

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ170042-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. M. Isler

Beschluss und Urteil vom 30. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

sowie

B. _____,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Gutachten / Erziehungsfähigkeit**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Hinwil vom 24. Mai
2017; VO.2015.42 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Hinwil)**

Erwägungen:

1. B._____, geboren tt.mm.2003, ist die Tochter von A._____. Am 4. September 2008, als B._____ gut 5jährig war, entzog die damals zuständige Sozialbehörde C._____ der Mutter die elterliche Obhut. Seitdem war B._____ fremdplatziert und lebte im Kinderheim D._____ in E._____. Aktuell ist B._____ bis zu den Sommerferien 2017 (14. Juli 2017) bei der Mutter untergebracht.

Mit Schreiben vom 16. Februar 2010 an die Vormundschaftsbehörde C._____ beantragte die Mutter die Wiedererteilung der Obhut (vgl. act. 9/7/79 = KESB act. 79). Im Verlaufe jenes Verfahrens, das sich verschiedentlich wegen erhobener Rechtsmittel in die Länge zog bzw. zieht, holte die Sozialbehörde C._____ ein Erziehungsfähigkeitsgutachten über die Mutter ein, welches am 21. Mai 2013 der nunmehr zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil (KESB Hinwil) erstattet wurde. Die Ergänzung des Gutachtens ging am 10. April 2014 bei der Behörde ein. Am 22. September 2015 traf die KESB Hinwil ihren Entscheid: Der Antrag der Mutter auf Wiederherstellung der elterlichen Obhut über B._____ wurde abgewiesen; abgewiesen wurde auch der Antrag auf Erstellung eines neuen Erziehungsfähigkeitsgutachtens. Daneben wurden weitere Anordnungen erlassen, die im aktuellen Kontext nicht weiter von Belang sind (vgl. BR act. 9/2).

2. Diesen Entscheid fochten sowohl B._____ als auch die Mutter separat an. Beide beantragten die Wiedererteilung der Obhut (heute: Aufenthaltsbestimmungsrecht) über B._____ an die Mutter, ausserdem die Erstellung eines neuen Erziehungsfähigkeitsgutachtens unter Ernennung eines neuen Gutachters (vgl. BR act. 9/1 und BR act. 9/29/1). Mit Beschluss vom 9. November 2016 vereinigte der Bezirksrat Hinwil die beiden Verfahren (BR act. 28). Im gleichen Beschluss erwog der Bezirksrat Hinwil, das kritisierte Gutachten stamme aus dem Jahre 2013 resp. 2014 und sei nunmehr nicht mehr aktuell. Im weiteren führte der Bezirksrat aus, an der Anhörung mit der Beschwerdeführerin habe sich keine offensichtliche Veränderung feststellen lassen, welche eine Rückkehr von B._____ nach Hause ohne weitere Abklärungen rechtfertigen würde. Zudem seien seit

dem Erlass des angefochtenen Entscheides zwei Vorfälle aktenkundig geworden, welche ein Eingreifen der Polizeikräfte nötig gemacht hätten. Eine augenscheinliche Stabilisierung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin liege nicht vor, so dass es angezeigt sei, ein aktuelles Gutachten über den Gesundheitszustand und die Erziehungsfähigkeit der Beschwerdeführerin einzuholen. Mit der Begutachtung wurde das Medizinische Zentrum ..., Zürich, betraut und beauftragt, ein interdisziplinäres Gutachten durch Spezialisten aus den Fachbereichen Innere Medizin, Psychiatrie und Neuropsychologie zu erstellen (BR act. 9/28). Dieser Beschluss blieb unangefochten.

In der Folge liess sich die Beschwerdeführerin dem Bezirksrat Hinwil gegenüber zu den in diesem Beschluss genannten Gutachterpersonen und den Gutachtensfragen vernehmen. Dies veranlasste den Bezirksrat Hinwil zu einem weiteren Beschluss vom 21. Dezember 2016, in welchem er an den Gutachterpersonen und der Fragestellung gemäss seinem früheren Beschluss vom 9. November 2016 festhielt. Im weiteren bewilligte er der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege (vgl. BR act. 9/42). Auch dieser Beschluss blieb unangefochten.

3. In einem weiteren Beschluss vom 18. Januar 2017 erteilte der Bezirksrat Hinwil im Sinne einer superprovisorischen Massnahme der Beschwerdeführerin für B._____ vorübergehend bis zu den Sommerschulferien (14. Juli 2017) das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Anlass dieser neuen Massnahme war der Umstand, dass B._____ nach den Weihnachtsferien sich weigerte, ins Kinderheim D._____ zurückzukehren, und eine zwangsweise Rückführung nicht als angebracht beurteilt wurde. Ferner wurde die Beschwerdeführerin auf die nach wie vor bestehende Geltung der Anordnung des interdisziplinären Gutachtens und wurden Mutter und Tochter auf ihre Mitwirkungspflichten hingewiesen (BR act. 9/45). Ein Rechtsmittel gegen diesen Entscheid wurde nicht angegeben und auch nicht ergriffen.

