Facetime o.ä.) für ca. 15 Minuten.

2.2. Es sei der Vater in einer 2. Phase für berechtigt und verpflichtet zu erklären, die Kinder C._____, geb. tt.mm.2014, und D._____, geb. tt.mm.2018, wie folgt zu betreuen bzw. mit ihnen Kontakt zu haben:

2. Phase (ab 1. September 2022 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens):

- jedes zweite Wochenende von Freitag ab 18.00 Uhr bis Sonntagabend, 18.00 Uhr,
- jeweils am Donnerstag um 19.00 Uhr per Videotelefonie (Skype, Facetime o.ä.) für ca. 15 Minuten,
- jeweils vom 24. Dezember, 10.00 Uhr, bis 25. Dezember, 10.00 Uhr, sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl vom 31. Dezember, 10.00 Uhr, bis 2. Januar, 10.00 Uhr,
- jeweils während der Hälfte der Feiertage im Kanton Zürich, wobei sich die Parteien gemeinsam mit dem Beistand bis zum 30. November über die Feiertagsregelung der Kinder mit den Eltern für das darauffolgende Jahr einigen,
- während der Schulferien für drei Wochen pro Jahr, auf eigene Kosten.

Es sei der Vater zu verpflichten, die Ferien der Mutter bis spätestens drei Monate vor Beginn mitzuteilen.

2.3. Es sei festzustellen, dass die Kinder in den übrigen Zeiten durch die Klägerin betreut werden.

3. Es seien die Übergaben des vorstehenden Besuchsrechts gemäss Ziff. 2.1 und 2.2 Spiegelstrich 1 während der Dauer von sechs Monaten zu begleiten (Übergabebegleitung am Samstag um 09.00 Uhr [1. Phase] bzw. Freitag um 18.00 Uhr [2. Phase] sowie am Sonntag um 18.00 Uhr [1. und 2. Phase], jeweils am Wohnort der Mutter).

4. Es sei dem Beistand der Kinder, E._____, in Ergänzung des Eheschutzentscheids vom 29. Juni 2018 sowie in Abänderung der Verfügung vom 14. Januar 2021 folgende Aufgaben zu erteilen:

- eine Übergabebegleitung gemäss vorstehender Ziff. 3 zu organisieren sowie zu überwachen und für die Finanzierung besorgt zu sein,
- der Übergabebegleitung den Auftrag zu erteilen, über jede Übergabebegleitung ein ausführliches Protokoll zu erstellen,
- das unbegleitete Besuchsrecht zu organisieren und zu überwachen, im Speziellen den Übergabeort und die Übergabemodalitäten verbindlich festzulegen und über das Vor-

- und Nachholen von Besuchen bei Verhinderung zu entscheiden,
- mit den Eltern jeweils bis zum 30. November eine Feiertagsregelung für das darauffolgende Jahr zu erarbeiten.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

sowie prozessuale Anträge:

- "1. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und bis 14. März 2022 in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____ und ab 15. März 2022 in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.
2. Es sei dementsprechend von der Verpflichtung des Berufungsklägers zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens abzusehen."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 13 S. 2):

"Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten des Berufungsklägers."

sowie prozessualer Antrag:

"Es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu ernennen."

Erwägungen:

I.

1. A. _____ (Beklagter und Berufungskläger, fortan Berufungskläger) und B. _____ (Klägerin und Berufungsbeklagte, fortan Berufungsbeklagte) heirateten am tt. Juni 2013 und haben zwei gemeinsame Kinder: C. _____, geboren am tt.mm.2014, und D. _____, geboren am tt.mm.2018. Seit dem 8. Mai 2018 leben die Parteien getrennt; mit Urteil und Verfügung vom 29. Juni 2018 des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, wurde den Parteien das Ge-

trenntleben gerichtlich bewilligt und wurden die Trennungsfolgen geregelt (act. 7/8/21; Geschäft-Nr. EE180168-L).

2. Seit dem 29. September 2020 (Datum Eingang Klage bei Gericht) stehen sich die Parteien vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung (fortan Vorinstanz), in einem Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB gegenüber (vgl. act. 7/1). Nachdem die Berufungsbeklagte bereits im vorangehenden Eheschutzverfahren Vorwürfe gegenüber dem Berufungskläger darüber erhoben hatte, dass er in Anwesenheit der Kinder masturbiere und pornografische Filme ansehe (vgl. act. 7/8/13), erstattete sie am 29. Oktober 2020, mithin während laufendem Scheidungsverfahren bei den Strafbehörden Anzeige gegen den Berufungskläger wegen sexueller Übergriffe gegenüber den Kindern und insbesondere gegenüber C._____ (act. vgl. dazu act. 7/17, act. 7/18 und insbesondere act. 7/18/93). Daraufhin fanden zwischen der Tochter C._____ und dem Berufungskläger aufgrund eines strafrechtlichen Kontaktverbotes (Ersatzmassnahme) einstweilen keine Kontakte mehr statt und auch das Besuchsrecht zwischen dem Berufungskläger und dem Sohn D._____ wurde einstweilen mit gerichtlicher Verfügung vom 2. Dezember 2020 sistiert (vgl. act. 7/17/2 und act. 7/22).

3. Anlässlich der Verhandlung vom 14. Januar 2021 vereinbarten die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts Besuche von D._____ beim Berufungskläger mit einer sozialpädagogischen Familienbegleitung, startend ab 20. Februar 2021. Seit der Aufhebung des im Strafverfahren verhängten Kontaktverbots betreffend die Tochter C._____ am 11. März 2021 wurden auch für sie begleitete Besuche vereinbart (act. 7/39). Seither haben zwischen dem Berufungskläger und den beiden Kindern regelmässig begleitete Kontakte (jeweils am Samstag) stattgefunden (vgl. act. 6 S. 6, S. 8 f.).

4. Mit Eingabe vom 7. September 2021 (Datum Poststempel) ersuchte der Berufungskläger (unter anderem) um sofortige Aufhebung des mit Verfügung vom 14. Januar 2021 angeordneten begleiteten Besuchsrechts zwischen ihm und den beiden Kindern und um Festlegung eines gerichtlichen unbegleiteten Besuchsrechts für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens (act. 7/71). Mit Verfügung vom 13. Dezember 2021 hat die Vorinstanz das Gesuch des Berufungs-

klägers um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen (unter anderem) betreffend Aufhebung der begleiteten Besuche abgewiesen (act. 7/95 = act. 4/1 = act. 6 [Aktenexemplar]).

5. Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 17. Januar 2022 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs zitierten Berufungsanträge (act. 2 S. 2 f.; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 7/96/3). Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 7/1-97). Mit Verfügung vom 3. März 2022 wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (act. 9). Mit Schreiben vom 14. März 2022 teilte die Rechtsanwältin des Berufungsklägers (lic. iur. X1._____) mit, während ihres Mutterschaftsurlaubes durch ihre ebenfalls bevollmächtigte Bürokollegin Rechtsanwältin MLaw X2._____ vertreten zu werden. Bis und mit 14. März 2022 sei daher sie selber und hernach Rechtsanwältin MLaw X2._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Das Rubrum wurde entsprechend ergänzt. Sodann liess der Berufungskläger im genannten Schreiben die beigelegten (an die Vorinstanz adressierten) Schreiben der Gutachterinnen, beide betreffend Fristerstreckung bis Ende April 2022, einreichen (act. 11; act. 12/1-2). Gleichentags (14. März 2022; Datum Poststempel) erstattete die Berufungsbeklagte innert Frist die Berufungsantwort und beantragte wie eingangs aufgeführt die Abweisung der Berufung sowie die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung samt Rechtsbeiständin (act. 13; act. 14/1-3). Am 10. Mai 2022 teilte Bezirksrichterin lic. iur. F._____ auf Nachfrage hin mit, dass die Frist für das Gutachten bis Mitte Mai 2022 erstreckt worden sei (act. 19). Das Doppel der Berufungsantwort vom 14. März 2022 samt Beilagen wurde dem Berufungskläger zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 20/1). Innert der Frist zur Ausübung des allgemeinen Replikrechts nahm der Berufungskläger mit Eingabe vom 20. Mai 2022 (per IncaMail) hierzu Stellung (act. 23). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Anfechtungsobjekt im vorliegenden Berufungsverfahren ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren. Gegen erstinstanzliche

Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Grundsätzlich auferlegt sich die Berufungsinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden der Vorinstanz jedoch insoweit eine gewisse Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere dann, wenn es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht näher steht (vgl. BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 310 N 3; BLICKENSTORFER, DIKE-Komm. ZPO, a.a.O., Art. 310 N 10). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime zu berücksichtigen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1.; vgl. auch BGer 5A_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 4.2).

2. Die vorliegende Berufung vom 17. Januar 2022 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert, da sein Gesuch vor Vorinstanz abgewiesen wurde und der Massnahmeentscheid vom 13. Dezember 2021 bis zu einem rechtskräftigen Entscheid in der Hauptsache weiter gilt. Es ist daher auf die Berufung einzutreten. Auf die Ausführungen der Parteien ist nachfolgend soweit einzugehen, wie es für den Entscheid von Bedeutung ist.

3. Bei der Anordnung resp. Abänderung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; DOLGE, DIKE-Komm. ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 276 N 15). Soweit Anordnungen über ein Kind zu treffen sind, erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und es ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebun-

den (uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und Officialmaxime, Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

Eine Abänderung vorsorglicher Massnahmen setzt eine Veränderung der Verhältnisse voraus (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Verlangt ist dabei eine wesentliche und dauernde Veränderung (BGE 141 III 376 E. 3.3.1). Bei Anträgen auf Abänderung von Massnahmen, welche die Kinder der Ehegatten betreffen, hat das Gericht von Amtes wegen zu prüfen, ob die verlangte Anpassung dem Kindeswohl entspricht. Geht es um die Aufhebung von Kindesschutzmassnahmen, ist zu berücksichtigen, dass diese nicht auf statische Verhältnisse ausgerichtet sind, sondern auf die Besserung eines gestörten Zustandes (vgl. Art. 313 Abs. 1 ZGB, BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, 6. Auflage 2018, Art. 179 N 5).

4. Die Vorinstanz erwog zunächst, die Parteien würden übereinstimmend ausführen, dass es den beiden gemeinsamen Kindern unter der derzeitigen Betreuungsregelung gut gehe und die begleiteten Besuche positiv verlaufen seien. Eine Gefährdung des Kindeswohls sei unter der geltenden Besuchsregelung nicht ersichtlich. Demgegenüber scheine die Kommunikation zwischen den Parteien nach wie vor erheblich gestört und die Entwicklung der Kinder, insbesondere der Tochter C._____, werfe Fragen auf. Die Parteien würden gegenseitig immer wieder schwere Vorwürfe erheben. Die Berufungsbeklagte habe bereits mehrfach sexuelle Übergriffe auf die Kinder durch den Berufungskläger geltend gemacht, während dieser der Berufungsbeklagten vorwerfe, ihn von wesentlichen Entscheidungen und Vorkommnissen die Kinder betreffend auszuschliessen. Das Strafverfahren gegen den Berufungskläger sei mit Verfügung vom 29. April 2021 eingestellt worden. Aufgrund der gegenseitigen und gerichtlichen Bedenken sei ein Gutachten in Auftrag gegeben worden, mit dem die Erziehungsfähigkeit des Berufungsklägers hinsichtlich der Besuchskontakte und die Bindungstoleranz der Berufungsbeklagten abgeklärt werden solle. Zwischenzeitlich habe die sozialpädagogische Familienbegleitung festgestellt, dass C._____ gegenüber der Berufungsbeklagten Geschehnisse über Besuche beim Vater geschildert haben soll, welche nicht der Realität entsprechen. Letzteres würde auf einen massiven Loyalitätskonflikt der

Tochter hindeuten und das Gutachten als noch notwendiger erscheinen lassen. Allenfalls vermöge es die Diskrepanz zwischen Schilderung und Realität fachgerecht zu erklären. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände gelangte die Vorinstanz zum Schluss, dass angesichts des grossen Elternkonflikts samt gegenseitigem Misstrauen und des dadurch gefährdeten Kindeswohls (Loyalitätskonflikt) die Begleitung der Besuche einstweilen weiter zu führen sei. Darüber hinaus hielt die Vorinstanz fest, die Begleitung der Besuche sollte unbestrittenermassen eine Übergangslösung darstellen. Die geltende Besuchsregelung habe zu einer positiven Entwicklung geführt, die dem Kindeswohl zuträglich sei. Der ungelöste Konflikt zwischen den Parteien bestehe jedoch nach wie vor. Vor diesem Hintergrund erscheine es angemessen, an der bestehenden Besuchsregelung festzuhalten, bis das Gutachten vorliege, das eben den zugrundeliegenden Konflikt entschärfen solle. Da das Gutachten baldmöglichst erstellt werden solle, sei es auch in zeitlicher Hinsicht verhältnismässig, die geltende Besuchsregelung beizubehalten (vgl. zum Ganzen act. 6 S. 12 ff.).

5.

5.1 Der Berufungskläger bringt namentlich vor, die Vorinstanz habe Art. 274 Abs. 2 ZGB verletzt, da sie trotz rechtskräftig eingestelltem Strafverfahren gegen den Berufungskläger am begleiteten Besuchsrecht festhalte. Überdies habe die Vorinstanz, indem sie die beantragte Übergabebegleitung als mildere Massnahme nicht geprüft habe, das Verhältnismässigkeitsprinzip und den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (act. 2 S.5 und S. 7 ff.).

5.2 Die Berufungsbeklagte stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, dass das von ihr geschilderte sexualisierte Verhalten des Berufungsklägers mit der Einstellung des Strafverfahrens gegen den Berufungskläger nicht einfach inexistent geworden sei. Es mache keinen Sinn und entspreche nicht dem Kindeswohl, kurz vor Vorliegen des Gutachtens das begleitete Besuchsrecht in ein unbegleitete Besuchsrecht abzuändern. Aus dem Strafverfahren ergebe sich, dass die Aussagen von C._____ der näheren Abklärung durch Fachleute bedürfen, bevor C._____ dem Berufungskläger ohne Begleitung anvertraut werden solle. Das weitere Vorgehen hänge von den Schlussfolgerungen der Gutachterinnen

ab. Eine Übergabebegleitung stelle keine mögliche mildere Massnahme dar (act. 13).

6.

6.1 Gegenstand der Berufung bildet primär die Frage, ob das Besuchsrecht weiterhin für die Dauer des Scheidungsverfahrens begleitet durchzuführen ist. Die Begleitung der Besuche bedeutet eine Einschränkung des persönlichen Verkehrs im Sinne von Art. 274 Abs. 2 ZGB und setzt eine Gefährdung des Kindeswohls voraus. Die Beschränkung des persönlichen Verkehrs auf ein begleitetes Besuchsrecht stellt eine Alternative zum Entzug des Besuchsrechts dar und steht grundsätzlich unter den gleichen Voraussetzungen (vgl. FamKomm Scheidung I/BÜCHLER, 4. Auflage 2022, Art. 274 ZGB N 17 mit Hinweisen).

6.2 Laut Berufungskläger verkennt die Vorinstanz, dass die Anordnung bzw. die Beibehaltung des begleiteteten Besuchsrechts gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls voraussetze. Diese mögliche Kindeswohlgefährdung sei mit dem rechtskräftig eingestellten Strafverfahren gegen den Berufungskläger weggefallen. Elternkonflikte bzw. Misstrauen des obhutsberechtigten Elternteils gegenüber dem anderen Elternteil würden kein begleitetetes Besuchsrecht rechtfertigen. Mit der Beibehaltung des begleiteteten Besuchsrechts verletze die Vorinstanz Art. 274 Abs. 2 ZGB (act. 2 S. 5 und S. 7 ff.; act. 23 S. 7 f.).

6.2.1 Mit Verfügung vom 29. April 2021 stellte die Staatsanwaltschaft I des Kantons Zürich die Strafuntersuchung gegen den Berufungskläger wegen sexueller Handlungen mit Kindern und Pornografie ein (act. 7/63/2). In der Strafuntersuchung wurden die Beteiligten einvernommen, eine Hausdurchsuchung durchgeführt und diverse Datenträger sichergestellt. Diese Abklärungen vermochten dabei keinen anklagegenügenden Verdacht zu begründen. Gerade bei C._____, die kognitiv leicht beeinträchtigt ist, zeigte sich, dass die Qualität ihrer Aussagen gering war. Namentlich sei sie auf die Fragen kaum eingegangen, habe das Thema gewechselt oder einfach etwas gesagt (act. 7/63/2 S. 2 f. und S. 7). Im Hinblick auf eine zweite Befragung berief sich die Verfahrensbeiständige namens von C._____ auf ihr Aussageverweigerungsrecht (act. 7/89/1 S. 2).

6.2.2 Es trifft – wie der Berufungskläger anführt – zwar zu, dass angesichts der Einstellung des Strafverfahrens die Anzeichen einer Kindeswohlgefährdung schwächer geworden sind. Mit der Berufungsbeklagten ist aber auch festzuhalten, dass die Schilderungen, welche zu den entsprechenden strafrechtlichen Untersuchungshandlungen Anlass gaben, mit der Einstellung des Strafverfahrens nicht inexistent geworden sind (vgl. act. 13 S. 6).

Der Entscheid über die Anordnung einer Besuchsbegleitung und über das Festhalten an einer solchen erfordert eine Ermessensausübung im Einzelfall. Im Rahmen der Güterabwägung ist die Schwere der Gefährdung des Kindeswohls ohne einschränkende Massnahmen dem Interesse am ungehinderten persönlichen Verkehr des Kindes mit dem betreffenden Elternteil gegenüberzustellen (vgl. OGer ZH PQ210053 vom 23. November 2021 E. II./9.1). Entscheidend ist, ob aufgrund der tatsächlichen Umstände von einer Gefährdung des Kindeswohls auszugehen ist, welche die Anordnung einer Besuchsbegleitung rechtfertigt. Die von der Berufungsbeklagten bereits im Eheschutzverfahren eingehend vorgebrachten Angaben zu einem unangemessenen, sexualisierten Verhalten des Berufungsklägers vor den Kindern und ihre im Scheidungsverfahren geäusserten Befürchtungen eines sexuell übergriffigen Verhaltens (vgl. act. 7/13 S. 4; act. 7/35 S. 2 f.) stehen ungeachtet der Einstellung des Strafverfahrens nach wie vor im Raum. Sie sind ernst zu nehmen.

Zu berücksichtigen ist sodann, dass sich die Parteien auf die Erstellung eines Gutachtens geeinigt haben, das sich zur Erziehungsfähigkeit des Berufungsklägers im Zusammenhang mit der Ausübung des Kontakt- und Besuchsrechts sowie über die Bindungstoleranz der Berufungsbeklagten äussern soll (act. 7/61, act. 7/63/1 und act. 7/77 S. 2). Dabei soll das Gutachten unter anderem auch darüber Aufschluss geben, ob es Anzeichen eines unangemessenen (das Kindeswohl gefährdenden) sexualisierten Verhaltens des Berufungsklägers in Anwesenheit der Kinder gibt (act. 7/77 S. 4). Auch die Entwicklung der Kinder ist Gegenstand des Gutachtens, wobei unter anderem allfällige Auffälligkeiten oder Störungen in der Entwicklung bzw. im Verhalten der Kinder, namentlich ein nicht dem Alter entsprechendes sexualisiertes Verhalten, und die Begünstigung von Äusse-

rungen über nicht erfolgte sexuelle Übergriffe Thema sind (act. 7/77 S. 5). Entsprechend wird sich das Gutachten eingehend mit den einschlägigen Konfliktpunkten auseinandersetzen. Auch wenn nicht erwartet werden kann, dass das Gutachten in die eine oder andere Richtung absolute Gewissheit schaffen wird, so ist trotzdem – gerade mit Blick auf die geringe Aussagequalität von C._____ im Rahmen der Strafuntersuchung und die nun erfolgte vertiefte Abklärung von C._____ durch Fachpersonen – ein erheblicher Erkenntnisgewinn zu erhoffen. Der Entscheid der Vorinstanz, die Besuchsbegleitung bis zum Vorliegen des Gutachtens aufrecht zu erhalten, ist vor dem geschilderten Hintergrund insgesamt nachvollziehbar und nicht zu beanstanden.

Im Weiteren kann davon abgesehen werden, das Gutachten für den vorliegenden Entscheid abzuwarten bzw. beizuziehen. Es erscheint angemessen und sachdienlich, dass die Vorinstanz das Gutachten (welches unterdessen eingetroffen sein sollte, act. 19 und act. 26/18) den Parteien am 22. Juni 2022 im Rahmen einer Verhandlung mündlich erläutern wird (act. 26/19). Mit dem einstweiligen Festhalten an der aktuellen Besuchsbegleitung, welche nach übereinstimmenden Ausführungen der Parteien (act. 6 S. 12) sowie aktuellstem Zwischenbericht der Begleitung vom 7. April 2022 (act. 26/17) positiv verläuft, wird im Übrigen auch die Gefahr eines für die Kinder schwer nachvollziehbaren und belastenden "Hin und Her" bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts vermieden. Sollten sich die Verdachtsmomente gegenüber dem Berufungskläger durch das Gutachten nicht erhärten, so wird über die Begleitung allerdings unverzüglich neu zu befinden sein (entgegen dem Berufungskläger [act. 2 S. 10 unten] gebotenenfalls durchaus auch von Amtes wegen, vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO), zumal unbefangene Vater-Kind-Kontakte im Rahmen unbegleiteter Besuche aus Kindeswohlgesichtspunkten grundsätzlich von grosser Bedeutung sind.

Nach dem Gesagten sprechen zum jetzigen Zeitpunkt noch gute Gründe für das Festhalten an der derzeitigen Besuchsrechtsregelung. Eine Verletzung von Art. 274 Abs. 2 ZGB liegt damit nicht vor.

6.3 Im Weiteren macht der Berufungskläger geltend, die Vorinstanz habe das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzt, da sie nicht geprüft habe, ob die beantrag-

ten Übergabebegleitungen eine mildere Massnahme gegenüber dem begleiteten Besuchsrecht darstellen würden (act. 2 S. 5 und 11).

Den vorstehend zitierten Erwägungen der Vorinstanz (vorne Ziff. II./4) kann entnommen werden, dass sich die Vorinstanz eingehend und sorgfältig mit der Sache auseinandergesetzt hat und unter Berücksichtigung der Gesamtumstände, insbesondere der schwierigen Familiendynamik, zur Auffassung gelangte, dass das Festhalten an der derzeitigen Besuchsregelung gerechtfertigt und verhältnismässig ist. Die vorinstanzliche Kernüberlegung geht augenfällig dahin, dass die derzeitige, positiv verlaufende Besuchsregelung einstweilen beibehalten bzw. keine Unruhe durch ein neues Besuchsregime geschaffen werden soll, bevor das Gutachten, von dem man sich mehr Klarheit erhofft, eingetroffen ist. Dieses Vorgehen verdient wie erwähnt Zustimmung. Das schliesst eine Übergabebegleitung als mildere Erfolg versprechende Massnahme aus, auch wenn die Vorinstanz sich nicht ausdrücklich dazu geäussert hat. Eine Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips ist zu verneinen.

6.4 Schliesslich rügt der Berufungskläger die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die Vorinstanz begründe zum einen nicht, inwiefern das begleitete Besuchsrecht geeignet und erforderlich sein soll, um der Gefährdung des Kindeswohls wirksam zu begegnen (act. 2 S. 5 und 8 f.). Zum anderen setze sie sich nicht mit den Empfehlungen seitens der Besuchsbegleiterinnen und des Beistands auseinander (act. 2 S. 11).

Der aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) fliessenden Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen, ist Genüge getan, wenn der Entscheid sachgerecht angefochten werden kann. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die es seinen Entscheid stützt (vgl. BGE 142 III 433 E. 4.3.2 m.w.H.). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit jedem Parteistandpunkt einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen widerlegt (vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2). Die vorinstanzliche Begründung genügt diesen Anforderungen. Die Vorinstanz brachte hinreichend klar zum Ausdruck, von welchen Überlegungen sie sich bei der Beibehaltung der derzeitigen

Besuchsrechtsregelung hat leiten lassen (vgl. act. 6 S. 12 ff.; E. II./4). Dabei würdigte sie insb. auch den positiven Verlauf der begleiteten Besuche, obschon sie zum Schluss kam, der bestehende Konflikt rechtfertige es, bis zum Vorliegen des Gutachtens bei der aktuellen Regelung zu bleiben (act. 6 S. 14). Der Berufungskläger konnte den Entscheid umfassend anfechten. Eine Gehörsverletzung ist nicht auszumachen.

6.5 Alles in allem erscheint die Beibehaltung der begleiteten Besuchsregelung unter den gegebenen Umständen mit guten Gründen vertretbar. Zusammenfassend ist an der derzeitigen von der Vorinstanz getroffenen Besuchsrechtsregelung festzuhalten und die Berufung abzuweisen.

III.

1.

1.1 Beide Parteien beantragen, es sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es seien ihre jeweiligen Rechtsvertreterinnen als unentgeltliche Rechtsbeistände zu bestellen (act. 2 S. 3, act. 11, act. 23 und act. 13 S. 2). Der Berufungskläger fügt an, auf die Beantragung eines Prozesskostenvorschusses (als Hauptantrag) zu verzichten, zumal die Berufungsbeklagte selbst mittellos sei (act. 2 S. 12). Bei der Berufungsbeklagten fehlt ein diesbezüglicher Antrag bzw. Ausführungen hierzu.

1.2 Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht, insbesondere der ehelichen Unterstützungspflicht (statt vieler: BGE 127 I 205). Es besteht daher die grundsätzliche Obliegenheit vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, Rz. 168). Ist die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten allerdings manifest, ist von diesem Erfordernis abzusehen (vgl. zum Ganzen OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022 E. V./2.3 mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Wie sich nachstehend zeigen wird, ist die Mittellosigkeit bei beiden Ehegatten manifest (vgl. E. III./1.4), weshalb die Berufungsbeklagte durch die fehlende Beantragung des Prozesskostenvorschusses keinen Nachteil erleidet.

1.3 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst unter bestimmten Voraussetzungen die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

1.4 Der Berufungskläger vermag mit seinem Einkommen seinen Notbedarf nicht zu decken. Über nennenswertes Vermögen verfügt er nicht (vgl. act. 2 S. 12 ff.; act. 3/2-16). Die Berufungsbeklagte wird vom Sozialamt unterstützt; sie verfügt weder über ein Einkommen noch über Vermögen (act. 13 S. 10; act. 14/1-3). Somit sind beide Parteien als mittellos zu betrachten.

1.5 In Status- und Ehesachen kann in der Regel nicht von Aussichtslosigkeit die Rede sein, und die Parteien vertreten im Berufungsverfahren keine von vornherein aussichtslosen Standpunkte. Auch war der Beizug eines Rechtsbeistands in der nicht einfachen Sache geboten. Beiden Parteien ist daher für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsverbeiständung zu bewilligen. Dem Berufungskläger ist in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____ (bis 14. März 2022) bzw. Rechtsanwältin MLaw X2. _____ (ab 15. März 2022) und der Berufungsbeklagten in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ je eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Beide Parteien sind auf ihre Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen, die greift, sobald sie dazu in der Lage sind.

2.

2.1 Streitgegenstand war vorliegend das Besuchsrecht des Berufungsklägers. Es handelt sich entsprechend um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, wofür die Entscheidgebühr in der Regel zwischen Fr. 300.-- und Fr. 13'000.-- beträgt (§ 5 Abs. 1 GebV OG). Unter Berücksichtigung der Reduktion aufgrund des summarischen Verfahrens (vgl. § 8 Abs. 1 GebV OG) ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 1'500.-- festzusetzen.

2.2 Die Kosten werden in der Regel nach Obsiegen und Unterliegen verteilt (vgl. Art. 106 ZPO). Davon kann in familienrechtlichen Verfahren abgewichen werden (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Geht es um Kinderbelange (bspw. elterliche Sorge, Obhut, Besuchsrecht), werden die Kosten nach der Praxis der Kammer im Regelfall den Eltern hälftig auferlegt und die Parteientschädigungen wettgeschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Kindesinteressen gute Gründe zur Antragstellung hatten (vgl. etwa OGer ZH LY 210024 vom 1. September 2021 E. 4.3; LY150043 vom 31. August 2015 E. 11). In Verfahren betreffend Kinderbelange ist davon auszugehen, dass die Standpunkte der Parteien in der Regel im Rahmen des gerichtlichen Ermessensspielraums berechtigt sind (vgl. OGer ZH LC160038 vom 25. Oktober 2016 E. III.). Vorliegend unterliegt der Berufungskläger. Es kann ihm jedoch nicht vorgeworfen werden, die Anträge nicht unter Berücksichtigung der Interessen seiner Kinder D. _____ und C. _____ gestellt zu haben. Entsprechend liegt kein Grund vor, von der vorstehend dargelegten Praxis abzuweichen. Es rechtfertigt sich daher, den Parteien die Kosten je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Die Entscheidungsbüher wird zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Gerichtskasse genommen (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO).

2.3 Nach Vorlage der Aufstellung ihrer Bemühungen werden die unentgeltlichen Rechtsbeiständigen der Parteien für ihre Bemühungen im Berufungsverfahren mit separatem Beschluss zu entschädigen sein (vgl. § 23 Abs. 2 AnwGebV).

3. Die erstinstanzlichen Akten sind der Vorinstanz im Hinblick auf den erwähnten Verhandlungstermin zu retournieren. Im Falle eines Weiterzugs dieses Entscheids an das Bundesgericht wären sie der Kammer unverzüglich wieder einzureichen.

Es wird beschlossen:

1. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.

2. Dem Berufungskläger werden für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____ (bis 14. März 2022) bzw. Rechtsanwältin MLaw X2. _____ (ab 15. März 2022) als unentgeltliche Rechtsbeiständinnen bestellt.
3. Der Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, vom 13. Dezember 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Rechtsbeiständinnen des Berufungsklägers, Rechtsanwältin lic. iur. X1. _____ (bis 14. März 2022) und Rechtsanwältin MLaw X2. _____ (ab 15. März 2022), werden nach Vorlage der Aufstellung für ihre Bemühungen mit separatem Beschluss entschädigt.
5. Die Rechtsbeiständin der Berufungsbeklagten, Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____, wird nach Vorlage der Aufstellung für ihre Bemühungen mit separatem Beschluss entschädigt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, dem Berufungskläger unter Beilage einer Kopie von act. 22, der Berufungsbeklagten unter Beilage einer Kopie der act. 22-26, sowie – unter Beilage der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

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:

Dr. S. Scheiwiller

versandt am: