

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ170101-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Beschluss und Urteil vom 19. Januar 2018

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Kontaktregelung**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Hinwil vom 20. De-

zember 2017; VO.2017.4 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil)

Erwägungen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin A._____ (fortan Mutter) und der Beschwerdegegner B._____ (fortan Vater) sind die unverheirateten, getrennt lebenden Eltern des am tt.mm.2010 geborenen C._____.

2. Gestützt auf die bei der Geburt von C._____ geltende Gesetzeslage erhielt die Mutter die alleinige elterliche Sorge. Mit Schreiben vom 22. Juni 2015 beantragte der Vater bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil (fortan KESB) die Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge (KESB act. 5).

Auf ein am 28. Juni 2016 gestelltes Gesuch des Vaters regelte die KESB mit Entscheidung vom 16. August 2016 vorsorglich den persönlichen Verkehr zwischen dem Vater und C._____, errichtete vorsorglich eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB und ernannte eine Beistandsperson (KESB act. 97).

Im Rahmen des aufwendigen, strittig geführten Verfahrens der KESB wurden beide Eltern mehrmals angehört. Am 30. September 2016 erstattete D._____, Fachpsychologin für Rechtspsychologie FSP, im Auftrag der KESB ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit beider Eltern (KESB act. 109). Am 21. November 2016 fand eine gemeinsame Verhandlung mit einem Behördenmitglied statt (KESB act. 125). Am 5. Dezember 2016 wurde C._____ durch eine Mitarbeiterin der KESB angehört (KESB act. 136).

Mit Entscheid vom 24. Januar 2017 stellte die KESB C._____ unter die gemeinsame elterliche Sorge beider Eltern sowie unter die alleinige Obhut der Mutter und regelte den persönlichen Kontakt zwischen dem Vater und C._____ (KESB act. 146).

Gegen den Entscheid der KESB vom 24. Januar 2017 erhob der Vater mit Eingabe vom 27. Februar 2017 (BR act. 1) Beschwerde an den Bezirksrat Hinwil (fortan Bezirksrat).

3. Mit Eingabe vom 30. November 2017 stellte die Mutter beim Bezirksrat den folgenden Antrag (BR act. 34 S. 1):

Das Recht des Beschwerdeführers, C._____ zu sich und mit sich auf Besuch zu nehmen, sei fürs Erste vollständig zu sistieren, und er sei einzig berechtigt zu erklären, C._____ bei der Beschwerdegegnerin zu Hause zu besuchen.

Mit Beschluss vom 6. Dezember 2017 sistierte der Bezirksrat das Besuchsrecht des Vaters ohne diesen vorgängig anzuhören per sofort und setzte für C._____ eine Kindesvertretung i.S. von Art. 314a ZGB ein (BR act. 35).

Mit Eingabe vom 13. Dezember 2017 (BR act. 39) beantragte der Vater die Aufhebung der Sistierung der Besuche.

Die neu ernannte Kindesvertreterin erklärte mit Eingabe vom 18. Dezember 2017, da gewisse Zweifel bestanden hätten, ob der Beschwerdeführer Empfehlungen der Ärzte im Zusammenhang mit C._____s epileptischen Anfällen befolge, sei aus ihrer Sicht die superprovisorische Sistierung des Besuchsrechts eine geeignete Massnahme gewesen, um C._____ vor einer möglichen Gefährdung zu schützen. Da gegenüber dem Vater gewisse Zweifel beständen, sei ihm eine den ärztlichen Empfehlungen entsprechende Weisung zu erteilen, um eine zumindest stundenweise Wiederaufnahme der Besuche zu ermöglichen, ansonsten wäre eine Begleitung der Besuche unumgänglich (BR act. 46).

Mit Beschluss vom 20. Dezember 2017 (act. 11) hob der Bezirksrat die Sistierung des Besuchsrechts des Vaters per sofort auf und erteilte ihm stattdessen für die Dauer des bezirksrätlichen Verfahrens folgende Weisungen (act. 11 S. 14 Disp.-Ziff. II):

a) Sämtliche Aktivitäten sind altersentsprechend zu gestalten. Insbesondere sind regelmässige Pausen einzulegen. B._____ hat C._____ regelmässig aufzufordern mitzuteilen, wenn es für C._____ zu viel wird. Anstrengende Aktivitäten sind zeitlich kurz zu halten.

- b) Jegliche Aktivitäten, welche zu einer körperlichen Überanstrengung von C._____ führen können, sind zu unterlassen.
- c) Die ärztlich empfohlenen Vorsichtsmassnahmen, nämlich kein ungesichertes Klettern in der Höhe, kein Aufenthalt im Wasser ohne 1:1 Aufsicht und Velofahren nur mit Helm auf wenig befahrenen Strassen, sowie sämtliche, inskünftig ärztlich empfohlene Vorsichtsmassnahmen, sind uneingeschränkt und zwingend zu befolgen.

Die Beiständin wurde eingeladen, dem Bezirksrat per 31. Januar 2018 einen schriftlichen Bericht über den Verlauf der Besuchskontakte und die Einhaltung dieser Weisungen einzureichen. Einem Rechtsmittel gegen diesen Beschluss wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

4. Mit Eingabe vom 27. Dezember 2017 erhob die Mutter rechtzeitig Beschwerde gegen den soeben erwähnten Beschluss des Bezirksrats, der ihrer Vertreterin am selben Tag zugestellt worden war (vgl. die Zustellnachweise im Anhang von act. 11), mit folgenden Anträgen:

- 1. In Abänderung von Ziffer I des angefochtenen Beschlusses sei der Beschwerdegegner superprovisorisch berechtigt zu erklären, C._____ jeden Samstag von 10 bis 15 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Im Übrigen sei der angefochtene Beschluss zu bestätigen.

- 2. Der Beschwerdeführerin sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.
- 3. Die Kosten dieses Verfahrens seien den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, und die gegenseitigen Prozessentschädigungen seien wegzuschlagen.

5. Der im Begehren der Mutter enthaltene Antrag auf Erlass einer superprovisorischen Anordnung wurde mit Verfügung vom 28. Dezember 2017 abgewiesen (act. 5). Die Akten der Vorinstanzen wurde beigezogen (KESB act. 9/1-163; BR act. 12/1-50). Die Einholung einer Beschwerdeantwort erübrigt sich (§ 66 Abs. 1 EG KESR).

II.

1. Die Mutter hatte den Entscheid der KESB vom 24. Januar 2017 nicht angefochten. Als der Vater mit seiner Beschwerde an den Bezirksrat beantragte, sein zusätzlicher Besuchsnachmittag in den Wochen, zu deren Ende kein Besuchswochenende stattfindet, sei wöchentlich zu gewähren und (anstatt von 14.00 Uhr bis 18.00 Uhr) von 12.00 Uhr bis 18.00 Uhr festzusetzen (BR act. 1), erklärte sich die damals nicht anwaltlich vertretene Mutter mit der zeitlichen Ausdehnung, nicht jedoch mit dem wöchentlichen Rhythmus einverstanden. Ausserdem verlangte sie im Sinne einer Präzisierung, dass die Besuchswochenenden anstatt auf jedes zweite auf die geraden Wochenenden angesetzt und mit dem Feiertagsbesuchsrecht an Ostern und Pfingsten koordiniert werden (BR act. 11).

Mit seiner Replik vom 28. Juni 2017 reichte der Vater u.a. ein Schreiben der Beiständin E._____ mit dem Betreff "Betreuungsplan 2018" ein, aus dem hervorgeht, dass sich die Eltern in einer gemeinsamen Besprechung am 13. Juni 2017 darüber geeinigt hatten, dass der Vater C._____ jeweils freitags um 11.45 in der Schule abholt und entweder am Freitagabend um 18 Uhr oder nach seinen Betreuungswochenenden am Sonntagabend um 17 Uhr zur Mutter bringt (BR act. 14/1).

Mit der Duplik vom 19. September 2017 verlangte die neue Vertreterin der Mutter eine Einschränkung des Besuchsrechts des Vaters unter der Woche auf die Zeit von 12 Uhr bis 16 Uhr und hielt im Übrigen im Wesentlichen an den mit der Beschwerdeantwort gestellten Anträgen fest (BR act. 25).

2. Mit Eingabe an den Bezirksrat vom 30. November 2017 (BR act. 34) verlangte die Mutter, nachdem C._____ am letzten Besuchssonntag einen epileptischen Anfall erlitten hatte, auf den der Vater nicht adäquat reagiert habe, sei das Besuchsrecht des Vaters "fürs Erste" vollständig zu sistieren und der Vater sei einzig berechtigt zu erklären, C._____ bei ihr zu Hause zu besuchen (BR act. 34). Als der Bezirksrat die mit Beschluss vom 6. Dezember 2017 (BR act. 35) ohne Anhörung des Vaters angeordnete Sistierung der Besuche mit Beschluss vom 20. Dezember 2017 (act. 11) unter Erteilung von Weisungen an den Vater wieder

aufhob, verlangte die Mutter mit Beschwerde an die Kammer vom 27. Dezember 2017 (act. 2) eine Einschränkung der Besuche auf jeden Samstag von 10 bis 15 Uhr unter Aufrechterhaltung der dem Vater erteilten Weisungen.

3. Auch wenn die Mutter gegen den Entscheid der KESB vom 24. Januar 2017 kein Rechtsmittel ergriff und mit ihrer vorinstanzlichen Beschwerdeantwort den Anträgen des Vaters teilweise zustimmte, im Übrigen aber lediglich einige Präzisierungen verlangte, ist es ihr unbenommen, mit Anträgen auf Anordnung von vorsorglichen Massnahmen eine stärkere Einschränkung des väterlichen Besuchsrechts zu verlangen. Der vom Vertreter des Vaters im bezirksrätlichen Verfahren gegen dieses Vorgehen erhobene Vorwurf des Rechtsmissbrauchs geht fehl (BR act. 39 S. 4 Ziff. 5). Die Wirkung von vorsorglichen Massnahmen ist zwar auf die Dauer des vorinstanzlichen Verfahrens beschränkt. Doch im Rahmen der im Kinderschutzrecht anwendbaren Official- und Erforschungsmaxime (Art. 446 Abs. 1 und 3 i.v.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB) wird die Vorinstanz diese Anträge und insbesondere ihre Begründung bei der definitiven Regelung der Kontakte zwischen Vater und Sohn in ihrem Endentscheid zu berücksichtigen haben.

4. Bei seinem Entscheid vom 6. Dezember 2017, mit dem er die superprovisorische Sistierung der Besuche anordnete, stützte sich der Bezirksrat einerseits auf die von der Mutter mit Eingabe vom 30. November 2017 vorgetragene Behauptung, bei C._____ sei Epilepsie diagnostiziert worden, und andererseits darauf, dass die Ärzte zu mässiger körperlicher Belastung geraten, mithin einen Zusammenhang zwischen der körperlichen Belastung und den Anfällen hergestellt hätten. Dabei sah der Bezirksrat einstweilen darüber hinweg, dass die Mutter die ärztlichen Berichte nicht einreichte, auf die sie ihre Angaben stützte, und begnügte sich mit der Aufforderung, diese nachzureichen (act. 11 S. 8 E. 3.1).

5. Im angefochtenen Beschluss vom 20. Dezember 2017, mit dem die Sistierung der Besuche wieder aufgehoben wurde, hielt der Bezirksrat im Anschluss an eine Würdigung der von der Mutter auf Aufforderung der Vorinstanz nachgereichten Arztberichte fest, die Vorbringen der Mutter, welche zur Anordnung der Einstellung des Besuchsrechts geführt hatten, erwiesen sich "als nur bedingt zutreffend". So habe bis dato keine gesicherte Diagnose Epilepsie gestellt werden kön-

nen. Das ändere nichts daran, dass die in den letzten Monaten aufgetretenen Krampfanfälle eine ernstzunehmende gesundheitliche Beeinträchtigung darstellten, welche die Eltern im Umgang mit C._____ zu berücksichtigen hätten. Insbesondere seien die ärztlich empfohlenen Vorsichtsmassnahmen bei der Gestaltung des Alltags mit C._____ zwingend zu befolgen. Unter der Voraussetzung, dass der Vater sich strikt an die ärztlich empfohlenen Vorsichtsmassnahmen halte und überdies C._____ nur im Rahmen von dessen Kräften und altersentsprechend zu körperlichen Aktivitäten anhalte, könnten die Besuche von C._____ beim Vater unverzüglich wieder aufgenommen werden (act. 11 S. 11 f.).

Damit folgte die Vorinstanz der Auffassung der Kindesvertreterin, welche die sofortige Wiederaufnahme von unbegleiteten Besuchen von der Erteilung von solchen Weisungen abhängig machen wollte (BR act. 46 S. 2 unten).

6. In ihrer Beschwerde an die Kammer schreibt die Mutter, "es wäre mehr als nett", wenn der Vater sich an Weisungen halten könnte, wie die Vorinstanz sie ihm auferlegt habe. Damit sei jedoch nicht zu rechnen. Daraus, dass der Vater in seiner Stellungnahme gegenüber der Vorinstanz vom 13. Dezember 2017 mit keinem Wort auf die von der Mutter angesprochene Notwendigkeit eingegangen sei, C._____ nicht zu überanstrengen, schliesst sie, dem Vater fehle es an jeglicher Einsicht, dass Rücksicht genommen werden muss auf C._____, "dass er nicht gestählt, sondern geschont werden muss" (act. 2 S. 4).

C._____ komme regelmässig nach Aufhalten beim Vater völlig erschöpft nach Hause, schlafe bereits auf dem Heimweg im Auto ein und sei kaum mehr zu duschen und ins Pyjama zu stecken, geschweige denn dass er noch etwas essen oder gar von seinen Erlebnissen berichten könnte. In der Regel erhole er sich auch über Nacht nicht von diesen Strapazen, sondern sei mindestens noch einen oder zwei Tage lang erschöpft, leide an Schmerzen, sei oft buchstäblich krank und könne nicht zur Schule gehen. Nun sei klar, dass die Mutter nicht übervorsichtig sei, sondern dass für C._____ eine gemächlichere Gangart die richtige sei (act. 2 S. 4).

Die Mutter anerkennt, dass es noch keine ärztlichen Empfehlungen gebe, ob eine körperliche Schonung von C. _____ notwendig sei, um die Gefahr weiterer epileptischer Anfälle zu verringern. Sie verweist auf die Empfehlungen, die den verschiedenen Broschüren und Merkblättern zu entnehmen seien, die den Eltern abgegeben wurden, was der Bezirksrat nicht verkannt habe, indem er die entsprechenden Weisungen erlassen habe. Sie hält fest, der Bezirksrat sei damit mit der Mutter und der Kindsvertreterin der Ansicht, dass zumindest vorerst Vorsicht am Platz sei, um C. _____s Gesundheit nicht zu gefährden (act. 2 S. 5).

Das angestrebte Ziel sei zwar richtig und es könnte so verfahren werden, wenn auch nur ansatzweise Gewähr dafür bestehen würde, dass der Vater sich an die ihm auferlegten Weisungen halten würde, was die Mutter jedoch offenbar nicht ("auch nicht annähernd") für gegeben hält. Der Vater gehe entweder gar nicht auf die Bedenken der Mutter ein oder ziehe sie ins Lächerliche. Sie vermisst ein Bekenntnis von ihm, sich an die von der Vorinstanz auferlegten Weisungen zu halten, und moniert, es liege nicht einmal eine halbwegs glaubwürdige Absichtserklärung des Vaters vor, es in den Weihnachtsferien mit C. _____ ruhig angehen lassen zu wollen (act. 2 S. 6).

Um mögliche Überforderungen bereits in zeitlicher Hinsicht zu beschränken, falls sich der Vater nicht an die ihm auferlegten Weisungen halte, fordert die Mutter deshalb ein lediglich stundenweises Besuchsrecht, das sukzessive erweitert werden könnte, "sollte sich aber zeigen, dass der Vater sich an die ihm auferlegten Weisungen halten kann" (act. 2 S. 6).

7. Wie die Vorakten der KESB zeigen, sind die von der Mutter gegenüber dem Vater geäußerten Vorbehalte nicht neu. Im Verlauf der Begutachtung der Erziehungsfähigkeit beider Eltern erhärteten sich diese Vorbehalte jedoch nicht.

D. _____, Fachpsychologin für Rechtspsychologie FSP, kam im Gegenteil zum Schluss, dass die Berichte der Mutter über das Verhalten des Vaters stark übertrieben sind und der Vater-Sohn Beziehung nicht gerecht werden (KESB act. 109 S. 47).

Als Kommentar zur Beobachtung der Interaktion zwischen Vater und Sohn hielt die Gutachterin abschliessend fest, eine Überforderung des Kindes oder ein Übergehen seiner Bedürfnisse habe in keiner Situation beobachtet werden können. Von der Mutter angegebene Ängste seitens des Kindes gegenüber dem Vater hätten nicht festgestellt werden können (KESB act. 109 S. 34).

In ihren Schlussfolgerungen betonte die Gutachterin die Bedeutung von bestehenden Herausforderungen oder selbständig gelösten Aufgaben für die Entwicklung des Kindes, und erwähnte, dass die Herausforderungen dem Kind angemessen und von ihm bewältigbar sein müssten, wobei sie nicht den Eindruck hatte, dass der Vater das Kind überfordere (act. 109 S. 49).

Ebenfalls nicht neu sind die Klagen der Mutter über auffälliges Verhalten von C._____ vor oder nach den Kontakten mit dem Vater. So berichtete sie der Gutachterin, dass es C._____ besser gehe und er viel entspannter wirke, seit er nicht mehr zum Vater gehe (KESB act. 109 S. 17). Vor seinem Besuch beim Vater im Rahmen der Begutachtung habe er sich viel aufgewühlter verhalten als sonst. Er sei aggressiv gewesen, habe eingenässt und nicht in den Kindergarten gehen wollen (KESB act. 109 S. 35).

Die Gutachterin deutete dieses Verhalten als Ausdruck des sogenannten Besuchsrechtssyndroms (vgl. KESB act. 109 S. 35). Der Abschied vom Vater falle C._____ sichtlich sehr schwer, was damit zusammen hänge, dass seit der Trennung keine regelmässigen Kontakte stattfänden und das Kind annehmen müsse, den Vater lange nicht mehr zu sehen. Bei der Mutter angekommen befinde er sich in einem aufgebrachten Zustand, von Trauer- und Wutgefühlen überflutet, die er z.B. mit Weinen oder aggressivem Verhalten ausdrücke. Wenn er dabei über den Vater klage, drücke das weniger ein Unbehagen über das Zusammensein mit dem Vater aus, sondern vielmehr eine Überforderung mit der Trennungssituation, dem nicht eingespielten Besuchsrecht, den Schwierigkeiten beim Übergang zwischen den Eltern und die Trauer über den Abschied vom Vater. Nehme die Mutter dann - aufbauend auf ihren Ängsten und Befürchtungen - Klagen des Kindes auf, könnten weitere negative Aussagen entstehen, weil das Kind die Ängste der Mut-

ter spüre und darauf reagiere. Ihre Ängste würden dann wiederum durch das für sie auffällige Verhalten des Kindes angeheizt (KESB act. 109 S. 46).

Dass die Mutter vor dem Hintergrund ihrer Ängste Aussagen des Kindes als Hinweis auf eine negative Besuchserfahrung deute, könne im Rahmen von Konflikten nach einer Trennung vorkommen. Sollte die Mutter jedoch, nachdem sie im Verlauf der Begutachtung und im Abschlussgespräch darüber informiert wurde, dass die Äusserungen des Kindes durch seine Zerrissenheit entstanden seien, weiterhin darauf beharren, dass beim Vater Schlimmes passiere, würde dies eine stärkere Einschränkung der Bindungstoleranz und damit der Erziehungsfähigkeit bedeuten (KESB act. 109 S. 47 f.).

8. Die KESB kam in ihrem Entscheid vom 24. Januar 2017 im Anschluss an eine Auseinandersetzung mit der Kritik der Mutter am Gutachten zum Schluss, dieses sei nachvollziehbar und überzeugend, so dass keine triftigen Gründe ersichtlich seien, um davon abzuweichen (KESB act. 146 S. 10 f.).

Der Vertreter des Vaters hatte in seiner Stellungnahme vom 13. Dezember 2017 (BR act. 39) auf die Folgerungen des Gutachtens hingewiesen und der Vorinstanz, welche im Beschluss vom 6. Dezember 2017 der Darstellung der Mutter eine hohe Glaubwürdigkeit attestierte, weil sie ihrer eigenen früheren Darstellung entsprach (BR act. 35 S. 7), und auf die Einholung von medizinischen Belegen verzichtete, vorgeworfen, diese Erkenntnisse nicht beachtet zu haben.

Ohne auf das Gutachten Bezug zu nehmen, ging der Bezirksrat im Beschluss vom 20. Dezember 2017 davon aus, dass die Eltern verschiedene Massstäbe ansetzten, wenn es um die Frage der körperlichen Überforderung ihres Sohnes gehe. Der Bezirksrat liess ungeklärt, welcher Massstab der richtige sei. Um eine Gefährdung von C._____ zu vermeiden und die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme des Besuchsrechts sicherzustellen, erteilte er dem Vater verschiedene Weisungen. Dabei verwies er auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, wonach im Kinderschutz stets die mildeste Massnahme anzuordnen ist, mit welcher das Kindeswohl noch gewährleistet werden kann, auf den unbestrittenen Willen von

C._____, der gern zu seinem Vater gehe, und auf die Wichtigkeit der Besuche für das Kind (act. 11 S. 13).

9. Die Mutter betont, nachdem ihr die medizinischen Abklärungen Recht gegeben hätten und C._____ tatsächlich Epileptiker sei, stehe fest, dass sie nicht hypochondrisch reagiert habe, wie ihr der Vater immer wieder unterstelle, bzw. nicht die übervorsichtige und überängstliche Mutter sei, als die sie der Vater sehe (act. 2 S. 3 und 4).

Da die Vorinstanz mit ihren Weisungen diesen neuen Erkenntnissen Rechnung trägt, kann die Mutter daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Sie zeigt nicht auf, dass die Interessenabwägung der Vorinstanz im Lichte dieser neuen Erkenntnisse falsch wäre und die von ihr anstelle der Sistierung der Besuche als mildere Massnahme angeordneten Weisungen nach dem gegenwärtigen Kenntnisstand nicht genügen sollten, um eine Gefährdung des Kindeswohls zu vermeiden.

Der Vater muss gegenüber der Mutter kein Bekenntnis oder keine Absichtserklärung abgeben, wie sie es von ihm offenbar erwartet (act. 2 S. 6), sondern es genügt, wenn er sich bei den Kontakten mit C._____ an die ärztlichen Empfehlungen hält. Diese Weisungen wurden ihm erstmals mit dem Beschluss vom 20. Dezember 2017 erteilt. Sein Verhalten in der Vergangenheit liefert somit von vornherein keine tauglichen Hinweise darauf, wie er darauf reagieren wird. Auch wenn zutreffen sollte, dass der Vater für entsprechende Forderungen der Mutter in der Vergangenheit kein Verständnis zeigte, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass er auch die von den Behörden erteilten Weisungen ignorieren wird.

Die Mutter moniert, es könne nicht von C._____ erwartet werden, dass er dem Vater mitteile, wenn es ihm zu viel werde. C._____ wolle dem Vater gefallen und dafür müsse er ein starker, kräftiger Junge sein, was im Widerspruch zu dieser Handlungsanweisung stehe (act. 2 S. 5). Es trifft zu, dass letztlich die Eltern für die Sorge um die Gesundheit eines Kindes im Alter von C._____ verantwortlich sind. Die vom Bezirksrat erteilte Weisung trägt den Bedenken der Mutter jedoch Rechnung, indem sie den Vater dazu anhält, C._____ ausdrücklich aufzufordern,

Anzeichen einer Überforderung mitzuteilen. Damit ermutigt der Vater C._____ und gibt ihm zu erkennen, dass eine solche Mitteilung von ihm erwünscht ist.

Die Vorinstanz erteilte der Beiständin den Auftrag, per 31. Januar 2018 einen schriftlichen Bericht über den Verlauf der Besuchsrechtskontakte und die Einhaltung der Weisungen einzureichen. Mit dieser Überwachung und zeitnahen Berichterstattung ist gewährleistet, dass der Bezirksrat - auf entsprechende Anträge der Parteien oder auch von Amtes wegen - rasch mit einer Anpassung reagieren könnte, sollten bspw. die ersten Erfahrungen zeigen, dass die getroffenen Ersatzmassnahmen ungenügend sind, was ohne entsprechende Anhaltspunkte nicht zu vermuten ist. Die Beschwerde der Mutter ist daher abzuweisen.

III.

1. Die Mutter beantragt, es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person ihrer Vertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzt Mittellosigkeit voraus und dass der Prozess nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes muss zur Wahrung der Rechte geboten sein (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Für die Ermittlung der Mittellosigkeit sind die effektiven Verhältnisse massgeblich. Es ist daher vom momentan erzielten Einkommen der Mutter auszugehen. Dass ihre Anstellung laut ihrer Darstellung bis Ende Februar befristet ist, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Der dreizehnte Monatslohn ist anzurechnen, was ihrer eigenen Darstellung zufolge ein monatliches Nettoerwerbseinkommen von CHF 4'250.00 ergibt (act. 2 S. 7).

Belege zum Vermögen fehlen. Der von der Mutter als Beleg für ihr Einkommen eingereichte Kontoauszug (act. 3/11) weist (am 31. Mai 2017) eine Gutschrift von CHF 200.00 aus, bei der es sich laut Mitteilungstext um eine Miete für einen Bauwagen handelt, die mit einem Dauerauftrag bezahlt wird. Da dieser Betrag nichts

am Ergebnis einer teilweisen Mittellosigkeit ändern würde, können weitere Nachforschungen unterbleiben.

Bei einem alleinerziehenden Elternteil mit einem unmündigen Kind ist grundsätzlich eine Einzelrechnung vorzunehmen. Das heisst, dass sowohl die Ausgaben für das Kind als auch die vom anderen Elternteil bezahlten Kinderunterhaltsbeiträge aus der Bedarfsberechnung auszuklammern sind. Wenn diese Beträge einander in etwa entsprechen, wie dies vorliegend gemäss den Darlegungen der Beschwerdeführerin der Fall ist (act. 2 S. 7), hat diese Operation auf das Ergebnis keinen Einfluss.

Da die Mittellosigkeit i.S. von Art. 29 Abs. 2 BV / Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO nicht mit dem Existenzminimum i.S. von Art. 93 SchKG übereinstimmt, wird zu dem nach den betriebsrechtlichen Richtlinien ermittelten notwendigen Bedarf ein Zuschlag hinzugerechnet (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 200). Dieser Zuschlag dient der Deckung gewisser Basisbedürfnisse, die über das strikt Notwendige hinausgehen, aber im Existenzminimum nach Art. 93 SchKG mit Blick auf die Priorität der Schuldentilgung nicht berücksichtigt werden, z.B. Krankenkassenprämien im überobligatorischen Bereich, Kreditraten, Prämien für private Zusatzversicherungen, für Lebensversicherungen etc. In der Praxis wird entweder der Grundbetrag oder der Grundbedarf um eine Pauschale erweitert oder der Notbedarf um einzelne zusätzliche Ausgabeposten erweitert (KUKO ZPO-Jent, Art. 117 N 30 f.).

Indem die Mutter einen Zuschlag von 25 % auf ihren Grundbetrag vornimmt und zudem die Kosten verschiedener privater Zusatzversicherungen (vgl. act. 3/15) sowie den Selbstbehalt und die Franchise (vgl. dazu BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 185) in ihren Bedarf aufnimmt, macht sie von dieser Möglichkeit doppelt Gebrauch. Das gleiche gilt bei den Kosten für C._____, wo neben den privaten Zusatzversicherungen (vgl. act. 3/15) und den weiteren Gesundheitskosten auch das Schulgeld und das Schulmaterial Zuschlagpositionen darstellen (BK Bühler-ZPO, Art. 117 N 189).

Wird ein pauschaler Zuschlag in den Notbedarf aufgenommen, können konkrete Zuschlagpositionen keine Berücksichtigung mehr finden. Die Monatsprämie der

obligatorischen Krankenversicherung der Mutter beträgt CHF 385.00. Davon ist die auf sie entfallende Prämienverbilligung von monatlich CHF 112.00 abzuziehen (vgl. act. 3/16). Zieht man für C._____ einen Wohnanteil von einem Viertel ab, verbleiben Wohnkosten (einschliesslich Nebenkosten) von CHF 993.00, was für die Mutter allein einen monatlichen Notbedarf von CHF 3'648.00 ergibt.

Darin enthalten sind ein pauschaler Zuschlag von CHF 337.00 zum Grundbetrag von CHF 1'350.00, Berufsauslagen von CHF 400.00 für den Arbeitsweg und von CHF 50.00 für Schulmaterial sowie Steuern von CHF 245.00 im Monat. Der Einfachheit halber wird darauf verzichtet, bei den Mobilitätskosten, die teilweise den Schulweg von C._____ betreffen und damit in diesem Umfang eigentlich Kinderkosten darstellen (vgl. act. 2 S. 9), und bei den Steuern den Anteil von C._____ auszuscheiden.

Bei einem monatlichen Erwerbseinkommen von CHF 4'250.00 verbleibt der Mutter somit ein monatlicher Freibetrag von rund CHF 600.00. Ihre Mittellosigkeit kann daher nur teilweise bejaht werden. Mit diesem Überschuss kann sie die Gerichtskosten dieses Verfahrens bezahlen, weshalb ihr Gesuch mit Bezug darauf abzuweisen ist.

Die Beschwerdeführerin ist jedoch nicht in der Lage, neben den Gerichtskosten auch ihre Anwaltskosten zu bezahlen. Da die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind - ihr Begehren erscheint nicht aussichtslos, eine anwaltliche Vertretung ist zur Wahrung ihrer Rechte geboten - ist ihr die unentgeltliche Rechtsprechung mit Bezug auf die unentgeltliche Rechtsverteidigung daher zu bewilligen, wobei sie auf die Nachzahlungspflicht hinzuweisen ist.

2. Die Mutter unterliegt mit ihrer Beschwerde. Sie trägt deshalb die Verfahrenskosten. Keine Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung, die Mutter nicht weil sie unterliegt, der Vater nicht weil ihm keine nennenswerten Umtriebe entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Der Beschwerdeführerin wird in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Die Beschwerdeführerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
2. Im Übrigen (d.h. mit Bezug auf die Gerichtskosten) wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachstehenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Kindesvertreterin, an den Beschwerdegegner und die Kindesvertreterin je unter Beilage eines Doppels von act. 2, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil, das Gemeindeamt des Kantons Zürich sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Hinwil, je gegen Empfangsschein.
4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: