

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ180077-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Beschluss und Urteil vom 17. Dezember 2018

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

1. **B.** _____,

2. **C.** _____,

3. **D.** _____,

Beschwerdegegner

betreffend **persönlicher Verkehr**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 25. September 2018 i.S. E. _____, geb. tt.mm.2017; VO.2018.27 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)

Erwägungen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegner 3 sind die unverheirateten, getrennt lebenden Eltern des Kindes E._____, geboren am tt.mm.2017. Die Beschwerdegegner 1 und 2 sind die Eltern des Beschwerdegegners 3 und die Grosseltern von E._____.

2. Mit Entscheid vom 8. August 2017 erklärte die KESB Winterthur Andelfingen die Grosseltern väterlicherseits (Beschwerdegegner 1 und 2) gemäss Art. 274a Abs. 1 und 2 ZGB für berechtigt, E._____ an einem Wochentag pro Woche jeweils von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen (KESB act. 101 Disp.-Ziff. 6).

Mit (handschriftlicher) Eingabe vom 22. Januar 2018 beantragte die Beschwerdeführerin, "das Besuchsrecht der Grosseltern väterlicherseits zu streichen" (KESB act. 122 S. 2 unten). Diesen Antrag wies die KESB mit Entscheid vom 29. März 2018 ab (zunächst KESB act. 140 unbegründet, sodann KESB act. 144 mit Begründung). Eine dagegen erhobene Beschwerde wies der Bezirksrat Winterthur mit Beschluss und Urteil vom 25. September 2018 ab (act. 8).

3. Gegen den bezirksrätlichen Entscheid vom 25. September 2018, der ihrem Vertreter am 2. Oktober 2018 zugestellt wurde (BR act. 7), erhebt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. November 2018 rechtzeitig Beschwerde an die Kammer mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 3):

1. Das Urteil des Bezirksamts Winterthur vom 25. September 2018 sei aufzuheben.
2. Der Entscheid der KESB Winterthur-Andelfingen vom 29. März 2018 sei hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 5 aufzuheben.
3. Der Antrag der Beschwerdeführerin auf Aufhebung des persönlichen Verkehrs der Grosseltern väterlicherseits an einem Wochentag sei gutzuheissen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegner.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurde beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif. Die Beschwerde ist offensichtlich unbegründet, so dass auf die Einholung einer Stellungnahme der Beschwerdegegner verzichtet werden kann (§ 66 Abs. 1 EG KESR).

II.

1. Liegen ausserordentliche Umstände vor, so kann der Anspruch auf persönlichen Verkehr gemäss Art. 274a ZGB auch andern Personen, insbesondere Verwandten eingeräumt werden, sofern dies dem Wohle des Kindes dient. Das bedeutet, der persönliche Verkehr mit Dritten setzt voraus, dass er dem Kindeswohl dient bzw. dass ein Kontaktausschluss dem Kindeswohl abträglich wäre (BSK ZGB I-Schwenzer / Cottier, Art. 274a N 2).

Von diesem Verständnis geht auch die Beschwerdeführerin aus (act. 2 S. 6 Rz 8 und S. 8 Rz 13), und an diesem Massstab muss sich ihre Beschwerde messen lassen: Um erfolgreich zu sein, müsste sie dartun, dass der Kontakt zu den Grosseltern E._____ nicht nützt oder sogar schadet.

2. Als Zusammenfassung des vorinstanzlichen Entscheides schreibt die Beschwerdeführerin, der Bezirksrat führe in seinem Entscheid aus, die Grosseltern seien im ganzen Familiengefüge sehr zentral und die Kommunikation sei zwischen den Eltern sehr belastet, wobei die Grosseltern auch hier eine wichtige Rolle zwischen den jungen Eltern einnehmen würden. Ferner sei die Betreuung durch die Grosseltern aufgrund der gesamten Vorgeschichte im Sinne einer Kindesschutzmassnahme als stabilisierender Faktor aufrechtzuerhalten (act. 2 S. 6 Rz 9 m.H. auf act. 8 S. 10 E. 4.5).

Die Beschwerdeführerin erklärt diese Begründung pauschal für nicht nachvollziehbar (act. 2 S. 6 Rz 9 a.E.). Die Voraussetzungen, von denen der Bezirksrat ausgeht – zentrale Stellung der Grosseltern im ganzen Familiengefüge, belastete Kommunikation zwischen den Eltern, wichtige Rolle der Grosseltern zwischen den jungen Eltern – stellt sie nicht in Abrede. Auf das, was sie stattdessen vorbringt, wird nachstehend eingegangen.

3. Dem Verweis der Vorinstanz auf die belastete Kommunikation zwischen den Eltern hält die Beschwerdeführerin entgegen, das Bundesgericht habe entschieden, dass Konflikte zwischen den Eltern keine Gefährdung des Kindeswohls darstellen, weshalb das Besuchsrecht aus diesem Grund nicht eingeschränkt werden könne (act. 2 S. 6 Rz 10 m.H. auf BGE 131 III 209 E. 5).

Es ist unklar, was die Beschwerdeführerin daraus für ihren Standpunkt ableiten will, schliesslich ist eine Einschränkung des Besuchsrechts (der Grosseltern väterlicherseits) genau das, was sie erreichen will. Wenn die Beschwerdeführerin daraus folgert, Konflikte der Eltern dürften beim Entscheid über das Besuchsrecht nicht berücksichtigt werden, missdeutet sie die angeführte Entscheidung. Das Bundesgericht hielt darin lediglich fest, der blosse Umstand, dass zwischen den Eltern Konflikte bestehen, rechtfertigt keine Einschränkung des Kontakts des nicht obhutsberechtigten Elternteils zum Kind, solange das Kindeswohl durch diese Konflikte nicht tatsächlich gefährdet sei.

Das von ihr zitierte Präjudiz bezieht sich im Übrigen auf Auswirkungen eines Konflikts zwischen den Eltern auf den Kontakt des Kindes zum einen Elternteil. Vorliegend geht es jedoch um Auswirkungen eines Konflikts zwischen den Eltern auf den Kontakt des Kindes zu Dritten. Dass dieser Kontakt von Konflikten zwischen den Eltern negativ beeinflusst und deshalb eingeschränkt werden soll, ist von vornherein nicht anzunehmen. Eher ist zu vermuten, dass der Kontakt zu Dritten in solchen Konstellationen günstig ist, damit das Kind vom Konflikt zwischen den Eltern weniger betroffen ist. Davon geht die Vorinstanz hier aus und dagegen bringt die Beschwerdeführerin nichts vor.

4. Wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, die mit den Kontakten zu den Grosseltern verbundenen Übergaben würden aufgrund der Elternkonflikte für E._____ zusätzlichen Stress verursachen, was zu vermeiden sei (act. 2 S. 8 Rz 13), benutzt sie selbst die elterlichen Konflikte als Argument für ihren Standpunkt, was nicht nur im Widerspruch zu ihrer eigenen – oben wiedergegebenen – Argumentation steht, sondern auch in der Sache nicht überzeugt.

Es sind die direkten Übergaben von einem Elternteil zum andern, von denen eine Belastung für E. _____ ausgeht. Die Einschaltung der Grosseltern väterlicherseits, zu denen laut eigenen Angaben auch die Beschwerdeführerin ein gutes Verhältnis hat (vgl. KESB act. 138 S. 2), ermöglicht eine Verminderung dieser direkten Übergaben, indem E. _____ von einem Elternteil zu den Grosseltern und von diesen an den andern Elternteil übergeben werden kann, was – wegen der geringeren Anzahl an direkten Übergaben – tendenziell entlastend wirkt, wie die Vorinstanz überzeugend schreibt.

Die vorinstanzliche Erwägung, dass für ein Kind in diesem Alter viele Bezugspersonen eine grosse Herausforderung darstellen können (act. 8 S. 10 E. 4.5), ist sodann mit Blick auf die Grosseltern zu relativieren. Die Grosseltern sind keine neuen Bezugspersonen, so dass eine allfällige Belastung nicht in erster Linie von ihnen ausgeht. Die Beibehaltung des bisherigen Kontakts dürfte gegenwärtig die kleinere Belastung bedeuten, als wenn der Kontakt eingeschränkt und E. _____ die Grosseltern als Bezugspersonen verlieren würde.

5. Der Bezirksrat hält es für wünschenswert, wenn mit Hilfe der Beiständin für die Grosseltern ein anderer Betreuungstag gefunden werden könnte, der auch den Umstand berücksichtige, dass die Mutter eine Ausbildung begonnen habe, was auch im Kindesinteresse sei (act. 8 S. 10 f. E. 4.5). Damit nimmt die Vorinstanz die Interessen der Mutter auf und hält fest, dass diese mit den Interessen von E. _____ vereinbar sind. Wenn die Beschwerdeführerin meint, daraus ergebe sich, dass die aktuelle Betreuungssituation für E. _____ nicht tragbar sei und somit nicht dem Kindeswohl entspreche (act. 2 S. 7 Rz 11), unterstellt sie der Vorinstanz eine Auffassung, die diese weder direkt noch indirekt geäussert hat.

Die Festlegung des Betreuungstages wurde von der KESB der Beiständin "in Zusammenarbeit mit den Eltern und den Grosseltern väterlicherseits" übertragen (KESB act. 144 Disp.-Ziff. 6 lit. d; vgl. auch KESB act. 101 Disp.-Ziff. 6). Dagegen wurde keine Beschwerde erhoben, so dass darüber im angefochtenen Entscheid nicht zu befinden war, sondern nur über die Grundsatzfrage, ob der Kontakt beizubehalten sei. Daraus, dass der Bezirksrat eine Änderung der Ausgestaltung des

Kontakts anregt, lässt sich nicht als Umkehrschluss folgern, dass eine Weiterführung des Kontakts nicht dem Kindeswohl entspricht.

Wie einleitend ausgeführt, müsste die Beschwerdeführerin dartun, dass die Beibehaltung des Kontakts dem Kindeswohl nicht zuträglich ist oder sogar schadet, damit sie mit ihrem Antrag durchdringt. Dass eine andere Ausgestaltung des Kontakts zu den Grosseltern dem Kindeswohl allenfalls gleich gut oder noch besser dienen würde, ist hingegen in diesem Zusammenhang unerheblich und führt nicht dazu, dass der Kontakt aufzuheben wäre.

Der Hinweis, dass der Bezirksrat eine Verbesserung der geltenden Regelung in Erwägung zieht, ist daher unbehelflich. Wenn die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vorwirft, ihre Begründung sei nicht schlüssig, weil sie mittel- oder langfristige Änderungen in den Raum stelle (act. 2 S. 8 Rz 12), verkennt sie, dass die laufende Überprüfung und Anpassung an Veränderungen der äusseren Umstände zum Wesen solcher Regelungen gehört.

6. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, "was der Bezirksrat als wünschenswert erachtet" – eine Änderung des Betreuungstages der Grosseltern – sei am unkooperativen Verhalten des Beschwerdegegners 3 gescheitert, der einen entsprechenden Vorschlag der Beiständin abgelehnt habe (act. 2 S. 7 Rz 11 m.H. auf KESB act. 130 [*recte* 131] S. 2).

Dabei bezieht sich die Beschwerdeführerin auf einen Bericht der Beiständin über ein gemeinsames Gespräch mit den Parteien am 18. Januar 2018. Bei der Verhandlung der KESB vom 29. März 2018 hielt hingegen der Beschwerdegegner 3 eine Einigung über einen anderen Tag für möglich, worauf die Beschwerdeführerin entgegnete, "sie wolle die Betreuungstage nicht verschieben, sondern streichen, weil es zu viele Wechsel gebe" (KESB act. 138 S. 3). Auf den Widerspruch zwischen diesen Aktenstellen geht sie nicht ein.

Unabhängig davon, wer dafür verantwortlich war, dass eine einvernehmliche Anpassung des Betreuungstages der Beschwerdegegner 1 und 2 (bisher) nicht zustande kam, sind diese Ausführungen von vornherein nicht geeignet, um darzu-

tun, dass der Kontakt zu den Grosseltern dem Wohl von E._____ nicht zuträglich sein sollte oder sogar abträglich wäre. Die Beschwerdeführerin kann daher auch daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

7. Der vorinstanzlichen Schlussfolgerung, dass die Betreuung durch die Grosseltern aufgrund der gesamten Vorgeschichte im Sinne einer Kindesschutzmassnahme als stabilisierender Faktor aufrechtzuerhalten ist (act. 8 S. 10 E. 4.5), vermag die Beschwerdeführerin nichts Substanzielles entgegen zu setzen. Ihre Beschwerde ist daher abzuweisen.

III.

1. Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person ihres Vertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 2 S. 3 unten).

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihre Sache nicht aussichtslos ist (Art. 117 ZPO).

Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2. Zur Begründung ihrer Mittellosigkeit hat die gesuchstellende Partei ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend darzulegen und soweit möglich zu belegen (Art. 119 ZPO; KUKO ZPO-Jent, Art. 119 N 10).

Zur Begründung für ihre Mittellosigkeit verweist die Beschwerdeführerin darauf, dass sie von Sozialhilfe Winterthur unterstützt werde und somit als mittellos gelte (act. 2 S. 9 Rz 15). Als Beleg reicht sie eine Bestätigung der sozialen Dienste der Stadt Winterthur ein, laut der sie und E._____ "von der Sozialhilfe Winterthur ge-

mäss den Richtlinien für die Bemessung der Sozialhilfe unterstützt" werden (act. 4/5).

Der Entscheid der Sozialbehörden ist für den Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege nicht präjudizierend. Die Einschätzung der Sozialbehörden wird zwar oft mit der gerichtlichen Beurteilung der Mittellosigkeit übereinstimmen. Das Gericht kann sich aber nicht mit der blinden Übernahme des Entscheids der Sozialbehörde begnügen, sondern muss eine eigene Beurteilung vornehmen. Um den Entscheid der Sozialbehörden nachvollziehen und im Hinblick auf seine Bedeutung für den Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege würdigen zu können, ist die Kenntnis seiner Begründung – d.h. insbesondere der Zahlen, auf denen er beruht – nötig.

Die Bestätigung der Sozialbehörden allein genügt nicht als Beleg für die Mittellosigkeit. Weitere Belege reichte die Beschwerdeführerin nicht ein. Auf dieser Grundlage ist ihre Mittellosigkeit nicht glaubhaft, was die Abweisung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zur Folge hat.

3. Da die Beschwerdeführerin rechtskundig vertreten ist, erübrigt sich, ihr eine Gelegenheit zur Verbesserung ihres Gesuchs zu geben. Davon kann im Übrigen auch deshalb abgesehen werden, weil ihr Gesuch wegen Aussichtslosigkeit ebenfalls abzuweisen wäre.

Von Aussichtslosigkeit ist dann die Rede, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren, so dass sich eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, bei vernünftiger Überlegung nicht zu einem Prozess entschliessen würde (vgl. KUKO ZPO-Jent, Art. 117 N 33).

Wie oben bei der Behandlung der Beschwerde aufgezeigt wurde, fehlen der Beschwerdeführerin die Argumente, weshalb der Kontakt zu den Grosseltern dem Wohl von E._____ nicht zuträglich sein sollte, sondern sie beschränkt sich im Wesentlichen darauf, die vorinstanzliche Begründung auf eine Art und Weise umzudeuten, wie sie nicht gemeint war. Ihre Beschwerde ist daher als aussichtslos

zu betrachten, so dass ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege auch aus diesem Grund abzuweisen ist.

4. Da die Beschwerde abgewiesen wird, sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Mitteilung und Rechsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.00 festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegner 1 und 2 sowie an den Beschwerdegegner 3 je unter Beilage einer Kopie von act. 2, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur Andelfingen, das Gemeindeamt des Kantons Zürich sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: