

ZH_OBERGERICHT LC120033 vom 30. Mai 2013

ZH Obergericht, 2013-05-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC120033

FR: ZH_OBERGERICHT LC120033 du 30 mai 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LC120033 del 30 maggio 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am tt. September 2002 in ... (TG) geheiratet. Aus ihrer Ehe ist der Sohn C._____, geboren am tt.mm.2003, hervorgegangen. Seit dem 14. April 2006 leben die Parteien getrennt. Davon wurde am 9. März 2007 im Rahmen eines Eheschutzverfahrens gerichtlich Vormerk genommen (vgl. act. 6/40 S. 19). Im Endentscheid des Eheschutzverfahren wurde am 9. März 2007 C._____ unter die Obhut der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend nur: die Berufungsklägerin) gestellt. Ferner wurde zwecks Sicherstellung des persönlichen Verkehrs zwischen C._____ und dem Gesuchsteller sowie Berufungsbeklagten (nachfolgend nur: der Berufungsbeklagte) eine Beistandschaft i.S. des Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet (a.a.O., S. 19 f.).

E. 1.1

Die Berufung richtet sich, wie bereits kurz angesprochen wurde, nur gegen einzelne Punkte des Urteils vom 2. August 2012. In der Sache verlangt wird ers- tens eine von Dispositiv-Ziffer 4 des einzelgerichtlichen Urteils abweichende Neu- regelung des persönlichen Verkehrs zwischen C._____ und dem Berufungsbe- klagten (vgl. act. 235 S. 2 f.), zweitens eine Abänderung der in Dispositiv-Ziffer 6 des einzelgerichtlichen Urteils geregelten Aufgaben/Befugnisse des Beistandes, der u.a. für die Überwachung des persönlichen Verkehrs von C._____ und des-

- 13 - sen Vater eingesetzt wurde, sowie drittens die Ergänzung einer Weisung des Einzelgerichts an die Parteien zur Durchführung einer Familientherapie gemäss Dispositiv-Ziffer 5 des einzelgerichtlichen Urteils (vgl. a.a.O., S. 3). Viertens wird in der Berufungsschrift eine Ergänzung von Dispositiv-Ziffer 9 des einzelgerichtli- chen Urteils beantragt, welche nahehelichen Unterhalt der Berufungsklägerin be- trifft (a.a.O.). Daneben stellte die Berufungsklägerin noch weitere Anträge (vgl. act. 235 S. 3 f.), allerdings nicht zur Sache (die Anträge sind entweder prozessualer Natur oder richten sich gegen die Festsetzung der Gerichtskosten im einzelgerichtlichen Urteil).

E. 1.2

Die Berufungsklägerin liess am 18. März 2013 den Rückzug der mit der Beru- fungsschrift gestellten Anträge Ziffer 4. (nachehelicher Unterhalt), Ziffer 5. (Kosten des Gutachtens als Teil der erstinstanzlichen Kostenfestsetzung) und Ziffer 6. (Eventualantrag auf Rückweisung) erklären (act. 268). Der Rückzug der Berufung in der Sache bewirkt, dass das einzelgerichtliche Urteil auch bezüglich der Rege- lung des nahehelichen Unterhalts in Dispositiv-Ziffer 9 rechtskräftig geworden ist. Das Verfahren ist daher insoweit abzuschreiben (vgl. Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO). In der Sache zu behandeln sind noch das Besuchsrecht einschliesslich der Befugnisse des Beistandes und die beantragte Ergänzung der Therapieverpflich- tung. 2. Zur Begründung der Regelung des persönlichen Verkehrs

zwischen C._____ und dem Berufungsbeklagten verwies das Einzelgericht im Wesentlichen auf seine Verfügung vom 16. August 2010 (act. 112). Anlass, an der verfügten Regelung etwas zu ändern, bestehe nur insoweit, als dass der Gesuchsteller dem Sohn C._____ nunmehr eine geeignete Übernachtungsmöglichkeit zur Verfügung stellen könne (act. 135 S. 2), so dass im Zusammenhang mit den Übernachtungen aus gerichtlicher Sicht das Besuchsrecht nicht mehr einzuschränken sei. Dem Gesuchsteller sei daher ein gerichtsübliches Besuchsrecht einzuräumen. Er sei berechtigt zu erklären, C._____ jedes zweite Wochenende sowie jährlich am 26. Dezember auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ferner sei ihm ein Ferienbesuchsrecht während 14 Tagen pro Jahr einzuräumen.

- 14 - Die Ausdehnung oder Einschränkung des Besuchsrechts durch den Beistand sei vorzubehalten (act. 232 S. 13 ff.). Das Einzelgericht befasste sich insbesondere in der Verfügung vom 16. August 2010 mit den Kinderbelangen, wobei es einlässlich auf die Anträge der Parteien und des Kindesvertreters sowie auf das kinderpsychiatrische Gutachten von Dr. med. K._____ und die weiteren Berichte und Erhebungen einging (act. 112 S. 8 ff.). Die gutachterliche Empfehlung, C._____ vorübergehend fremd zu platzieren, um ihn aus dem elterlichen Spannungsfeld herauszunehmen (vgl. act. 57 S. 28, 30), erachtete es aber als unverhältnismässig. Es räumte der Berufungsklägerin die elterliche Sorge und Obhut über C._____ ein – unter Aufrechterhaltung der Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft – und legte den persönlichen Verkehr zwischen C._____ und dem Berufungsbeklagten fest (act. 112 S. 16 ff., 23 f.). Um hier die Wiederholung der einzelgerichtlichen Ausführungen im Detail zu vermeiden, wird auf die entsprechenden Erwägungen des Einzelgerichts verwiesen, auf die sich ebenfalls das angefochtene Urteil zutreffend abstützt.

E. 2

Anfangs Dezember 2008 reichten die Parteien beim Einzelgericht ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein. Einigkeit bestand indessen nur im Scheidungspunkt (vgl. act. 2). Das zeigt sich am weiteren Verlauf des Prozesses vor der ersten Instanz bis zu deren Urteil vom 2. August 2012. Für Einzelheiten dazu kann auf die einlässlich dargestellte Prozessgeschichte im erstinstanzlichen Urteil verwiesen werden (vgl. act. 232, dort S. 2 ff.). Hier genügen einige wenige Hinweise.

E. 2.1

2.1.1 Mit der Berufung wird im Wesentlichen kritisiert, die Regelung des Besuchsrechts im angefochtenen Urteil sei mit dem Kindeswohl nicht vereinbar. C._____ geniesse den Kontakt zu seinem Vater, habe aber zu wenig Vertrauen, als dass er bereit sei, die Besuche bis um 19:15 Uhr auszudehnen. Grund dafür sei, dass der Berufungsbeklagte C._____ immer wieder gesagt habe, er werde schon bald bei ihm übernachten, mit ihm Ferien verbringen und C._____ werde bald ganz bei ihm wohnen. Für die ganze Besuchsrechtsproblematik sei nicht ein Elternkonflikt verantwortlich, sondern ausschliesslich das Verhalten des Berufungsbeklagten. Mit dem beantragten Besuchsrecht jeden zweiten Samstag von 08:30 bis 17:30 Uhr und am 26. Dezember von 08:30 Uhr bis 17:30 Uhr bestünden gute Chancen, dass eine Beruhigung der angespannten Situation eintreten könne. Diesfalls bestehe auch die Chance, dass C._____ dann einmal aus freien Stücken mehr Zeit mit dem Berufungsbeklagten verbringen wolle. Das Einzelgericht verletze mit der Besuchsrechtsregelung zudem die gesetzliche Kompetenzausscheidung

zwischen Gericht und Vormundschaftsbehörde bzw. Beistand. Dem Beistand könne nicht die Aufgabe überbunden werden, anstelle des Richters die Besuchsordnung festzulegen bzw. zu ändern (act. 235 Rz. 9 ff.).

- 15 -

E. 2.1.2

Der Berufungsbeklagte wendet im Wesentlichen ein, bekanntlich nehme die Berufungsklägerin manipulativ auf C._____ Einfluss. Die Behauptung, C._____ sei nicht bereit, die Besuche bis um 19:15 Uhr auszudehnen, falle auf die Berufungsklägerin zurück. Die Übertragung der Kompetenz auf den Beistand, das Besuchsrecht im Bedarfsfall einzuschränken oder auszudehnen sei rechtmässig, notwendig und angemessen. Die Bestimmung sei im Lichte der gerichtlich festgelegten – dem Kindeswohl entsprechenden – Grundordnung zu verstehen; die Grundordnung werde dadurch nicht tangiert. Mit Bezug auf die von der Berufungsklägerin beantragte Anhörung von C._____ erneuert der Berufungsbeklagte sodann vorsorglich seinen Antrag, das Zeugnis von M._____, N._____, Dr. med. O._____ und P._____ abzunehmen. Die angerufenen Zeugen würden das gute Verhältnis zwischen Vater und Sohn wie auch den Loyalitätskonflikt, in dem C._____ sich befinde, kennen (act. 243 Rz. 11 ff.).

E. 2.1.3

Der Kindesvertreter verweist zunächst auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das Besuchsrecht selbst in Konfliktfällen im üblichen Umfang einzuräumen sei. C._____ selber weise aber eine Ausdehnung der Besuchstage über 17:30 Uhr hinaus oder gar Übernachtungen beim Berufungsbeklagten klar und sehr bestimmt von sich. Er begründe dies damit, dass der Tag ohnehin schon lang sei. Diese Begründung erschliesse sich ihm – dem Kindesvertreter – nur teilweise. Die Haltung von C._____ erscheine jedoch gefestigt und ernsthaft, beständig gegenüber dem Kindertherapeuten, der Mutter und dem Kindesvertreter. Bei dieser Situation sei die Suche nach den effektiven Gründen für diese Haltung und daraus abzuleitende Schuldzuweisungen wenig weiterführend. Für die nächste Zukunft sei von dieser Haltung auszugehen, und es sei dem Wunsch von C._____ auf ein eingeschränktes Besuchsrecht (ein Tag von 08:30 bis 17:30 Uhr) zu entsprechen. Dies ermögliche einerseits einen regelmässigen Kontakt mit dem Vater und nehme andererseits auf die Wünsche und Bedürfnisse von C._____ Rücksicht. Das Besuchsrecht sei so anzuordnen und nicht in die Kompetenz des Beistands zu geben. Ebenso wenig sei die Ausdehnung des Besuchsrechts aber in die Kompetenz resp. Verantwortung von C._____ zu legen. Im Streitfall habe darüber vielmehr wiederum der Richter auf entsprechendes Begehren der Eltern bzw. des Beistands zu entscheiden. Den Kindseltern müsse aber einmal mehr

- 16 - ausdrücklich erklärt werden, dass die Kind-Elternbeziehung zu beiden Elternteilen gelebt werden müsse. Des weiteren hält der Kindesvertreter fest, dass trotz verschiedenster Bemühungen das gegenwärtig gelebte, minimale Besuchsrecht (jeden zweiten Samstag von 08:30 bis 17:30 Uhr, keine Übernachtungen, kein Ferienbesuchsrecht) das äusserste Entgegenkommen von C._____ darstelle, decke sich eigentlich nicht mit dem wohlverstandenen Interesse eines durchschnittlichen, heranwachsenden Jugendlichen. Aus diesem Grunde erscheine es von zentraler Bedeutung, dass die Beistandschaft beibehalten werde und der Auftrag, C._____ in seiner persönlichen und schulischen Entwicklung zu fördern und Massnahmen zur Stärkung seines Selbstbewusstseins einzuleiten, nicht toter

Buchstabe bleibe. Es erscheine weiter zulässig und angemessen, dem Beistand die zeitliche Regelung des Besuchstages zu überlassen, wobei von der bisherigen Regelung (08:30 Uhr bis 17:30 Uhr) auszugehen sei und diese hernach auszuweiten, um dem Berufungsbeklagten zu einem späteren Zeitpunkt die Möglichkeit zu geben, C._____ nach dem Abendessen zurückzubringen. Eine vollständige Verweigerung des Ferienbesuchsrechts hält der Kindesvertreter für bundesrechtswidrig. Handkehrum sei die kategorische Weigerung von C._____, im jetzigen Zeitpunkt beim Berufungsbeklagten zu übernachten, nicht einfach unbeachtlich. Es erscheine angemessen, das im angefochtenen Urteil gewährte Ferienbesuchsrecht von 14 Tagen aufzunehmen und zu bestätigen. Indessen sei dem Beistand, ausgehend von diesem Ferienrahmen, die Kompetenz einzuräumen, zu entscheiden, inwieweit das Ferienbesuchsrecht während einzelnen Tagen, zu einem späteren Zeitpunkt in kürzeren mehrtägigen Abschnitten bzw. in einer letzten Phase ohne Einschränkungen auszuüben sei (act. 253 S. 2 ff.).

E. 2.1.4

In einer unaufgefordert eingereichten Eingabe vom 4. Februar 2013 schildert der Berufungsbeklagte im Hinblick auf die Anhörung von C._____, die Berufungsklägerin habe gewünscht, dass der Besuchstag vom tt. Februar 2013 wegen ihres Geburtstages entfallen solle. Der Berufungsbeklagte sei damit einverstanden gewesen, habe jedoch einen alternativen Vorschlag gewünscht. Am 2. Februar 2013 habe sich das dutzendfach erlebte Spiel wiederholt. Die Beru-

- 17 - fungsklägerin habe sich mit C._____ in der Wohnung aufgehalten. Als der Berufungsbeklagte C._____ habe abholen wollen, habe die Berufungsklägerin nicht auf das Läuten reagiert. Vorgängig habe der Berufungsbeklagte keine Information erhalten, dass der Besuchstag nicht stattfinden könne. Versuche, C._____ telefonisch zu kontaktieren seien ebenfalls vergeblich gewesen; die Berufungsklägerin verbiete C._____ in diesen Situationen jeweils, das Telefon abzunehmen. Diese Machenschaften hätten den Gutachter zur Empfehlung geführt, C._____ fremd zu platzieren. Er habe die Berufungsklägerin als in hohem Masse manipulativ bezeichnet. Es liege auf der Hand, dass die Berufungsklägerin vor der Anhörung keine positiven Erlebnisse von C._____ mit dem Vater wünsche. Ein solches habe sich nämlich am Besuchstag vom 19. Januar 2013 ergeben: C._____ habe von sich aus die Berufungsklägerin angerufen und erklärt, er wolle noch länger beim Berufungsbeklagten bleiben (act. 258 S. 1 f.).

E. 2.1.5

In ihrer Stellungnahme vom 18. März 2013 hält die Berufungsklägerin dazu fest, nachdem C._____ nunmehr angehört worden sei und seine Haltung zum Ausdruck gebracht habe, müsse nicht weiter auf die Vorbringen des Berufungsbeklagten eingegangen werden. Die Anhörung habe gezeigt, dass C._____ gut in der Lage sei, sich zu seinen Bedürfnissen und Wünschen hinsichtlich Kontakten mit dem Vater zu äussern. Die Feststellung des Kindesvertreterers hinsichtlich des gefestigten Willens von C._____ habe sich anlässlich der Anhörung erneut bestätigt. Die Sicht von C._____ sei zu berücksichtigen. Seit dem Besuchstag vom 19. Januar 2013 habe die Berufungsklägerin wiederholt versucht, ein Gespräch mit dem Berufungsbeklagten und dem Beistand anzuberaumen, um die Situation zu klären und Lösungen für die Zukunft zu suchen. Ihre Bemühungen widerlegten die Unterstellungen des Berufungsbeklagten. Die Berufungsklägerin erklärt sich im Übrigen mit der vom Kindesvertreter beantragten Ausgestaltung des Besuchs- und

Ferienbesuchsrechts einverstanden. Sie betont, C._____ müsse davon entlastet werden, dass er für die Regelung des Besuchsrechts, den zeitlichen Rahmen des Verbleibs beim Vater und allfällige Übernachtungen die Verantwortung trage bzw. darüber entscheiden müsse. Dies könne allein derart geschehen, dass nunmehr das Besuchsrecht an einem Tag alle zwei Wochen festgesetzt werde und der Beistand fixe Übergabezeiten festlege – derzeit nach Wunsch von

- 18 - C._____ von 8:30 bis 17:30 Uhr. Der Beistand und der Kindertherapeut würden mit C._____ eine künftige Ausdehnung der Besuchszeiten thematisieren können und müssen. Hingegen dürfe diese Diskussion nicht zwischen C._____ und seinem Vater stattfinden (act. 268 f. passim).

E. 2.1.6

Der Berufungsbeklagte merkt in seiner Stellungnahme zur Anhörung an, die Schilderungen von C._____ liessen sich nicht zu einem klaren und nachvollziehbaren Bild zusammenfügen. Die Äusserung, C._____ finde gemein, was am Besuchstag vom 19. Januar 2013 abgelaufen sei, sei nicht eigenes Überlegen oder Fühlen. Erst nach der Diskussion mit der Mutter trete dieses Gefühl auf (act. 270 S. 4 ff.). Der Berufungsbeklagte reicht ferner eine Schilderung des am 19. Januar 2013 anwesenden Freundes M._____ zu den Akten. Darin wird erwähnt, C._____ habe beim Dartspielen mit ihnen gemerkt, dass die Zeit wohl nicht mehr ausreiche, das laufende Spiel fertig zu spielen. Aus diesem Grund habe er – wie von seinem Vater vorgeschlagen – seiner Mutter telefoniert und um eine Verlängerung der Besuchszeit gebeten. Er habe eine Verlängerung von genau 20 Minuten bekommen (act. 271/7).

E. 2.2

Die Anordnungen über den persönlichen Verkehr hat das Gericht zu treffen, wenn es nach den Bestimmungen über die Ehescheidung die Obhut bzw. elterliche Sorge zuteilt (vgl. Art. 275 Abs. 1 und 2 ZGB). Die Zuteilung der (alleinigen) elterlichen Sorge und Obhut an die Berufungsklägerin ist, wie schon gesagt, nicht angefochten und rechtskräftig (vgl. act. 245 S. 5-6). Gemäss den Art. 273 f. ZGB haben Eltern, denen die elterliche Sorge nicht zusteht, und das Kind selbst gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Im Vordergrund steht dabei das Kindesinteresse, zu beiden Eltern unbelastet eine Beziehung zu pflegen. Die Eltern haben alles zu unterlassen, was sich auf den persönlichen Verkehr des Kindes nachteilig auswirken kann. Insbesondere obliegt es dem sorgeverpflichteten Elternteil, das Kind auf Besuche und Kontakte zum anderen Elternteil positiv einzustimmen und das Kind so zu fördern. Umgekehrt hat der besuchsberechtigte Elternteil den Verkehr mit dem Kind zu dessen Wohl so regelmässig zu gestalten, dass Vertrauen und eine echte Beziehung zwischen Kind und Elternteil wachsen bzw. gepflegt werden können. Er hat

- 19 - auch alles zu unterlassen, was dem mit der Erziehung betrauten Elternteil die entsprechenden Aufgaben erschweren kann. Der Umfang des persönlichen Verkehrs ist im Einzelfall zu bemessen, wobei den wesentlichen Umständen, insbesondere dem Alter des Kindes, seiner körperlichen und geistigen Entwicklung sowie der Beziehung zum besuchsberechtigten Elternteil, Rechnung zu tragen ist. Weil im Zentrum des persönlichen Verkehrs das Kindesinteresse bzw. Kindeswohl steht, haben die Interessen der Eltern zwangsläufig zurückzustehen. Von beiden Eltern wird bei der Ermöglichung und der Ausübung des persönlichen Verkehrs ein gewisses Mass an Selbstlosigkeit verlangt,

Verzicht und guter Wille, unter Ausklammerung ihrer allfälligen Konflikte untereinander. Es wird damit von ihnen übrigens im Wesentlichen nichts anderes verlangt als von Eltern, die beide mit ihren Kindern zusammen leben und dabei sozusagen naturgemäss gezwungen sind, ihre Interessen immer wieder hinter die der Kinder zu stellen, für die sie die Verantwortung tragen (vgl. zum Ganzen FamKomm-Scheidung-Büchler/Wirz, 2. A. Bern 2011, Art. 273 N 4 ff., 14a, 21 und Art. 274 N 2, 14 ff.; BSK ZGB I-Schwenzer, 4. A. Zürich 2010, Art. 273 N 6, 9 ff. und Art. 274 N 2 f.; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. A., Bern 2010, Rz. 10.156 f.). Das Bundesgericht hat wiederholt festgehalten, dass Konfliktsituationen, wie sie in jeder Scheidung auftreten können, nicht zu einer einschneidenden Beschränkung des Besuchsrechts auf unbestimmte Zeit führen dürfen, wenn das Verhältnis zwischen dem besuchsberechtigten Elternteil und dem Kind gut ist. Es hat sich dabei von der Überlegung leiten lassen, dass es unhaltbar wäre, wenn der obhutsberechtigte Elternteil es in der Hand hätte, gewissermassen durch Zwistigkeiten mit dem anderen Teil den Umfang des Besuchsrechts zu steuern. In diesem Sinn hat es ferner zu bedenken gegeben, dass für einen allfälligen Loyalitätskonflikt des Kindes in erster Linie die Eltern verantwortlich sind, was ihnen allerdings oftmals nicht bewusst ist, und es hat die Pflicht des obhutsberechtigten Elternteils hervorgehoben, die Beziehung zwischen dem Kind und dem anderen Teil zu fördern und das Kind für die Kontaktpflege positiv vorzubereiten. Überdies hat es auf die Erkenntnis verwiesen, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung zu beiden Elternteilen – für Knaben auch die

- 20 - Orientierungsmöglichkeit an einer väterlichen Identifikationsfigur – sehr wichtig ist und bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielt (vgl. BGE 118 II 241 E. 2c-d, S. 242; BGE 122 III 404 E. 3a, S. 407; BGE 123 III 445 E. 3b, S. 451 f.; BGE 127 III 295 E. 4a, S. 298; BGE 130 III 585 E. 2.2.1, S. 589; BGE 131 III 209 E. 4, S. 211 f.).

E. 2.3

Die Anhörung von C. _____ durch den Referenten am 21. Februar 2013 ergab zusammengefasst Folgendes: C. _____ ist gerne beim Vater. Das letzte Mal hat er ihn am 22. Januar 2013 gesehen (C. _____ nennt den 22. Januar 2013, meint wohl aber den Samstag, 19. Januar 2013). Da hat ihn der Vater am Morgen abgeholt. Beim Mittagessen und am Nachmittag ist noch Besuch da gewesen. Dann hat der Vater gesagt, wenn C. _____ nicht länger bleibt als sonst, wird er sie (den Vater und Q. _____) nie wieder sehen. Er ist dann länger geblieben; das hat ihm auch gefallen. Er findet es aber gemein, was der Vater gemacht hat. Zu Hause hat er mit der Mutter darüber gesprochen, und es ist ihm das dann bewusst geworden. Er ist auch nicht gerne beim Vater, wenn dieser böse über die Mutter spricht. Einmal hat der Vater etwas Blödes gesagt. Die Mutter hingegen hat noch nie so über den Vater gesprochen. Sie sagt nur, dass es nicht stimmt, was der Vater ihm sagt. Insofern spricht er schon mit der Mutter darüber. Neben der Mutter kann er nur noch mit Herrn D. _____ über seine Situation sprechen, obwohl er bei diesem mehr spielt als Gespräche führt. Er geht alle zwei bis drei Wochen zu Herrn D. _____. Er hat schon zu Herrn D. _____ gesagt, er will jeweils nicht länger beim Vater bleiben. Neun Stunden genügen ihm. Länger – selbst 1,5 Stunden – sind für ihn einfach zu viel, weil er für den Besuchstag schon früh aufstehen muss und nicht ausschlafen kann. Als er das eine Mal länger beim Vater geblieben ist, war er schon etwas müde, aber da hat er einfach Angst gehabt, dass er den Vater nie wieder sieht. Vor dem 22. Januar 2013 hat er seinen Vater

ungefähr alle zwei Wochen gesehen. Sie sind beispielsweise Billard oder Dart spielen gegangen. Anschliessend haben sie beim Vater etwas gekocht oder sie sind auswärts Essen gegessen. So gefällt es ihm. Nach dem Besuch vom 22. Januar 2013 will er den Vater

- 21 - aber nicht mehr allein sehen. Er will nun ein begleitetes Besuchsrecht. Er weiss, was das ist, nämlich dass sie sich an einem speziellen Ort treffen und eine Person dabei ist. Der Vater ist einfach netter, wenn andere Leute anwesend sind. Wenn er nach einem Besuchstag etwa um sechs Uhr nach Hause kommt, spielt er noch mit seiner Mutter oder sie schauen einen Film. Nach dem Abendessen geht er ins Bett (Prot. S. 13 ff.).

E. 2.4

Diese Schilderungen zeigen den Loyalitätskonflikt, in dem sich C._____ befindet, und der ihn daran hindert, zu seinem Vater ein möglichst unbelastetes Vertrauensverhältnis aufzubauen bzw. zu pflegen, eindrücklich auf. Die Einvernahme der vom Berufungsbeklagten in diesem Zusammenhang angerufenen Zeugen erübrigt sich bereits aus diesem Grund. Dass es sich bei der in der Anhörung zum Ausdruck gebrachten Haltung und den geäusserten Wünschen hinsichtlich der Besuchstage um die eigenen Überlegungen von C._____ handelt, muss bezweifelt werden. Erst nach dem Gespräch mit der Mutter – und damit aufgrund ihrer (eventuell unbewussten) Beeinflussung – fand C._____, es sei gemein gewesen, was der Vater gemacht habe. Gleichzeitig betont er, dass es ihm beim Vater gefallen habe. Unvermittelt folgt wenig später die Äusserung, C._____ habe schon zu Herrn D._____ gesagt, er wolle jeweils nicht länger beim Vater bleiben, selbst 1,5 Stunden mehr seien für ihn einfach zu viel. Diese Äusserung lässt sich nur schwer in den kindlichen Erzählfluss integrieren. Es ist einfühlbar, dass C._____ nach neun Stunden beim Vater müde ist. Nur: C._____ sagt selbst, dass er nach dem Besuchstag noch mit der Mutter spiele oder mit ihr einen Film schaue. Eine Überforderung von C._____ bei den Besuchstagen ist nicht erkennbar. C._____ kann offensichtlich nur schwer abschätzen, wie viel Zeit beim Vater für ihn genügend und wie viel zu viel ist. Grundsätzlich zutreffend weisen der Kindesvertreter und die Berufungsklägerin darauf hin, dass dem Willen des Kindes für die Regelung des Besuchsrechts grösste Bedeutung beizumessen ist. Ein weitgehendes Mitbestimmungsrecht über das Besuchsrecht ist spätestens mit dem 12. Altersjahr zu gewähren (vgl. FamKomm-Scheidung-Büchler/Wirz, Art. 274 N 14). C._____ ist 10 Jahre alt, er wirkt allerdings eher jünger (vgl. auch act. 57 S. 19 ff.; act. 112 S. 14 f.). Die Ursachen für eine Ablehnung der Ausdehnung von Besuchskontakten – die sich auch dem Kindesvertreter wie erwähnt nur teilweise er-

- 22 - schliessen – können sodann nicht ausser Acht gelassen werden. C._____ hat in der Anhörung im Kern die Meinung der Berufungsbeklagten bestätigt, die Besuchszeit dürfe nicht länger als bis 17:30 Uhr dauern. Im Übrigen erklärt C._____, er wünsche ein begleitetes Besuchsrecht. Bekanntlich ist dies die (frühere) Vorstellung der Berufungsklägerin (vgl. Prot. I S. 63). Mit der – durchwegs positiven – Darstellung der Besuchstage durch C._____ lässt sich das nicht in Einklang bringen. Die Begleitung der Besuche ist im Berufungsverfahren kein Thema, eine Gefährdung des körperlichen und geistigen Wohls von C._____ durch Besuche beim Berufungsbeklagten steht nicht zur Diskussion. Ein begleiteteter Besuchstreff wurde lediglich während vier Malen nach dem rund einjährigen Unterbruch der Besuche mit Vereinbarung der Parteien vom 1. November 2011 bzw. entsprechender Verfügung (act. 185) anberaumt. Die in der Anhörung geäusserten Wünsche von C._____ geben eins zu eins die Erwartungen der

Berufungsklägerin wieder. Die Berufungsklägerin zieht denn auch im Grunde die vom Berufungsbeklagten beanstandete Unterbindung des Kontaktes zwischen ihm und C._____ im Vorfeld der Anhörung nicht in Zweifel. Nur vor diesem Hintergrund ist die ablehnende Haltung von C._____ hinsichtlich einer selbst moderaten Ausdehnung der Besuche anlässlich der Anhörung verständlich. Dem wohl verstandenen Interesse von C._____ und seinen Bedürfnissen und wirklichen Wünschen kann mit dem blossen (unreflektierten) Abstellen auf den in der Anhörung geäußerten – vermeintlichen – Willen des Kindes nicht Rechnung getragen werden.

E. 2.5

Nicht zu übergehen ist freilich, dass das mit dem angefochtenen Urteil festgelegte (die Verfügung vom 16. August 2010 bestätigende) Besuchsrecht des Berufungsbeklagten nicht gelebt wird und noch nie gelebt wurde. Nach einer Anordnung des Beistands sollten die Besuche ab dem 23. Juni 2012 jeden zweiten Samstag von 08:30 Uhr bis 19:15 Uhr (statt nur bis 17:30 Uhr) stattfinden (act. 227). Selbst diese Anordnung bzw. Verlängerung des Besuchstages wurde aber nicht umgesetzt. C._____ ging und geht bis 17:30 Uhr oder gar nicht zum Vater. Übernachtungen fanden und finden bis heute nicht statt. Dazu ist anzumerken, dass ein Beharren des Berufungsbeklagten auf die vom Beistand angeordnete zeitliche Regelung des Besuchstages bis 19:30 Uhr entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin (act. 235 Rz. 31) nicht den Schluss zulässt, dem Beru-

- 23 - fungsbeklagten gehe es gar nicht wirklich darum, C._____ zu sehen. Der Berufungsbeklagte verfolgt das durchaus berechtigte Anliegen, dass Regelungen eingehalten und nicht von der Berufungsklägerin nach Belieben durchkreuzt werden. Dass seit dem Ende der begleiteten Besuchstage (ab 26. Mai 2012) nur wenige Besuchskontakte stattfanden, kann nicht – jedenfalls nicht allein – dem Berufungsbeklagten angelastet werden. Die Kooperations- und Kompromissfähigkeit ist – das Einzelgericht hat dies zu Recht wiederholt und mit Nachdruck festgehalten (vgl. z.B. act. 112 S. 13 f., 22; act. 232 S. 14 f.) – bei beiden Parteien an einem kleinen Ort (vgl. auch nachstehend Ziff. II/3.2). Beide Seiten scheinen mittlerweile allerdings im Grunde erkannt zu haben, dass gegenseitige Schuldzuweisungen nicht weiterführen und die getroffenen Abmachungen bzw. Regelungen eingehalten werden müssen (vgl. act. 243 Rz. 17, S. 12; act. 268 S. 4). Zu Recht hat die Berufungsklägerin überdies dafür gehalten, C._____ müsse davon entlastet werden, für den zeitlichen Rahmen des Besuchsrechts verantwortlich zu sein bzw. über eine Änderung oder Ausdehnung entscheiden zu müssen. Das ist zutreffend. Wird jedoch mit der Berufungsschrift verlangt, der zeitliche Rahmen des Besuchsrechts sei von den Wünschen C._____s abhängig zu machen, hätte das genau diese Konsequenz: Die Regelung des Besuchsrechts würde in den Willen und damit in die Verantwortung von C._____ gelegt. Damit würde C._____ vom Loyalitätskonflikt gegenüber den beiden Elternteilen nicht entlastet, sondern die Belastung noch verstärkt. Es gilt hier und heute, eine Vergrößerung des Loyalitätskonflikts zu verhindern und die – unmittelbar drohende wenn nicht gar bereits vorhandene – Entfremdung zwischen C._____ und seinem Vater abzuwenden. Die Beschränkung des Besuchsrechts ist, wie das Bundesgericht ausgeführt hat, eine letztlich wenig geeignete Massnahme, um der Tatsache zu begegnen, dass der Wechsel der Bezugsperson bei einem Kind Loyalitätskonflikte hervorruft. Dem zeitlichen Faktor kommt überdies hinsichtlich der Qualität einer Beziehung wesentliche Bedeutung zu. Für ein gutes Gedeihen der Vater-Kind-Beziehung braucht es einen kontinuierlichen Kontakt. Ein Besuchstag mit dem Vater sollte den Tagen bei der Mutter ebenbürtig sein können und

daher mit einem gemeinsamen Abendessen abschliessen. All das spricht dafür, den – an sich von allen Seiten, insbesondere

- 24 - aber von C._____, als gut qualifizierten, funktionierenden – Kontakt zwischen Vater und Sohn schrittweise auszudehnen. Zu Recht benennen die Parteien und der Kindesvertreter denn auch keine Umstände, die stichhaltig eine andere Sicht gebieten. Richtig ist zwar, wie die Berufungsklägerin geltend macht (vgl. act. 235 Rz. 29), dass es in der Verantwortung des Berufungsbeklagten liegt, C._____ nicht mit falschen Angaben bezüglich anstehender Übernachtungen und Ferien zu belasten. Ebenso zu Recht hat die Berufungsklägerin aber eingesehen, dass Übernachtungen tatsächlich anstehen und thematisiert werden müssen (act. 235 Rz. 30; act. 268 S. 4). C._____ muss schrittweise darauf vorbereitet werden. Der Kindesvertreter befürwortet zwar eine Einschränkung des Besuchsrechts auf die gelebte Übung (jeden zweiten Samstag von 08:30 Uhr bis 17:30 Uhr). Er hält dabei jedoch zugleich dafür, dem Berufungsbeklagten zu einem späteren Zeitpunkt die Möglichkeit zu geben, C._____ auch nach dem Abendessen zurückzubringen (act. 253). Damit geht ebenso der Kindesvertreter von einer späteren Ausdehnung der Besuchszeiten aus. Die Begrenzung des Besuchsrechts auf das momentan Erreichte für längere Zeit erscheint somit alles Andere als sachgerecht. Genau besehen würde die Entwicklung einer vertrauensvollen, tragfähigen Beziehung zwischen C._____ und seinem Vater auf diese Weise unterbunden und jegliche familiäre Nähe zwischen ihnen im Keim erstickt. Dem Kindeswohl wird einzig eine gestaffelte, schrittweise Ausdehnung des zeitlichen Rahmens des Besuchsrechts gerecht, ausgehend von den eingeführten (wenn auch bisher zumeist nicht eingehaltenen) Besuchen an jedem zweiten Samstag bis 19:15 Uhr. In cirka einem halben Jahr, d.h. ab Oktober 2013 sind alle zwei Wochen Wochenend-Besuche mit Übernachtung, d.h. Samstag, 08.30 Uhr bis Sonntag, 19.15 Uhr einzuführen. Hinzu kommt der 26. Dezember.

E. 2.6

Beizupflichten ist der Berufungsklägerin darin, dass die Besuchsbeistandschaft nicht zu einer Delegation der behördlichen Verantwortung für den Entscheid über die Besuchsrechtsregelung auf den Beistand führen darf. Die Festlegung bzw. Anpassung des Besuchsrechts obliegt ausschliesslich dem Gericht bzw. der KESB. Der Beistand hat vorab beratende (anleitende und weisende) sowie vermittelnde Funktion hinsichtlich der Erziehung des Kindes (Art. 308 Abs. 1

- 25 - ZGB). Als besondere Aufgabe kann ihm u.a. die Überwachung des persönlichen Verkehrs übertragen werden (Art. 308 Abs. 2 ZGB; vgl. BSK ZGB I-Breitschmid,

E. 2.7

Die dem Besuchsbeistand zukommende Stellung und Kompetenz übersteigt es ebenfalls, wenn er für C._____ und die Parteien (allenfalls notwendige) Therapien in die Wege leiten soll. Dem Beistand obliegt es ausserdem nicht, bei einer Gefährdung des Kindeswohls die nötigen Kindesschutzmassnahmen zu treffen. Zuständig für solche Massnahmen ist die KESB bzw. der Richter. Die dem Beistand in Dispositiv-Ziffer 6 Abs. 2 Al. 3 und 7 des angefochtenen Urteils eingeräumten Befugnisse sind daher ebenso aufzuheben. Unnötig ist ferner der Hinweis, dass die Aufzählung der Aufgaben des Beistands nicht abschliessend ist. Der Beistand kennt seine gesetzlichen Aufgaben und Befugnisse.

E. 2.8

Der Kindesvertreter argumentiert im Weiteren überzeugend, dass eine (voll- ständige) Verweigerung eines Ferienbesuchsrechts unter den vorliegenden Um- ständen mit dem (Bundes- bzw. Kindes-)Recht nicht vereinbar und letztlich dem Kindeswohl abträglich wäre (act. 253 S. 4 f.). Das hat die Berufungsklägerin er- kannt und sich mit dem Vorschlag des Kindesvertreters (ebenfalls) in dieser Hin- sicht einverstanden erklärt (vgl. act. 268 S. 2, 4). Einem (durchschnittlichen) Feri- enbesuchsrecht von zwei Wochen pro Jahr steht auch sonst nichts entgegen. Es rundet die vorstehende Besuchsrechts-Anordnung ab. Wie es das Einzelgericht in

- 26 - seiner Verfügung vom 16. August 2010 (act. 112 S. 24) dargetan hat, ist dabei zu beachten, dass C._____ die nötige Zeit einzuräumen ist, um sich daran zu ge- wöhnen, beim Vater bzw. "auswärts" zu schlafen. Das Ferienbesuchsrecht ist da- her erst ab dem Jahr 2014 einzuführen, wenn C._____ bereits im Rahmen des ordentlichen Besuchsrechts beim Berufungsbeklagten übernachtet hat. Diese An- gewöhnung bedarf einiger Zeit und es gilt zu berücksichtigen, dass die Ferien drei Monate im voraus anzumelden sein werden. Das rechtfertigt es, das Ferienbe- suchsrecht des Berufungsbeklagten mit dem 15. April 2013 beginnen zu lassen (erstmöglichster Termin für Ferien). Die Ferien können auch als Einzelwochen be- zogen werden. Hingegen unterläuft die vorgeschlagene Möglichkeit der Aufteilung auf einzelne Ferienbesuchstage (vgl. act. 253 S. 4 f.; act. 268 S. 2, 4) den Zweck des Ferienbesuchsrechtes, gemeinsam Ferien zu verbringen. Dem Beistand kommt nach dem vorstehend (unter Ziff. 2.7) Ausgeführten keine Befugnis zu, das Ferienbesuchsrecht einzuschränken und auf einzelne Tage aufzuteilen. Er ist aber mit der Einhaltung bzw. Überwachung desselben zu beauftragen.

E. 2.9

Auf eine besondere Regelung der Kompensation ausgefallener Besuchstage ist sodann zu verzichten. Die Berufungsklägerin hat sich der Formulierung der Besuchsanordnung durch den Kindesvertreter angeschlossen, ohne ihren diesbe- züglichen Antrag (act. 235 S. 3) zu erneuern (vgl. act. 268 S. 2 und 5). Ausgefal- lene Besuche sind – selbst ohne ausdrückliche Regelung – nämlich stets dann nachzuholen, wenn der Ausfall durch den Inhaber der elterlichen Sorge und Ob- hut zu vertreten ist. Die Grenze bildet auch hier das Kindeswohl (vgl. FamKomm- Scheidung-Büchler/Wirz, Art. 273 N 26; BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 273 N 16 mit weiteren Hinweisen). 3.1 - 3.1.1 Mit der Anordnung einer ambulanten Familientherapie in Dispositiv- Ziffer 5 des angefochtenen Urteils erklärt sich die Berufungsklägerin ausdrücklich einverstanden. Sie hält es aber für unverhältnismässig, dass der Beistand mit der Überwachung der Einhaltung dieser Auflage betraut worden ist (Dispositiv-Ziffer 6 Abs. 2 Al. 6), und sie fordert, dass den Parteien die Auflage erteilt werde, bezüg- lich sämtlicher Gesprächsinhalte der Therapie Stillschweigen zu bewahren. Der Berufungsbeklagte habe nämlich die Therapie dazu missbraucht, selektiv be-

- 27 - stimmte Äusserungen des Therapeuten an die Adresse der Berufungsklägerin vor das Gericht zu tragen und sie so in ein schlechtes Licht zu rücken. Durch dieses Verhalten habe er die zwingend erforderliche Vertraulichkeit der Therapiegesprä- che unterlaufen (act. 235 Rz. 41 ff.). 3.1.2 Der Berufungsbeklagte wehrt sich in der Berufungsantwort dagegen, dass ihm im Zusammenhang mit der angeordneten Familientherapie ein "Maulkorb" verpasst werden solle. Die Berufungsklägerin strebe damit an, dass über ihr Fehl- verhalten geschwiegen werde (act. 243 Rz. 20 ff.). 3.2 Der Berufungsklägerin ist darin zu folgen, dass die Vertraulichkeit der Thera- piegespräche für den angestrebten Erfolg der Therapie unabdingbar ist. Besteht keine Garantie, dass Informationen aus einer Mediation bzw.

Familientherapie nicht in einen (anschliessenden) Gerichtsprozess einfließen, werden die Parteien sich strategisch verhalten und das Prinzip der Offenlegung missachten (vgl. Möhrle, Mediation und mediative Techniken in der Hand des staatlichen Richters im revidierten Scheidungsrecht, AJP 1999, S. 1548). Wie bereits angesprochen, hatte der Berufungsbeklagte im Hinblick auf die Fortsetzung der Hauptverhandlung am 1. November 2011 beim Einzelgericht einen Bericht des Therapeuten Dr. L. _____ zum Gang der Therapie beantragt. Dem Antrag konnte nicht Folge geleistet werden, da die Berufungsklägerin den Therapeuten nicht vom Berufsgeheimnis entband. In einer Eingabe an das Einzelgericht vom 26. April 2012 bezog sich der Berufungsbeklagte aber gleichwohl auf die (angebliche) Aussage von Dr. L. _____, die Berufungsklägerin habe ihre Haltung hinsichtlich des Kontaktes des Sohnes zum Vater zu korrigieren (act. 210). Damit hat er den Grundsatz der Vertraulichkeit missachtet. Um den Therapiezweck nicht (noch mehr) zu gefährden, ist es sachgerecht und geboten, die Parteien zur Geheimhaltung der Therapiegespräche gegenüber den Behörden zu verpflichten. Der betreffende Antrag der Berufungsklägerin ist insoweit begründet. Anzuführen bleibt dem noch, dass das Verhalten beider Parteien im einzelgerichtlichen Verfahren ihre Mühen illustriert, ihren Konflikt von den Interessen der Kinder an einem möglichst unbeschwerten Umgang mit beiden Eltern zu trennen (vgl. dazu vorn Ziff. II/2.2 und 2.5).

- 28 - 3.3 In besonderen Fällen mag es zulässig sein, den Besuchsbeistand damit zu beauftragen, die Einhaltung der (gerichtlich angeordneten) Therapieverpflichtung zu überwachen (vgl. BGer 5A_140/2010 vom 11. Juni 2010). Ob ein solcher Auftrag zweckmässig und der Beistand zu dessen Erfüllung überhaupt in der Lage ist, ist eine andere Frage. Der Beistand hat keine Handhabe für die Sicherstellung der Einhaltung der Therapieverpflichtung. Die Berufungsklägerin argumentiert insoweit zutreffend, dass eine Überwachung der Auflage zur Absolvierung einer Familientherapie (Dispositiv-Ziffer 5. des angefochtenen Urteils) nicht angezeigt ist. Die Auflage wurde zu Recht nicht mit Sanktionen bzw. Massnahmen für den Fall des Unterlassens bzw. des Abbruchs verbunden. Dazu kommt, dass es dem Beistand trotz fortlaufender Bemühungen aufgrund der bestehenden Konflikte nicht einmal gelungen ist, die festgelegten Besuchszeiten durchzusetzen. Den Beistand zusätzlich mit der Überwachung der Therapieverpflichtung zu beauftragen, ist daher kaum sachdienlich und damit unangemessen. Die Berufung ist auch in diesem Punkt begründet.

E. 4

Unter Berücksichtigung des Teilrückzuges der Berufung durch die Berufungsklägerin rechtfertigt es sich, ihr die Kosten des Berufungsverfahrens zu 3/5 und dem Berufungsbeklagten zu 2/5 aufzuerlegen. Die Kosten sind aus dem geleisteten Vorschuss zu beziehen, und der Berufungsklägerin ist im Umfang des ihren Kostenanteil übersteigenden Betrages der Rückgriff auf den Berufungsbeklagten einzuräumen. Entsprechend der Kostenaufgabe ist dem Berufungsbeklagten eine auf 1/5 reduzierte Parteientschädigung (ohne Zuschlag, die zusätzlichen Eingaben betreffen ausschliesslich die Kinderbelange) zuzusprechen. Die Grundgebühr berechnet sich nach § 5 Abs. 1 in Verbindung mit § 13 AnwGebV. Die volle Grundgebühr ist auf Fr. 2'500.-- festzusetzen. Die Berufungsklägerin hat den Berufungsbeklagten daher mit Fr. 500.-- zu entschädigen. Der Ersatz der Mehrwertsteuer wurde nicht verlangt und ist daher nicht zuzusprechen.

- 30 - Es wird beschlossen:

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