

ZH_OBERGERICHT NQ120070 vom 29. April 2013

ZH Obergericht, 2013-04-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NQ120070

FR: ZH_OBERGERICHT NQ120070 du 29 avril 2013

IT: ZH_OBERGERICHT NQ120070 del 29 aprile 2013

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Die Parteien sind die unverheirateten Eltern von C._____, geb. tt.mm.2002. Sie trennten sich wenige Monate nach der Geburt ihres Sohnes. Aufgrund einer Gefährdungsmeldung errichtete die Sozialbehörde D._____ mit Beschluss vom 1. Juli 2008 für C._____ eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB und ernannte E._____, Sozialarbeiterin, Jugend- und Familienberatung ... [Ort], zur Beiständin (act. 8/25/3). Ausgelöst durch einem Vorfall im Dezember 2010, als C._____ von der Mutter so geschlagen wurde, dass er noch am nächsten Tag Striemen im Gesicht hatte, ordnete die Sozialbehörde D._____ nach Durchführung zweier grosser Helferrunden mit Beschluss vom 19. April 2011 für C._____ eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB an und ernannte für die Dauer des Sorgerechtsverfahrens lic. iur. Z._____ zum Vertretungsbeistand. Zudem wurde bei Dr. F._____, ... [Ort], ein Gutachten zur Abklärung des Sorgerechts und der Obhut über C._____ in Auftrag gegeben (act. 8/25/13). Das Gutachten wurde am 16. November 2011 erstattet (act. 8/25/23). Mit Präsidialverfügung vom 12. Dezember 2011 wurde die Obhut der Kindsmutter gestützt auf Art. 310 Abs. 1 ZGB superprovisorisch aufgehoben und dem Kindsvater zugeteilt. Die Beiständin wurde zusätzlich beauftragt, die Umteilung der Obhut von C._____ zum Kindsvater zu begleiten und für eine Familienbegleitung von Vater und Sohn sowie für deren Finanzierung besorgt zu sein, sowie den persönlichen Verkehr mit der Mutter für die nächsten drei Monate nur in Anwesenheit Dritter stattfinden zu lassen und bis Mitte März 2012 einen Bericht darüber mit einer konkreten Regelung für die Zukunft einzureichen (act. 8/25/26). Die Beiständin schlug in der Folge für die ersten zwei Monate ein Besuchsrecht von einem halben Tag pro Woche vor, wobei dies ohne Aufsicht von anderen Personen möglich wäre (act. 8/25/8). Mit Beschluss vom 20. Dezember 2011 bestätigte die Sozialbehörde D._____ die Anordnungen gemäss Präsidialverfügung vom 12. Dezember 2011, passte den Auftrag der Beiständin zur Regelung des Besuchsrechts der Kindsmutter aber insofern an, als der persönliche Verkehr bei Bedarf auch unbeaufsichtigt gewährt

- 3 - werden könne. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (act. 8/25/30).

E. 1.2

Der Vertretungsbeistand von C._____ (lic. iur. Z._____) teilte der Sozialbehörde D._____ mit Schreiben vom 12. Januar 2012 mit, dass er nach einem Gespräch mit C._____ keinen Grund habe, gegen den Beschluss vom 20. Dezember 2011 Beschwerde einzureichen. Aus Sicht von C._____ gebe es keinen Grund etwas einzuwenden. C._____ habe aber den

Wunsch nach vermehrtem Kontakt mit der Kindsmutter geäussert (act. 8/25/34).

E. 1.3

Hingegen liess die Kindsmutter mit Eingabe vom 5. Januar 2012 gegen den Beschluss der Sozialbehörde D._____ vom 20. Dezember 2011 Beschwerde beim Bezirksrat Hinwil erheben und beantragen, die Obhut über das Kind C._____ sei bei der Mutter zu belassen, eventualiter sei ihr ein Besuchsrecht von einem Tag pro Woche einzuräumen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie u.a., es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung insofern wieder zu erteilen, als es der Beschwerdeführerin zu gestatten sei, C._____ während einem Tag pro Woche unbeaufsichtigt zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (act. 8/1 S. 2). Auf gemeinsamen Antrag der Beschwerdeführerin und der Sozialbehörde D._____ vom 25./26. Januar 2012 (act. 8/9 S. 4 und act. 8/12) wurde das Verfahren mit Präsidialverfügung vom 16. März 2012 bis zum 31. Mai 2012 sistiert, um eine tragfähige Lösung für den persönlichen Verkehr der Kindsmutter zu finden (act. 8/13). In der Folge verbrachte die Beschwerdeführerin einen halben Tag pro Woche mit C._____ (act. 8/14 S. 3, act. 8/15 S. 2), was sie als ungenügend erachtete. Sie beantragte daher mit Eingabe vom 31. Mai 2012 für den Fall, dass der Obhutsentzug geschützt werde, neu ein Besuchsrecht im Ausmass von zwei Wochenenden (Freitagabend bis Sonntagabend), sowie ein Ferienbesuchsrecht von zwei Wochen (act. 8/14 S. 5). Die Sozialbehörde D._____ erachtete hingegen unter Bezugnahme auf den Bericht der Beiständin vom 15. Mai 2012 ein Besuchsrecht von einem halben Tag pro Woche als angemessen. Eine allfällige Ausweitung erfordere weitere Abklärungen. Erst wenn davon ausgegangen werden könne, dass das Kind einer Gewaltanwendung nicht mehr ausgesetzt sei, könnten die Besuche ausgedehnt werden (act. 8/15 und 8/16). Das bezirksrätliche

- 4 - Verfahren wurde mit Präsidialverfügung vom 20. Juni 2012 wieder aufgenommen (act. 8/20). Mit seiner Beschwerdeantwort vom 2. Juli 2012 teilte der Vater von C._____ und Beschwerdegegner im bezirksrätlichen Verfahren mit, bezüglich Besuchszeiten hätten er und die Kindsmutter einen offenen Umgang gepflegt, und auch von seiner Seite aus habe sie C._____ ohne weiteres zwei bis drei Stunden länger sehen können (act. 8/23). Die Sozialbehörde D._____ beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 10. Juli 2012 (act. 8/24), die Beschwerde sei betreffend Obhutsuteilung abzuweisen. Der (neue) Eventualantrag sei teilweise abzuweisen und das Besuchsrecht auf wöchentlich 8 Stunden auszudehnen. Übernachtungen seien aufgrund des Gefährdungspotentials der Mutter für C._____ nicht zumutbar, solange er sich vor allfälligen unvorhersehbaren Reaktionen seiner Mutter nicht selber genügend schützen könne. Mit Beschluss vom 15. November 2012 (act. 8/32 = act. 6) hat der Bezirksrat Hinwil in teilweiser Gutheissung der Beschwerde das wöchentliche Besuchsrecht der Mutter im Sinne des Eventualantrages in der Beschwerde von 4 auf 8 Stunden, in der Regel von 09 Uhr bis 17 Uhr, festgelegt. Ferner hat er die Vormundschaftsbehörde D._____ angewiesen, unverzüglich weitere Abklärungen im Sinne von Ziff. 3.8 der Erwägungen zu tätigen. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen und einem allfälligen Rechtsmittel wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. In Ziff. 3.8 hat der Bezirksrat festgehalten, eine Ausdehnung des Besuchsrechts über 8 Stunden pro Woche hinaus mit Übernachtungen bei der Mutter sei gestützt auf die vorliegenden Akten abzulehnen. Diese zeigten die Situation, wie sie bis im Juli 2012 gegeben gewesen sei. Die Vormundschaftsbehörde sei jedoch anzuweisen, abzuklären, ob aufgrund einer inzwischen eingetretenen Entwicklung eine weitere Ausdehnung des Besuchsrechts mit dem Kindeswohl vereinbar sei (act. 6 S. 12 f.).

E. 1.4

Gegen den Beschluss des Bezirksrates Hinwil vom 15. November 2012 hat A._____ mit Eingabe vom 29. November 2012 fristgemäss Berufung erheben lassen (act. 2 i.V. mit act. 7) mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2): "1. In Abänderung von Ziffer I des angefochtenen Beschlusses sei die Berufungsklägerin für berechtigt zu erklären, ihren Sohn C._____ jedes zweite Wochenende von Freitagabend 18 Uhr bis

- 5 - Sonntagabend 18 Uhr zu sich auf Besuch zu nehmen. Sie sei ausserdem für berechtigt zu erklären, C._____ zwei Wochen pro Jahr in die Ferien zu nehmen.

E. 1.5

Nach formlosem Beizug der vorinstanzlichen Akten (act. 4, act. 8/1-32) wurde der Berufungsklägerin mit Beschluss vom 7. Dezember 2012 (act. 10) die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Ferner wurde dem Berufungsbeklagten sowie dem Bezirksrat Hinwil und der Sozialbehörde D._____ Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten bzw. eine allfällige Vernehmlassung zu erstatten. Der Bezirksrat Hinwil hat mit Zuschrift vom 12. Dezember 2012 auf eine Vernehmlassung verzichtet (act. 12). Anstelle der Sozialbehörde D._____ nahm die bereits eingesetzte Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Bezirk Hinwil mit Eingabe vom 19. Dezember 2012 Stellung. Sie teilte mit, sie habe die angeordneten Abklärungen bereits an Hand genommen und bei der Beiständin eine Stellungnahme bis 31. Januar 2013 angefordert (act. 16+17). Der Berufungsbeklagte erstattete seine Berufungsantwort fristgemäss am 20. Dezember 2012 und liess beantragen, die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und es sei der Beschluss des Bezirksrates Hinwil vom 15. November 2012 zu bestätigen. In prozessualer Hinsicht beantragte er die unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich unentgeltlicher Rechtsvertretung (act. 18 S. 2). Die diversen Eingaben wurden den Parteien je zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 21+22). Unter dem 12. Februar 2013 reichte die Berufungsklägerin (neu: Beschwerdeführerin) eine Stellung-

- 6 - nahme zur Berufungsantwort ein (act. 24), welche dem Berufungsbeklagten (neu: Beschwerdegegner) zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (act. 25+26). Mit Eingabe vom 20. Februar 2013 übermittelte die KESB Bezirk Hinwil dem Gericht den Bericht der Beiständin über die aktuelle Besuchsrechtssituation (act. 27+28), welcher den Parteien übermittelt wurde (act. 29+30). Mit Datum vom 6. März 2013 nahm der Berufungsbeklagte (neu: Beschwerdegegner) dazu wie auch zur Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 12. Februar 2013 Stellung (act. 31). Die Eingabe wurde der Beschwerdeführerin zugestellt (act. 32+33). Ein weitere Stellungnahme ist nicht erfolgt. Das Verfahren ist spruchreif. 2. Anwendbares Recht

E. 2

Es sei der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, und es sei ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen;

E. 2.1

Am 1. Januar 2013 ist die Teilrevision des ZGB zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht in Kraft getreten. Dieses umfasst auch diverse Verfahrensvorschriften (vgl. die neuen Art. 440 ff. ZGB). Gleichzeitig traten die kantonalen Ein-

föhrungsbestimmungen dazu in Kraft (im Wesentlichen das sog. EG KESR). Die neuen sachlichen Zuständigkeiten und die neuen Verfahrensbestimmungen gelten nicht nur für das Erwachsenenschutz-, sondern auch für das Kindesrecht, das in den Art. 314 ff. ZGB noch besondere kindesrechtliche Verfahrensvorschriften vorsieht. Deshalb kommt Art. 14a SchlT, der die sachliche Zuständigkeit und das anwendbare Verfahrensrecht bei hängigen erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren regelt, zusammen mit Art. 12 Abs. 1 SchlT auch bei hängigen kindesrechtlichen Verfahren analog zur Anwendung (BSK Erw.schutz-Reusser, Art. 14 SchlT N 4).

E. 2.2

Das neue Recht sieht in formeller Hinsicht vor, dass bei seinem Inkrafttreten hängige Verfahren von den neu zuständigen Behörden weitergeführt werden (Art. 14a Abs. 1 SchlT ZGB). Dem entsprechend haben die kommunalen Vormundschaftsbehörden noch vor Ende 2012 alle ihre Dossier den neuen regionalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (vgl. dazu §§ 2 ff. EG KESR) übergeben. Der Kanton Zürich hat mit den Bezirksräten und dem Obergericht zwei "gerichtliche Beschwerdeinstanzen" im Sinne von Art. 441 Abs. 1 ZGB geschaffen (§§ 63 und 64 EG KESR). Das entspricht der bisherigen Ordnung (§§ 41 und 75 EG ZGB), und an der Zuständigkeit des Obergerichts ändert sich daher nichts.

- 7 -

E. 2.3

Anders als beim Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung Anfangs 2011 (Art. 404 Abs. 1 ZPO) enthält das Übergangsrecht des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts keinen Vorbehalt für hängige Verfahren. Das neue Verfahrensrecht verlangt im Gegenteil sofort Anwendung und die nach neuem Recht zuständige Behörde muss darüber befinden, ob und wie weit das unter dem alten Recht hängig gewordene Verfahren allenfalls ergänzt werden muss (Art. 14a Abs. 2 und 3 SchlT ZGB).

E. 2.4

Nach neuem Recht heisst das gegen Entscheide der Bezirksräte zulässige Rechtsmittel nicht mehr Berufung, sondern "Beschwerde" (§ 64 EG KESR). Das vorliegende Verfahren wurde – wie ausgeführt – noch als Berufung angelegt, ist aber als Beschwerde weiterzuführen. Die Bezeichnungen im Rubrum wurden entsprechend angepasst. Neu beträgt die Rechtsmittelfrist von Bundesrechts wegen 30 Tage statt 10 Tage wie bis anhin nach kantonalem Recht. Vorliegend bleibt das indes ohne Belang, weil das vorliegende Rechtsmittelverfahren noch unter altem Recht eingeleitet wurde. Im Übrigen zeigt das neue Recht im Rechtsmittelverfahren vor dem Obergericht als zweiter kantonaler (Beschwerde-)Instanz im Vergleich zum bisherigen Verfahrensrecht keine wesentlichen Auswirkungen: das Rechtsmittel hat wie bisher die Berufung aufschiebende Wirkung, wenn nicht – wie vorliegend (act. 6 Dispositiv-Ziff. VI) – die Vorinstanz oder das Obergericht das anders anordnen (Art. 450c ZGB), und die Rügegründe – Rechtsverletzung, unrichtige oder unvollständige Feststellung des erheblichen Sachverhalts, Unangemessenheit (Art. 450a ZGB) – entsprechen ebenfalls dem bisherigen Recht (§ 187 GOG i.V. mit Art. 310 ZPO). Nach wie vor können die Vorinstanzen zur Vernehmlassung angehalten werden (Art. 450d ZGB, § 68 EG KESR), und das Obergericht kann nach Ermessen eine mündliche Anhörung durchführen oder schriftliche Stellungnahmen einholen (§§ 66 ff. EG KESR). Weiterhin gilt

der Untersuchungsgrundsatz (§§ 65 und 67 EG KESR) und gilt wie bisher (vgl. § 187 GOG) ergänzend das Verfahrensrecht der ZPO, neu allerdings von Bundesrechts wegen (vgl. Art. 450f ZGB). Es gilt daher auch weiterhin die Praxis des Bundesgerichts, dass wer ein Rechtsmittel ergreift, einen Antrag darüber zu stellen hat, wie nach seinem Dafürhalten zu entscheiden sei, und im Einzelnen darlegen muss, weshalb der angefochtene Entscheid unrichtig sei, und das insbesondere auch

- 8 - dort, wo das Verfahren dem so genannten Untersuchungsgrundsatz (der "maxime inquisitoire") untersteht, die Rechtsmittelinstanz also von sich aus Abklärungen treffen muss, wenn es die Akten nahe legen (BGE 138 III 374, E. 4.3.1, BGE 137 III 617).

E. 3

Besuchsrecht

E. 3.1

Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt das Kindeswohl. Es geht nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden. Die Festlegung des Besuchsrechts muss sich am Einzelfall orientieren. Bei einem strittigen Besuchsrecht ist zwischen den Belastungen, die dieses mit sich bringt, und den Vorteilen für das Kind abzuwägen (FamKomm Scheidung/Büchler/Wirz, Art. 273 ZGB N 21 mit Hinweisen). Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, kann den Eltern das Recht darauf verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Gefährdet ist das Kindeswohl, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist (BGE 122 III 404 E. 3b). Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Besuchsrecht diesem – wie dem Kind – um seiner Persönlichkeit willen zusteht und ihm daher nicht ohne wichtige Gründe ganz abgesprochen werden darf. Eine Gefährdung des Kindeswohls im Hinblick auf die vollständige Aufhebung des persönlichen Verkehrs ist deshalb nicht leichthin anzunehmen (BGE 111 II 405 E. 3 S. 407).

E. 3.2

Der Bezirksrat Hinwil erwog zunächst zur Frage des Obhutsentzugs, wie aus dem Gutachten folge, sei es der Mutter aufgrund emotionaler Defizite nicht möglich, die elterliche Obhut auszuüben. Sie könne nicht auf die Bedürfnisse des Kindes eingehen, da sie nicht verstehe, was von ihr gefordert sei. Einerseits habe dies dazu geführt, dass sie den Sohn zeitweilig sich selbst überlassen habe. Andererseits reagiere sie inadäquat auf Situationen, in denen er ihr widerspreche oder aufbegehre, indem sie mit ihm schimpfe, ihn schlage oder sich schmollend von ihm zurückziehe. Sie neige zu heftigen, unkontrollierten, impulsiven Handlungen.

- 9 - gen. Solches Verhalten sei für das Kind schädlich. Da mit unbedachten Reaktionsweisen der Mutter in Situationen, in denen sie mit C. _____ alleine sei, gerechnet werden müsse und diese dem Kindeswohl abträglich seien, habe die Behörde aktiv werden müssen (act. 6 S. 10). Eine Ausdehnung des Besuchsrechts von bisher 4 auf 8 Stunden wöchentlich – entsprechend dem Eventualantrag Ziff. 2 der Beschwerde der Kindsmutter vom 5. Januar 2012 – sei mit dem Kindeswohl indes vereinbar. Die Beiständin erachte dies aufgrund des problemlosen Verlaufes des wöchentlichen halbtägigen Besuchsrechts

der Mutter als vertretbar. Hingegen stelle sich die Beiständin gegen eine Übernachtung von C._____ bei der Mutter mit der Begründung, C._____ wolle dies zur Zeit gar nicht. Das könne mit seinen Ängsten bezüglich ihrer unberechenbaren Reaktionen zu tun haben. Wegen der vorpubertären Entwicklung sei die Erziehungssituation zudem schwieriger geworden. Solchen Situationen sei die Mutter nicht gewachsen. Auch die Vormundschaftsbehörde habe sich gestützt auf einen Bericht der Beiständin, welcher sich auf ergänzende Abklärungen wie einen Hausbesuch bei der Mutter, ein Treffen mit C._____ sowie ein Schulgespräch und Gesprächen mit dem Familienbegleiter und dem Vater stütze, für eine Ausdehnung des Besuchsrechts auf 8 Stunden ausgesprochen. Eine Ausdehnung des Besuchsrechts auf ganze Wochenenden alle zwei Wochen, wie es die Mutter nachträglich verlangt habe, liege hingegen gestützt auf die vorliegenden Akten nicht im Interesse des Kindes. Eine solche Ausdehnung würde Übernachtungen bei der Mutter bedingen. Bei Übernachtungen und längeren Aufenthalten bei der Mutter bestehe nach Einschätzung der Behörde wie der Beiständin nach wie vor erhebliche Gefahr, dass sie im Rahmen einer Überforderungssituation ihren Sohn anschreie und schlage. Solche Situationen könnten aufgrund des Entwicklungsstandes des Kindes (Vorpubertät) nun gehäuft auftreten. Diese Einschätzung werde auch durch den Bericht von Dr. psych. G._____ vom 7. Juni 2012 nicht entkräftet, welcher über den Therapieverlauf der Mutter seit Anfang Jahr berichte. Der Gefahr weiterer unberechenbarer Reaktionsweisen der Mutter könne erst begegnet werden, wenn auch C._____ in der Lage sein werde, sich selbst genügend zu schützen vor solchen Verhaltensweisen (act. 6 S. 12 f.). Gestützt auf die ihm vorliegenden Akten hat der Bezirksrat Hinwil daher eine Ausdehnung des Besuchsrechts über 8 Stunden hinaus abge-

- 10 - lehnt, jedoch die Vormundschaftsbehörde angewiesen abzuklären, ob aufgrund einer inzwischen eingetretenen Entwicklung eine weitere Ausdehnung des Besuchsrechts dem Kindeswohl diene (act. 6 S. 13).

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, es gebe keinerlei Indizien dafür, dass sie nach Dezember 2010 gegenüber C._____ irgendwelche Gewalthandlungen begangen habe, jedenfalls aber, seit das Verfahren zur Überprüfung der Erziehungsfähigkeit der Mutter in Gang gesetzt worden sei (act. 2 S. 5). Einer Aktennotiz der Beiständin über ein Gespräch mit C._____ am 11. Juni 2012 (act. 8/25/46 Anhang) sei zu entnehmen, dieser bestätige, dass die Mutter ihn oft geschlagen und er Angst habe, bei der Mutter zu sein, weil man nie genau wisse, ob sie aus irgendwelchen Gründen wütend werde. Es werde jedoch nicht klar, auf welche Zeit sich diese Aussage beziehe, und es könne nicht einfach angenommen werden, dass C._____ aktuell diese Ängste verspüre (act. 2 S. 6). Die Tatsache, dass seit Dezember 2010 Tötlichkeiten nicht mehr vorgekommen seien, zeige, dass sich die Beschwerdeführerin seither im Griff habe, und bestätige die Ansicht von Dr. G._____ (dem Therapeuten der Beschwerdeführerin), dass die Gewaltausübung in der Vergangenheit aufgrund spezifischer Umstände, die nichts mit C._____ zu tun hatten, vorgekommen sei. Wenn die Sozialbehörde D._____ davon ausgehe, dass die Vorpubertät besondere Herausforderungen stelle, gelte dies bereits für die vergangenen Monate, in denen sich die Beschwerdeführerin nichts habe zu Schulden kommen lassen (act. 2 S. 6). In seinem Bericht vom 23. November 2012 über den Verlauf der Therapie der Beschwerdeführerin (act. 3/3) schätze Dr. G._____ die Gefahr von Tötlichkeiten von Seiten der Beschwerdeführerin als sehr gering ein. Der durch die Therapie eingeleitete Prozess stehe

heute – nach 45 Sitzungen der psychotherapeutischen Behandlung – auch nicht mehr am Anfang (act. 2 S. 6 f.). Das Gutachten von Dr. F._____ (act. 8/25/23) stelle keine Grundlage dar, der Beschwerdeführerin ein übliches, auch das Wochenende umfassendes Besuchsrecht zu verweigern. Auch von einem Ferienbesuchsrecht rate der Gutachter nicht grundsätzlich ab. Er merke zwar an, dass darauf zu achten sei, dass die Berufungsklägerin die Ferien mit anderen erwachsenen Personen verbringe, die sich ebenfalls um C._____ kümmern könnten. Dies stelle er jedoch nicht in Zusammenhang mit der angeblichen

- 11 - Neigung der Beschwerdeführerin zu gewaltsamen Ausbrüchen (act. 2 S. 7 f.). Sollte C._____ im Gespräch mit der Beiständin tatsächlich geäußert haben, dass im Moment ein halber Tag Besuch bei der Mutter ausreichend sei, dürfe dies nicht für bare Münze genommen werden, habe er doch gegenüber der Mutter geäußert, dass er gerne ganze Wochenenden bei ihr bleiben möchte. Wenn er am Ende der Besuchszeit gehen müsse, sei er oft sehr traurig. Zwar sei durchaus möglich, dass es einen Loyalitätskonflikt bei C._____ gebe. Doch dürfte es auch so sein, dass C._____ gegenüber dem Vater und dem übrigen Umfeld inklusive Beiständin spiele. Äusserungen von C._____ gegenüber der Beiständin über seine Wünsche seien deshalb mit grösster Vorsicht und Zurückhaltung zu würdigen, zumal gemäss Gutachter einiges darauf hindeute, dass sich C._____ teilweise Ansichten von älteren Personen angeeignet habe und einige seiner Einschätzungen altklug wirkten (act. 2 S. 8 f.). Seit dem Obhutsentzug habe nie eine Kinderbefragung stattgefunden, weshalb eine solche durch das Gericht beantragt werde (act. 2 S. 9). Nicht abzustellen sei auf die Einschätzung der Persönlichkeit der Beschwerdeführerin durch die Beiständin (act. 2 S. 9 f.). Auch die Sozialbehörde D._____ räume ein, dass die halbtägigen Besuchskontakte zwischen C._____ und seiner Mutter ohne Schwierigkeiten verlaufen würden. Die Behauptung, dass es bei häufigeren oder längeren Aufenthalten zur Überforderung und Gewaltanwendung kommen würde, sei reine Spekulation (act. 2 S. 10). Die Sozialbehörde D._____ sei der Auffassung, Übernachtungen seien erst zumutbar, wenn C._____ in der Lage sei, sich selbst gegen unerwartete Reaktionen der Mutter zu schützen. Dies zeige auch sofort, welches das Ergebnis der vom Bezirksrat geforderten Abklärungen über eine Ausweitung des Besuchsrechts sein werde. Die Beschwerdeführerin könne sich deshalb nicht mit einem derartigen Abklärungsauftrag zufrieden geben. Die Sozialbehörde D._____ werde kaum je davon ausgehen, dass C._____ sich selbst gegen unerwartete Reaktionen der Mutter zu schützen vermöge, solange er nicht mindestens 16- oder 17-jährig sei (act. 2 S. 10). Das in der Praxis übliche Besuchsrecht für einen Elternteil ohne Obhutrecht umfasse bei einem Kind im Alter von C._____ ein Wochenendbesuchsrecht sowie ein Ferienbesuchsrecht. Es leuchte auch nicht ein, weshalb die Gefahr von Tötlichkeiten grösser sein solle, wenn die Beschwerdeführerin ein ganzes Wo-

- 12 - chenende mit ihrem Sohn verbringe, als wenn dies zwei einzelne Tage seien. Auch an einzelnen Tagen sei die Mutter manchmal allein mit ihrem Sohn, und es könne sein, dass sie von diesem herausgefordert werde. Allerdings bestehe ein gewichtiger Unterschied zur Situation vor dem Obhutsentzug. Die Beschwerdeführerin sei nicht mehr die hauptverantwortliche Person für die Erziehung und Betreuung ihres Sohnes, was eine Entlastung darstelle und die Gefahr von Überforderungssituationen mindere (act. 2 S. 11).

E. 3.4

Der Beschwerdegegner kann einer Ausdehnung der Besuche auf ganze Wochenenden zum Schutze von C._____ nicht zustimmen (act. 18 S. 3). Es könne nicht davon ausgegangen

werden, dass die vom Gutachter festgestellten massiven psychischen Probleme und Defizite der Beschwerdeführerin nach 45 Sitzungen bei ihrem Psychologen nicht mehr vorhanden seien. Solches lasse sich auch nicht aus dem Bericht von Dr. G._____ ableiten (act. 18 S. 3). Dass sich C._____ tatsächlich auch heute im Kontakt mit der Mutter nicht sicher fühle und die Besuche mit gemischten Gefühlen antrete, zeige der Umstand, dass er immer wolle, dass der Vater ihn begleite, wenn er zu ihr gehe, allerdings nur so weit, dass die Mutter den Vater nicht sehen könne (was die Beschwerdeführerin bestreitet; act. 24 S. 2). Auch habe er die vor wenigen Tagen vom Vater gestellte Frage, ob er über das ganze Wochenende bei der Mutter bleiben möchte, klar verneint (act. 18 S. 3). Auch heute noch führten Kleinigkeiten, wie bezüglich der Frage der richtigen Bekleidung, zu völlig unverhältnismässigen, gewalttätigen Reaktionen der Beschwerdeführerin bzw. zu Übergriffen auf den Sohn, wie ein Vorfall vom 8. Dezember 2012 anlässlich eines Anlasses der "... " zeige, wo die Mutter den Sohn aufgrund eines Widerspruches bezüglich Kleiderwechsel unter dem Tisch so stark gekniffen habe, dass er blaue Flecken gehabt habe (act. 18 S. 4; das wird von der Beschwerdeführerin bestritten: act. 24 S. 1 f.). Klar gegen eine Ausdehnung der Besuche auf Übernachtungen spreche auch die heutige Situation von C._____. Er befinde sich in der Vorpubertät und die Lehrkräfte berichteten, dass er manchmal schwierig zu führen sei. Es komme zu Verweigerung oder Aufbrausen, ohne dass ein entsprechender Vorfall vorausgegangen sei. Der Beiständin sei beizupflichten, wenn sie festhalte, dass dieses Verhalten von C._____ auch eine grössere Herausforderung für die Erzieher im Umgang mit ihm darstel-

- 13 - le. Dass die Persönlichkeitsstruktur der Beschwerdeführerin diesen, gegenüber früher gestiegenen Anforderungen nicht zu genügen vermöge, bringe das Gutachten zum Ausdruck (act. 18 S. 5). C._____ habe vor rund drei Monaten mit der dringend empfohlenen Therapie bei Frau H._____ begonnen. Es sei für seine weitere Entwicklung nun von grösster Wichtigkeit, dass die bereits ansatzweise vorhandenen Therapieerfolge nicht durch von Unverständnis und Unvermögen geprägten Reaktionen der Beschwerdeführerin gefährdet würden. Diese Gefahr sei deutlich grösser, wenn C._____ länger bei der Mutter zu Besuch weile (act. 18 S. 5). Nicht geteilt werden könne die Einschätzung, das Gutachten stelle keine Grundlage dar, der Beschwerdeführerin ein übliches, auch das Wochenende umfassendes Besuchsrecht zu verweigern, und es sei auch nicht einzusehen, weshalb nicht auf die Einschätzung der Persönlichkeit der Beschwerdeführerin durch die Beiständin abzustellen sei. Bei beiden handle es sich um unabhängige Fachpersonen, welche offensichtlich keine eigenen Interessen verfolgten (act. 18 S. 6). Die Beschwerdeführerin verkenne die Tragweite des Problems. Es sei auch nicht einzusehen, weshalb der Einschätzung der Beiständin mit grundsätzlichem Misstrauen zu begegnen sei, habe die Vormundschaftsbehörde doch die Ausdehnung des Besuchsrechts von 4 auf 8 Stunden gestützt auf die Einschätzung der Beiständin befürwortet (act. 18 S. 6). Die Beschwerdeführerin verkenne die Situation, wenn sie behaupte, es müsse im vorliegenden Verfahren "ein in etwa gleicher Massstab angesetzt werden wie bei anderen familienrechtlichen Verfahren (Scheidung, Trennung)". Es gehe im vorliegenden Fall um Kinderschutmassnahmen und keineswegs um einen einmaligen "Ausrutscher" eines Elternteils. Das Gutachten zeige klar, dass die Problematik in der Persönlichkeitsstruktur der Berufungsklägerin liege und es nicht einfach um inadäquates Handeln in einer Stresssituation gehe (act. 18 S. 7).

E. 3.5.1

Festzuhalten ist vorab, dass es vorliegend nicht einfach um die Festlegung eines in der Praxis üblichen Besuchsrechts für den nicht obhutsberechtigten El-ternteil geht. Wie bereits ausgeführt, muss sich die Festlegung des Besuchsrechts am Einzelfall orientieren und ist oberste Richtschnur für die Ausgestaltung das

- 14 - Kindeswohl. Der persönliche Verkehr ist so auszugestalten, dass das Kindeswohl nicht gefährdet ist.

E. 3.5.2

Gemäss dem angefochtenen Beschluss steht der Beschwerdeführerin heute ein wöchentliches Besuchsrecht von 8 Stunden zu (act. 6 Dispositiv-Ziff. I). Sie verlangt ein Besuchsrecht jedes zweite Wochenende von Freitag- bis Sonntag- abend. An Tagen ist das nicht mehr, beinhaltet aber vier Übernachtungen. Es erscheint fraglich, ob ein weniger häufiges Besuchsrecht mit Übernachtung dem Aufbau und Erhalt einer tragfähigen Beziehung zu C._____ besser dient als häufigere Besuche ohne Übernachtung. Die Beschwerdeführerin beantragte mit ihrer Beschwerde beim Bezirksrat denn zunächst eventualiter auch ein Besuchsrecht von einem Tag pro Woche, wie es ihr zugesprochen worden ist. Erst nachträglich änderte sie ihren Eventualantrag ab, ohne indes darzutun, was sie zu dieser Änderung bewog bzw. was sie sich von einem weniger häufigen Besuchsrecht mit Übernachtung verspricht.

E. 3.5.3

Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin darin, das Gutachten von Dr. F._____ stelle keine Grundlage dar, ihr ein übliches, auch das Wochenende umfassendes Besuchsrecht zu verweigern. Der Gutachter empfahl eine Obhutsumteilung zum Vater auch, damit C._____ den Abend und die Nacht nicht mehr seiner Mutter ausgesetzt sei. Die Mutter sollte aber ein regelmässiges Besuchsrecht erhalten, wobei wöchentliche Besuche von einem Tag sinnvoll wären. Ferien sollte die Mutter mit C._____ nur verbringen können, wenn sie diese mit anderen erwachsenen Personen verbringe, die sich ebenfalls um C._____ kümmern (act. 8/25/23 S. 32). Dass für diese Einschätzung nicht die Gewaltbereitschaft der Beschwerdeführerin, sondern ihre ausgeprägten emotionalen Defizite im Vordergrund standen (act. 8/25/23 S. 30), spielt keine entscheidende Rolle. So hielt der Gutachter zur Beziehung von C._____ und seiner Mutter u.a. fest, einzelne Vorfälle, bei denen die Mutter ihn geschlagen habe, seien ihm in Erinnerung und machten ihn der Mutter gegenüber vorsichtig. Schwerer zu ertragen sei jedoch das Nebeneinander-Leben, ohne Interaktion. C._____ versuche zeitweise seine Mutter zu aktivieren, indem er ihr widerspreche oder aufbegehre. Sie könne darauf kaum adäquat reagieren, schimpfe ihn aus, schlage ihn oder ziehe sich

- 15 - schmollend zurück. Schwierig sei für C._____ die Passivität der Mutter. Sie verstehe es nicht, mit ihm in Beziehung zu treten, sei mit sich selber beschäftigt oder ärgere sich über seine Begehrlichkeit (act. 8/25/23 S. 29). Daraus erhellt auch, dass – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – die Gefahr einer Überforderung und eines inadäquaten Verhaltens der Beschwerdeführerin sehr wohl höher ist, je länger sie mit ihrem Sohn zusammen ist und je mehr Alltag zusammen gelebt wird. Dies gilt heute umso mehr, als C._____ nun in der Vorpubertät und daher schwieriger zu führen ist, und vermehrt die Grenzen austesten und den Eltern widersprechen wird.

E. 3.5.4

Dem Beschwerdegegner ist beizupflichten, dass sich dem Bericht des Therapeuten der Beschwerdeführerin, Dr. G.____, vom 23. November 2012 (act. 3/3) nicht entnehmen lässt, dass sich die Beschwerdeführerin heute "im Griff" habe. Zwar hat die Beschwerdeführerin nach Einschätzung ihres Therapeuten durch die Therapie gelernt, besser mit Konfliktsituationen umzugehen, hat grössere Einsicht für die Konsequenzen ihres Handelns gewonnen und die Fähigkeit entwickelt, in kritischen Situationen Hilfe zu suchen (act. 3/3). Aus dem Gutachten von Dr. F.____ ist allerdings zu schliessen, dass die Persönlichkeitsstruktur der Beschwerdeführerin nur ein minimales Veränderungspotential beinhaltet und die psychotherapeutische Arbeit höchstens zur Übernahme einzelner Anregungen führen kann. Gefühlmässig kann die Beschwerdeführerin wahrscheinlich kaum etwas umsetzen, was ihr gesagt wird. Sie ist von heftigen impulsiven Reaktionen beherrscht und verfügt über keine Möglichkeiten, ihre Eindrücke anders zu verarbeiten. Auf neue Situationen kann sie sich nur schlecht einstellen. Sie bleibt starr und hält an ihren Konzepten fest, auch wenn sich diese als untauglich erweisen (act. 8/25/23 S. 24 f.). Die Therapie mag daher die Gefahr von Tätlichkeiten von Seiten der Beschwerdeführerin oder von Wutausbrüchen vielleicht etwas verringern, bietet aber keine Gewähr dafür, dass C.____ insbesondere bei längeren Aufenthalten (und damit steigendem Konfliktpotential) bei seiner Mutter vor Übergriffen sicher wäre. Der Vater von C.____ und die Beiständin berichten denn auch von einem Vorfall im Dezember 2012, wo die Beschwerdeführerin ihren Sohn wegen einer Bekleidungsfrage so gekniffen haben soll, dass er blaue Flecken hatte. Die Bestreitung des Vorfalls durch die Beschwerdeführerin (act. 24)

- 16 - überzeugt nicht, zumal nach Angaben der Beiständin (act. 28) auch die Patin, Frau I.____, die blauen Flecken gesehen hat. Ob sich der Vorfall tatsächlich so zugetragen hat wie geschildert, ist aber letztlich nicht von entscheidender Bedeutung.

E. 3.5.5

C.____ selber hat im Gespräch mit der Beiständin am 11. Juni 2012 Besuche von einem halben Tag pro Woche als ausreichend bezeichnet (act. 8/25/46 Anhang). Wenn er gegenüber der Mutter äussert, dass er gerne ganze Wochenenden bei ihr bleiben möchte, dies aber gegenüber dem Vater klar verneint, deutet dies auf einen Loyalitätskonflikt hin, in dem sich C.____ befindet. Seinen Äusserungen gegenüber der Beiständin als neutraler Person kommt daher das grösste Gewicht zu. Dass er durch diese in irgendeiner Weise beeinflusst worden wäre, ist nicht ersichtlich, zumal die Beiständin eine Ausweitung des Besuchsrechts auf einen ganzen Tag empfohlen hat. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin trifft damit auch nicht zu, dass seit dem Obhutsentzug nie eine Kinderbefragung stattgefunden habe. Der Obhutsentzug erfolgte – unter Entzug der aufschiebenden Wirkung – mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde D.____ vom 20. Dezember 2011 (act. 8/25/30), das Gespräch der Beiständin mit C.____ fand am 11. Juni 2012 statt. Richtig ist, dass seit der Bestätigung des Obhutsentzugs durch den Bezirksrat Hinwil am 15. November 2012 keine Kinderbefragung mehr erfolgte. Nachdem indes bereits die Vormundschaftsbehörde D.____ bzw. inzwischen die KESB Bezirk Hinwil rechtskräftig mit weiteren Abklärungen im Hinblick auf eine Ausweitung des Besuchsrechts über einen Tag hinaus betraut ist, wird es auch an ihr sein, C.____ soweit erforderlich erneut anzuhören (Art. 314a ZGB). Eine Anhörung durch das Gericht erübrigt sich daher. Soweit die Beschwerdeführerin Vorbehalte gegenüber weiteren Abklärungen der Sozialbehörde D.____ hegt, weil diese eine vorgefasste Meinung zu Übernachtungen

von C. _____ bei der Mutter habe, ist festzuhalten, dass für die weiteren Abklärungen inzwischen – wie bereits ausgeführt – die KESB Bezirk Hinwil und somit andere Personen zuständig sind, weshalb nicht von einer vorgefassten Meinung der mit dem Abklärungsauftrag betrauten Personen ausgegangen werden kann. Nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden kann schliesslich, dass

- 17 - inzwischen auch die Beiständin infolge Pensionierung ausgeschieden ist und durch eine neue Person zu ersetzen sein wird (act. 34).

E. 3.5.6

Der Bezirksrat Hinwil hat die halbtägigen wöchentlichen Besuche im Einverständnis aller Beteiligten (Mutter, Vater, Sozialbehörde, Beiständin) auf ganze Tage ausgeweitet. Dies wurde möglich, weil die halbtägigen Besuche problemlos verlaufen sind und deshalb eine Ausweitung auf einen ganzen Tag als vertretbar betrachtet wurde. Mehrtägige Besuche mit Übernachtung stellen aber noch höhere Anforderungen an die Mutter. Je länger die Besuche dauern, desto eher treten Überforderungssituationen auf und desto höher wird das Risiko eines gewalttätigen Verhaltens der Beschwerdeführerin. Dies gilt umso mehr, als C. _____ sich nun in der Vorpubertät befindet und er manchmal schwierig zu führen ist, was eine wachsende Herausforderung im Umgang mit ihm darstellt. Auch wenn die Beschwerdeführerin heute nicht mehr die hauptverantwortliche Person für die Erziehung ihres Sohnes darstellt, was zu einer gewissen Entspannung führen dürfte, ist die Gefahr des Eintretens von Überforderungssituationen aufgrund der gestiegenen Anforderungen im Umgang mit C. _____ und unter Berücksichtigung der Persönlichkeitsstruktur der Beschwerdeführerin trotzdem kaum als geringer einzuschätzen. Zu Recht hält der Bezirksrat daher dafür, eine Ausdehnung der Besuche mit Übernachtung könne erst in Frage kommen, wenn C. _____ selber in der Lage ist, sich vor unberechenbaren Reaktionsweisen der Mutter zu schützen. Dementsprechend muss auch ein Ferienbesuchsrecht entfallen.

E. 3.6

Es ist zusammenfassend nicht zu beanstanden, wenn der Bezirksrat Hinwil das Besuchsrecht zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Sohn einstweilen auf 8 Stunden wöchentlich ausgedehnt hat, hingegen eine weitere Ausdehnung des Besuchsrechts im Hinblick auf das Kindeswohl von zusätzlichen Abklärungen abhängig gemacht hat. So war insbesondere geplant, C. _____ eine vom Kinderarzt angeordnete Spieltherapie besuchen zu lassen, welche auch von seinen Lehrpersonen empfohlen wurde und seiner persönlichen Unterstützung dienen sollte (act. 8/25/41+46). Gemäss Angaben des Beschwerdegegners in der Beschwerdeantwort hat C. _____ vor rund drei Monaten (d.h. ca. im September/Oktober 2012) mit der empfohlenen Therapie bei einer Frau H. _____ begon-

- 18 - nen (act. 18 S. 5). Ob durch die Therapie bereits eine Entwicklung von C. _____ eingetreten ist, die eine Ausdehnung des Besuchsrechts erlauben würde, wird die KESB Bezirk Hinwil abzuklären haben. In ihrer von der KESB eingeholten Stellungnahme vom 31. Januar 2013 hält die Beiständin dafür, die Übernachtungsfrage könne ihrer Meinung nach erst wieder aufgenommen werden, wenn C. _____ älter sei und sich besser abgrenzen könne. Sie erachtet es indes als sinnvoll, in dieser Frage auch den Kinderarzt, Herrn Dr. J. _____, anzuhören, der C. _____ seit Geburt kenne. Ob und gegebenenfalls welche weiteren Abklärungen zu tätigen sind, wird die KESB zu entscheiden haben.

E. 3.7

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen und der Beschluss des Bezirksrates Hinwil vom 15. November 2012 zu bestätigen.

E. 4

Unentgeltliche Rechtspflege/Kosten- und Entschädigungsfolge

E. 4.1

Der Beschwerdeführerin wurde bereits mit Beschluss vom 7. Dezember 2012 die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverteidigung bewilligt (act. 10). Auch das entsprechende Gesuch des Beschwerdegegners (act. 18 S. 2) ist zu bewilligen. Seine Mittellosigkeit ist aufgrund der dargelegten und be- legten finanziellen Verhältnisse (act. 18 S. 7 ff., act. 20/1-17) zu bejahen, und sein Standpunkt erscheint auch nicht als aussichtslos. Nachdem auch die Beschwer- deführerin anwaltlich vertreten ist, muss zudem die Notwendigkeit der Rechtsver- beiständung bejaht werden, weshalb das Begehren des Beschwerdegegners um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen und Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen ist.

E. 4.2

Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) der unterliegenden Partei auferlegt. Gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO kann das Gericht in familienrechtlichen Verfahren – wie dem vor- liegenden Prozess um das Besuchsrecht – von diesem Verteilgrundsatz abwei- chen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen. Nach ständiger Praxis des Obergerichts sind in Prozessen betreffend Kinderbelange in der Regel unabhän- gig vom Prozessausgang die Kosten zu teilen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn beide Parteien gute Gründe für die Verfechtung ihres

- 19 - Standpunktes hatten (KUKO ZPO-Schmid, Art. 107 N 4). Dies hat auch vorlie- gend zu gelten. Entsprechend sind die Kosten des obergerichtlichen Beschwer- deverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und es sind keine Parteient- schädigungen auszurichten. Die Kostenhälften beider Parteien sind zufolge Ge- währung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Vorbehalt der Nachzahlungs- pflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO auf die Gerichtskasse zu nehmen.

E. 4.3

Die unentgeltlichen Rechtsvertreter der Parteien sind angemessen aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Entschädigung wird nach Eingang der Kostennoten mit separatem Beschluss erfolgen. Es wird beschlossen:

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