4. Nachdem die Beschwerdeführerin in einem Schreiben vom 12. April 2017 dem Bezirksrat Hinwil mitgeteilt hatte, sie sei nicht bereit, an der medizinischen Abklärung mitzuwirken (BR act. 9/59), offensichtlich nach Erhalt von Untersuchungsterminen (vgl. BR act. 9/58), fasste der Bezirksrat Hinwil am 24. Mai 2017

erneut Beschluss. Darin hielt er vorab fest, die Beschwerdeführerin verhalte sich widersprüchlich, da sie in ihrer Beschwerde vom 9. November 2015 selber die Einholung eines neuen Erziehungsfähigkeitsgutachtens beantragt habe. Im weiteren erachtete es der Bezirksrat Hinwil angesichts der Weigerung der Beschwerdeführerin, sich der Begutachtung zu stellen, für notwendig, diese Verpflichtung zwangsweise durchzusetzen, und versah daher die Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Begutachtung mit der Androhung der Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung im Sinne von Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall (BR act. 9/63 = act. 7).

5. Gegen diesen Entscheid lässt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 12. Juni 2017 Beschwerde erheben (act. 2). Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs (1.), eventualiter die Aufhebung von Dispositiv Ziffer II, d.h. der Strafandrohung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (2.), subeventualiter die Aufhebung von Dispositiv Ziffer I, d.h. Verzicht auf eine Begutachtung durch das Medas Institut (3.). Ferner beantragt sie die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege inklusive Rechtsverteidigung (4.).

6.1. Die KESB Hinwil hat das Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiedererteilung des Aufenthaltsbestimmungsrechts über die Tochter B._____ an sie abgewiesen. Die Klärung dieser Frage ist nach wie vor beim Bezirksrat Hinwil hängig.

Anders als die KESB Hinwil hielt es der Bezirksrat Hinwil für angezeigt, ein neues Gutachten einzuholen, da das bisherige veraltet sei. Weiteres oder Näheres zum Inhalt des Gutachtens führte er nicht aus. Die Beschwerdeführerin bemängelt aber zu Unrecht, der Bezirksrat Hinwil habe zu ihrer Kritik am Gutachten nicht Stellung genommen (act. 2 S. 3). In ihrer Beschwerde an den Bezirksrat Hinwil fehlt es an konkreten Kritikpunkten formeller oder inhaltlicher Art am *Gutachten* (vgl. BR act. 9/29/1), ihre Kritik bezog sich vielmehr auf die Beurteilung u.a. des Gutachtens durch die KESB, die sie als willkürlich bezeichnete (a.a.O.). Bei seinem Entscheid stützte sich der Bezirksrat Hinwil sodann auf den entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin (BR act. 9/28 S. 4/5), die das vorliegende Gutachten massiv kritisierte und immer noch kritisiert (act. 2 S. 2).

6.2 Vorab ist festzuhalten, dass die Haltung der Beschwerdeführerin zur Erstattung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens ambivalent, um nicht zu sagen widersprüchlich ist. So hat sie den Entscheid der KESB Hinwil, der die Einholung eines neuen Gutachtens gerade nicht vorsah, beim Bezirksrat Hinwil angefochten und die Einholung eines Gutachtens verlangt. Im Verfahren vor der Kammer will sie hingegen davon nichts mehr wissen und lehnt die Einholung eines Gutachtens strikt bzw. zum jetzigen Zeitpunkt ab (act. 2 S. 3 Rz 8). Anders als in Zivilprozessen kommt es in Verfahren vor der KESB und damit zusammenhängenden Rechtsmittelverfahren nicht auf Parteianträge an (Art. 446 Abs. 3 ZGB). Vielmehr kann von der Behörde/dem Gericht eine Massnahme angeordnet werden, die gar nicht beantragt worden ist, und umgekehrt. Die Widersprüchlichkeit schadet insofern nicht, ist aber gleichwohl ein Zeichen von grosser Unschlüssigkeit und Inkonstanz und in dem Sinne nicht bedeutungslos.

6.3. Im Rahmen des Erwachsenen- und Kindesschutzes ist die Behörde gehalten, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (Art. 446 Abs. 1 ZGB). Die Behörde zieht die erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die notwendigen Beweise. Nötigenfalls ordnet sie das Gutachten einer sachverständigen Person an (Art. 446 Abs. 2 ZGB). Hier hat die KESB Hinwil zur Frage der Erziehungsfähigkeit der Beschwerdeführerin als notwendige Voraussetzung zur Wiedererteilung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes ein Fachgutachten eingeholt, welches ergänzt wurde (KESB act. 9/29/137 und /159).

Die KESB Hinwil hat in ihrem Entscheid ausführlich und detailliert zum Gutachten resp. den von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen und Kritikpunkten Stellung genommen und die Empfehlungen unter Einbezug der im Zeitpunkt ihres Entscheides aktuellen Umstände sorgfältig gewürdigt (BR act. 9/2 S. 4-9).

6.4 Wie erwähnt lehnt die Beschwerdeführerin das über sie erstellte Erziehungsfähigkeitsgutachten als unvollständig und falsch ab (act. 2 S. 2/3).

Richtig ist, dass das Gutachten keine konkrete psychiatrische Diagnose über die Beschwerdeführerin enthält. Eine solche ist jedoch nicht unabdingbar, um ei-

ner Person die Erziehungsfähigkeit abzusprechen, wie es auch umgekehrt denkbar ist, dass eine Person mit einer psychiatrischen Diagnose erziehungsfähig sein kann. Hier ist anhand der referierten Untersuchungsbefunde, der geführten Gespräche mit den die Beschwerdeführerin behandelnden Ärzten, der Informationen von Drittpersonen und der Akten die Darstellung im Gutachten, die Beschwerdeführerin sei seit vielen Jahren grossen Stimmungsschwankungen unterworfen, die sich in ausgeprägter Hilflosigkeit und Unsicherheit zeigten, häufig jedoch zu Hyperaktivität, Agitiertheit, aggressiven Durchbrüchen, irrealen Wahrnehmungen und sozialer Unangepasstheit führten (KESB act. 9/7/137 S. 25), ohne weiteres nachvollziehbar. Dass sich an dieser gutachterlichen Einschätzung in der Zwischenzeit grundsätzlich etwas geändert hätte, lässt sich den Akten nicht entnehmen und wird auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin, wie sie darlegt, in den vergangenen Jahren eine beispiellose Mitwirkung und Erduldung aller Reglementierungen, Kontrollen, Beurteilungen und Schikanen, Weisungen bezüglich Therapien, Vorschriften etc. gezeigt und sich bis anhin allen Anordnungen gebeugt haben soll (act. 2 S. 3 Rz 8).

6.5. Das Gutachten stammt vom März 2013, und die Ergänzungen datieren vom April 2014, d.h. die fachliche Beurteilung der Erziehungsfähigkeit liegt mittlerweile 4 resp. 3 Jahre zurück. Dies besagt entgegen der Auffassung des Bezirksrates Hinwil allein allerdings noch nichts darüber, ob auch die darin getroffenen Feststellungen und Beurteilungen überholt und veraltet sind und einer Neuüberprüfung bedürfen. Immerhin darf festgehalten werden, dass sich Wesens- und Persönlichkeitszüge sowie Charaktereigenheiten einer erwachsenen Person tendenziell eher weniger grundlegend verändern. Selbstredend nicht nachzeichnen kann das Gutachten die seitherigen Geschehnisse und Ereignisse. Dies macht aber ein Gutachten nicht per se wertlos.

Das Gutachten stützte sich auf insgesamt vier psychologische Untersuchungen der Beschwerdeführerin, die sich teilweise über mehrere Stunden erstreckten; hinzu kamen eine Untersuchung von B._____ sowie Gespräche mit verschiedenen Personen (vgl. KESB act. 9/7/137 S. 2). Im Gutachten selber werden die

Planung und der Ablauf der Begutachtung beschrieben, sodann die psychologische Untersuchung der Beschwerdeführerin, beinhaltend die klinische Beobachtung der Beschwerdeführerin, die Angaben zur Situation und zur Vorgeschichte, die Angaben zum Lebenslauf, die psychologische Untersuchung zur Persönlichkeit sowie die Zukunftsvorstellungen der Beschwerdeführerin, referiert (a.a.O. S. 6-16). Daneben enthält das Gutachten auch die Einschätzung der psychologischen Untersuchung von B._____ (a.a.O. S. 17-20), basierend auf der klinischen Beobachtung, den Angaben zur aktuellen Situation, psychologischen Tests zur Befindlichkeit, zur psychischen Verfassung und zur Emotionsregulierung. Dargestellt werden schliesslich die Inhalte der mit verschiedenen Personen geführten Gespräche (a.a.O. S. 21-25), darunter dem seinerzeitigen behandelnden Psychiater und dem Hausarzt der Beschwerdeführerin.

Der Bezirksrat Hinwil hielt wie erwähnt dafür, eine Stabilisierung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin sei nicht ersichtlich und es lasse sich keine Veränderung feststellen, die eine Rückkehr von B._____ zur Mutter ohne weitere Abklärungen erlaubte (BR act. 9/28). Hieraus den Schluss zu ziehen, es sei ein neues Gutachten einzuholen, überzeugt allerdings nicht. Ein Gutachten erwiese sich dann als nötig, wenn bei der Beschwerdeführerin seit der erfolgten Begutachtung nunmehr Anzeichen und Hinweise für verändertes Verhalten und einen stabilisierten Gesundheitszustand vorlägen, was Anlass böte, ihre Erziehungsfähigkeit erneut zu überprüfen. Fehlt es aber an solchen Anhaltspunkten, besteht kein Anlass für eine neuerliche gutachterliche Abklärung. Der Entscheid der Vorinstanz, über die Beschwerdeführerin ein weiteres Gutachten einzuholen, bzw. der vorinstanzliche Entscheid, die Anträge der Beschwerdeführerin auf vollständigen Verzicht auf eine Begutachtung abzuweisen, ist daher aufzuheben. Damit entfällt eine Prüfung der angedrohten Bestrafung im Falle der Nichtmitwirkung auf deren Verhältnismässigkeit und Angemessenheit.

6.6. Hinzu kommt Folgendes: Das Verfahren auf Rückplatzierung von B._____ zur Mutter ist seit Mai 2011, d.h. seit nunmehr vollen sechs Jahren pendent, ohne dass ein rechtskräftiger Entscheid getroffen werden konnte. Bereits diese übermässig und nicht restlos erklärbar lange Verfahrensdauer gebietet eine rasche

Entscheidung; eine weitere Verzögerung, welche sich durch die Einholung eines entbehrlichen Gutachtens unweigerlich ergäbe, ist nicht mehr hinnehmbar und grenzte an Rechtsverweigerung, zumal die umfangreichen Akten ausreichend Aufschluss geben über die persönliche, familiäre und gesundheitliche Situation der Beschwerdeführerin und ihre teilweise von erheblichen Schwierigkeiten geprägte Lebensgestaltung in den vergangenen Jahren.

Ferner ist festzuhalten, dass B._____ wie eingangs erwähnt seit Januar 2017 aufgrund einer entsprechenden Anordnung des Bezirksrates Hinwil bei ihrer Mutter in C._____ wohnt. Dieser Aufenthalt ist bis zu den unmittelbar bevorstehenden Sommerferien (14. Juli 2017) befristet. Anhand verschiedener Berichte ergibt sich unzweifelhaft, dass B._____ von der Ungewissheit über ihre nächste Zukunft sehr belastet ist, auch ihre schulischen Leistungen beeinträchtigt und ihre sozialen Kontakte geschmälert sind (vgl. BR act. 9/55, 9/57, 9/62, 9/67-69). Eine derartige Unsicherheit ist einer heranwachsenden Jugendlichen nicht zumutbar. Der Bezirksrat Hinwil wird daher dringend eingeladen, die Frage nach der Wiedererteilung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes raschmöglichst zu entscheiden.

7. Bei diesem Ausgang sind die Kosten dieses Verfahrens auf die Staatskasse zu nehmen. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist insofern gegenstandslos. Die Beschwerdeführerin erweist sich als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO; da ihr Antrag zudem nicht aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO) und sich die anwaltliche Vertretung als notwendig erweist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist das Gesuch der Beschwerdeführerin um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin gutzuheissen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgeschrieben, soweit es die Bezahlung von Gerichtskosten betrifft.

2. Der Beschwerdeführerin wird für das vorliegende Verfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Beschluss des Bezirksrates Hinwil vom 24. Mai 2017, mit welchem die Anträge der Beschwerdeführerin betreffend vollständigen Verzicht auf eine Begutachtung abgewiesen wurden, wird aufgehoben. Es wird kein weiteres Gutachten zur Erziehungsfähigkeit der Beschwerdeführerin eingeholt.
2. Der Bezirksrat Hinwil wird angewiesen, das bei ihm hängige Verfahren betreffend Wiederherstellung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes der Beschwerdeführerin über ihre Tochter B._____ raschmöglichst mit einem Sachentscheid zu erledigen.
3. Für das Verfahren vor der Kammer werden keine Kosten erhoben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, die Kindesvertreterin RA lic. iur. Y._____, ... [Adresse], die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Hinwil, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich), im Dispositivauszug Ziffer 1 an das Medizinische Zentrum ..., Frau F._____, ... [Adresse], sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Hinwil, je gegen Empfangsschein.
5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: