

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ160075-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Ersatzrichter
lic. iur. H. Meister und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Beschluss und Urteil vom 17. November 2016

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____

betreffend **gemeinsame elterliche Sorge (Teilrechtskraft)**

**Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirkrates Winterthur vom
8. September 2016 i.S. C. _____, geb. tt.mm 2015; VO.2016.60 (Kindes- und
Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)**

Erwägungen:

1. Streitgegenstand, Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. A._____ (fortan "Beschwerdeführer" genannt) und B._____ (fortan "Beschwerdegegnerin" genannt) sind die jungen, nicht verheirateten Eltern von C._____, geb. tt.mm 2015. Mit Entscheid vom 5. Juli 2016 stellte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen (fortan "KESB" genannt) C._____ unter die gemeinsame Sorge der Parteien, belies die Obhut bei der Beschwerdegegnerin, ordnete eine Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft zu Gunsten von C._____ sowie ein Kontaktrecht des Beschwerdeführers an und traf weitere Anordnungen. Der Beschwerdeführer zog den Entscheid – zur Hauptsache mit Blick auf die Obhutsregelung – an den Bezirksrat Winterthur weiter; ferner ersuchte er um Bestätigung der Teilrechtskraft in Bezug auf die erteilte gemeinsame elterliche Sorge, welches Gesuch der Bezirksrat mit Beschluss vom 8. September 2016 abwies. Diesen Beschluss ficht der Beschwerdeführer bei der Kammer an.

1.2. Am 20. April 2015 anerkannte der Beschwerdeführer in ... [Ortschaft] seinen Sohn C._____ (KESB-act. 1.1). In der Folge liess er am 21. Mai 2015 eine Gefährdungsmeldung bei der KESB machen, weil die Beschwerdegegnerin, die während der Schwangerschaft in der Familie des Beschwerdeführers gelebt habe und gegenüber welcher schon Erwachsenenschutzmassnahmen hätten geprüft werden müssen, aus heiterem Himmel und ohne Angabe von Gründen mit C._____ an einen ihm unbekanntem Ort umgezogen sei (KESB-act. 1). Mit Eingabe vom 1. Juni 2015 stellte der Beschwerdeführer bei der KESB folgende Anträge (KESB-act. 5 S. 2):

1. Es sei den Parteien gemäss Art. 298b Abs. 2 ZGB das gemeinsame Sorgerecht über C._____, geb. tt.mm 2015, zu erteilen.
2. C._____ sei gemäss Art. 298b Abs. 3 ZGB unter die Obhut des Gesuchstellers zu stellen und der Kindsmutter sei ein angemessenes Besuchsrecht zuzusprechen.

3. Eventualiter sei C._____ gemäss Art. 310 Abs. 1 ZGB an einem geeigneten Ort zu platzieren und dem Gesuchsteller sei folgendes Betreuungsrecht zu erteilen:
 - 3.1 Jedes Wochenende ab Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr mit jeweiligen Übernachtungen;
 - 3.2 Sämtliche Feiertage (Gründonnerstag, 18.00 Uhr, bis Ostermontag, 18.00; Mittwoch vor Auffahrt, 18.00 Uhr, bis Sonntag nach Auffahrt, 18.00 Uhr; Freitag vor Pfingsten, 18.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr, Heiligabend, 18.00 Uhr, bis 02. Januar 18.00 Uhr);
 - 3.3 Fünf Wochen Ferien pro Jahr.
4. Subeventualiter sei C._____ alternierend von den Eltern wie folgt zu betreuen:
 - 4.1 C._____ verbringt die Zeit von Sonntagabend 18.00 Uhr bis Mittwochabend 18.00 Uhr bei der Mutter und von Mittwochabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr beim Vater.
 - 4.2 Darüber hinaus haben die Eltern das Recht, mit C._____ fünf Wochen Ferien pro Jahr zu verbringen.
5. Subsubeventualiter sei C._____ und dem Kindsvater ein Besuchsrecht samstags und sonntags jeweils von 09.00 Uhr bis 18.00 Uhr zuzusprechen.
6. Es sei für die Gesuchsgegnerin und für C._____ eine Beistandschaft gemäss Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB zu errichten.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Weiter beantragte der Beschwerdeführer, dass der Beschwerdegegnerin superprovisorisch das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen und C._____ bei ihm zu platzieren sei, weil die Beschwerdegegnerin bei ihrer kindswohlgefährdenden – überforderten, nach Cannabis süchtigen, Kinder schlagenden – Mutter wohne (KESB-act. 5 S. 3, 5). Die Gesuchsgegnerin selber sei zudem nicht fähig, ihr Leben selbständig zu führen und sich eine Tagesstruktur zurechtzulegen; von Erwachsenenschutzmassnahmen sei nur abgesehen worden, weil die Eltern des Beschwerdeführers ihr die genügende Unterstützung hätten zukommen lassen können (KESB-act. 5 S. 6).

1.3. Am 5. Juni 2015 wurde die Beschwerdegegnerin von der KESB angehört (KESB-act. 8), wobei sie bestätigte, dass sie nun in ihrem ehemaligen Kinderzimmer mit einem Beistellbett für C._____ bei ihrer Mutter, deren Partner sowie dessen Kindern aus anderen Beziehungen lebe. Sie trinke keinen Alkohol, habe in ihrer Jugend zweitweise gekifft und rauche seit der Geburt C._____s leider wieder Zigaretten. Sie mache sich Sorgen wegen des Alkoholkonsums, des Umgangs und der Aggressivität des Beschwerdeführers; er habe sie während der Schwangerschaft in den Bauch getreten. Auch sei er nicht in der Lage, die Bedürfnisse C._____s zu erkennen. Ferner habe die Mutter des Beschwerdeführers C._____ übermässig vereinnahmt.

1.4. Der Beschwerdeführer wurde von der KESB in der Folge am 3. Juli 2015 angehört (KESB-act. 16), wobei er eine zweiseitige Aufstellung seiner Gedanken zur Gefährdung des Kindeswohls einreichte (KESB-act. 15), mit den zentralen Aussagen, dass er aktiv am Leben, an der Förderung und Erziehung seines Sohns während mindestens vier Tagen die Woche teil haben wolle und dass der Sohn vor den psychischen Ausfällen der Beschwerdegegnerin zu schützen sei.

1.5. Die Durchführung des schon früher von den Behörden im ... [Ortschaft] definierten Besuchsrechts des Beschwerdeführers, aber auch die Frage der Taufe des kleinen C._____ (reformiert/neuapostolisch) führte zu etlichen Weiterungen bei der KESB. So verlor die Beschwerdegegnerin am 16. Juli 2015 im telefonischen Kontakt mit der KESB die Beherrschung, weil der Beschwerdeführer mit C._____ ihren Vater, den Grossvater mütterlicherseits, einen Alkoholiker, besucht habe (KESB-act. 20). Die Grossmutter väterlicherseits wandte sich am 17. Juli 2015 in Sorge um ihren Enkel an die KESB. Einer Ausdehnung des Besuchsrechts für den Beschwerdeführer stellte sich die Beschwerdegegnerin sehr kritisch und teilweise ausfällig gegenüber (vgl. KESB-act. 22, 27, 29, 32, 33, 37, 38, 43). Der Stiefvater des Beschwerdeführers, Prediger in der neuapostolischen Gemeinschaft, wandte sich am 20. Juli 2015 an die KESB und erläuterte, dass die Beschwerdegegnerin mit einer ausschliesslich provokativen Absicht vorhabe, C._____ in der reformierten Kirche taufen zu lassen (KESB-act. 26). Am 7. und 11. August 2015 brachte sich auch die Mutter des Beschwerdeführers in Sorge

um ihren Enkel telefonisch bei der KESB ein (KESB-act. 42, 46). Mit Entscheid vom 14. August 2015 definierte die KESB schliesslich vorsorglich ein wöchentliches Kontaktrecht zwischen dem Beschwerdeführer und C._____ mit zweiwöchentlich alternierenden Modalitäten. Ferner wurden der Beschwerdegegnerin Weisungen erteilt und die Parteien wurden auf Art. 274 Abs. 1 ZGB hingewiesen, auf die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen wurde indes einstweilen verzichtet (KESB-act. 48).

1.6. Am 17. Juli 2015 hatte die KESB dem D._____ [soziale Einrichtung] eine Abklärung mit Blick auf das Kindeswohl C._____s in Auftrag gegeben (KESB-act. 24.1); am 10. November 2015 erstattete das D._____ eine Stellungnahme zur vorsorglichen Besuchsrechtsregelung und hielt fest, dass ein regelmässiger Kontakt zwischen Vater und Sohn bestehe, der zu keinen Bedenken Anlass gebe, wobei sich angesichts des zunehmenden Alters des Kindes und der kommenden kalten Jahreszeit eine Anpassung der Besuchszeiten empfehle (KESB-act. 68). Gestützt darauf beantragte der Beschwerdeführer die umgehende Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge und ein modifiziertes Wochenend-, Feiertags- und Ferienbesuchsrecht (KESB-act. 73). Die nunmehr auch vertretene Beschwerdegegnerin liess sich ebenfalls zum Besuchsrecht vernehmen und zeigte Bereitschaft für dessen moderate Ausdehnung (KESB-act. 75). Mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass seine Anträge zum Kontaktrecht noch unbeurteilt seien und stellte Antrag auf superprovisorische Beurteilung noch vor den Weihnachtsfeiertagen (KESB-act. 77). Die Beschwerdegegnerin liess sich mit Eingabe vom 18. Dezember 2015 aufforderungsgemäss zu diesem Gesuch vernehmen (KESB-act. 81). Am 22. Dezember 2015 erkrankte C._____ offenbar akut (Bronchitis und Mittelohrentzündung) und erhielt Antibiotika (KESB-act. 83 ff.). Mit Entscheid vom 22. Dezember 2015 dehnte die KESB das vorsorgliche Besuchsrecht gleichwohl aus und definierte für die anstehenden Feiertage ein Besuchsrecht des Beschwerdeführers (KESB-act. 88). Mit Datum vom 25. Februar 2016 erstattete das D._____ schliesslich seinen Abklärungsbericht (KESB-act. 98): C._____ wurde attestiert, dass er sich bisher gut entwickelt habe und in allen wesentlichen Belangen auf einem altersgemässen Stand sei. Zu beiden Elternteilen bestehe eine gute, enge und vertraute Bezie-

hung. Anzustreben sei eine Ausweitung der elterlichen Verantwortung des Beschwerdeführers und damit auch die Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge; die grosse Schwierigkeit bestehe in der hohen Zerstrittenheit der Parteien (S. 10, 14 f.). Die Parteien liessen sich am 14. April 2016 vernehmen (Beschwerdegegnerin: KESB-act. 106; Beschwerdeführer: KESB-act. 107).

1.7. Nach Entbindung vom Arztgeheimnis brachte sich die Kinderärztin C.____s mit Schreiben vom 27. Mai 2016 ins Verfahren ein und schilderte die Bedenken der Beschwerdegegnerin mit Blick auf Zigarettenrauch beim Beschwerdeführer sowie dessen angebliche Unzuverlässigkeit bei der Veranlassung notwendiger medikamentöser Behandlungen; bei C.____ sei auf eine rauchfreie Umgebung zu achten, da er an rezidivierenden obstruktiven Bronchitiden leide (KESB-act. 115). Am 20. Juni 2016 telefonierte die Beschwerdegegnerin sodann der KESB und teilte mit, dass C.____ nach einem Besuch beim Beschwerdeführer nicht mehr richtig laufen könne und einen blauen Fleck am Bein sowie einen Striemen am Po habe; auch habe C.____ in der Nacht darauf panisch geschrien. Bis zur Klärung des Vorfalls wolle sie die Besuche C.____s beim Beschwerdeführer aussetzen (KESB-act. 120; ca. 10 cm langes Hämatom [vgl. KESB-act. 121]). Die KESB konstatierte am 23. Juni 2016, dass kein Beweis für eine Kindesmisshandlung vorliege und das Besuchsrecht des Beschwerdeführers normal fortzuführen sei (KESB-act. 123).

1.8. Am 5. Juli 2016 traf die KESB folgenden Entscheid (KESB-act. 129 S. 9 ff.; versandt wurde der Entscheid indes erst am 14. Juli 2016 [KESB-act. 132]; zudem wurde der Entscheid mit Schreiben vom 26. Juli 2016 hinsichtlich des Nachnamens des Beschwerdeführers berichtigt [KESB-act. 136 f.; vgl. BR-act. 10]):

1. C.____, geb. tt.mm 2015, von ... [Ortschaft], wird unter die gemeinsame elterliche Sorge seiner Eltern, B.____, geb. tt.mm.1996, von ... [Ortschaft] und A.____, geb. tt.mm.1997, von Adliswil ZH gestellt. C.____ wird unter der Obhut der Mutter belassen.
2. Die Eltern werden darauf hingewiesen, dass ihnen im Rahmen der Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge die Pflicht zum einträchtigen Zusammenwirken bei dessen Ausübung obliegt.

3. Die Erziehungsgutschriften werden gestützt auf Art. 52bis Abs. 1 AHVV der Mutter zugeteilt.
4. Für C._____, wird eine Erziehungsbeistandschaft mit besonderen Befugnissen nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet.
5. Die Beistandsperson erhält im Rahmen von Art. 308 Abs. 1 ZGB die Aufträge,
 - a) die Eltern in ihrer Sorge um C._____ mit Rat und Tat zu unterstützen und bestmöglich zu beraten;
 - b) für die gedeihliche persönliche und schulische Entwicklung des Kindes besorgt zu sein sowie in seinem Interesse nach der jeweiligen Situation die notwendigen Vorkehrungen treffen.
6. Die Beistandsperson erhält im Rahmen der besonderen Befugnisse nach Art. 308 Abs. 2 ZGB die zusätzlichen Aufträge,
 - a) für die Errichtung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung besorgt zu sein;
 - b) auf den Zeitpunkt des Auszugs von Mutter und C._____ aus der jetzigen Lebensgemeinschaft eine geeignete Mutter-Kind-Wohnform zu vermitteln;
 - c) die Koordination des Helfernetzes zu übernehmen und sich regelmässig über die Entwicklung von C._____ ins Bild zu setzen.
7. Zur Erziehungsbeiständin nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird E._____, (D._____) ernannt mit der Einladung,
 - a) nötigenfalls Antrag auf Anpassung der behördlichen Massnahmen an veränderte Verhältnisse zu stellen;
 - b) **per 30. Juni 2018** ordentlicherweise Bericht zu erstatten.
8. Für C._____, wird eine Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet.
9. Die Beistandsperson erhält im Rahmen von Art. 308 Abs. 2 ZGB die Aufträge, bezüglich des Besuchsrechts zwischen den Eltern zu vermitteln und bei veränderten Verhältnissen möglichst mit den Eltern eine neue Regelung auszuarbeiten und der KESB zur Genehmigung zu unterbreiten;

10. Zum Beistand wird ..., D. _____ ernannt mit der Einladung,
- a) nötigenfalls Antrag auf Anpassung der behördlichen Massnahmen an veränderte Verhältnisse zu stellen;
 - b) **per 30. Juni 2018** ordentlicherweise Bericht zu erstatten.
11. Der Vater wird berechtigt erklärt,
- a) seinen Sohn C. _____ ab sofort jedes zweite Wochenende von Samstag, 08.30 Uhr, bis Sonntag, 17.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ab Januar 2017 wird der Vater sodann berechtigt erklärt, C. _____ an jedem zweiten Wochenende von Freitag, 08.30 Uhr, bis Sonntag 17.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
 - b) mit C. _____ im Sinne einer Konfliktregelung vier Wochen Ferien im Jahr zu verbringen. Die Ferientermine sind jährlich bis Ende Januar unter Mitwirkung der Mandatsperson abzusprechen.
 - c) Im Sinne einer Konfliktregelung wird der Vater berechtigt erklärt, mit C. _____ jährlich alternierend Ostern und Weihnachten, bzw. Pfingsten und die Neujahrsfeiertage mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.
- 12.-18. (Dahinfall vsM/Behandlung uRP-Gesuche/Kostenfolge/Rechtsmittel/Mitteilung)

1.9. Der Beschwerdeführer hatte am 11. Juli 2016, noch vor dem Versand des Entscheids der KESB, eine Stellungnahme zum Bericht der Kinderärztin, zum Bericht des Kantonsspitals, zu den zwei bisher bei ihm erfolgten Übernachtungen C. _____s und zu dessen Erkrankungen und Verletzungen eingereicht (KESB-act. 130).

1.10. Mit Beschwerdeschrift vom 17. August 2016 wandte sich der Beschwerdeführer gegen den vorgenannten Entscheid an den Bezirksrat mit zahlreichen Anträgen samt Eventualstandpunkten zur Regelung der Obhut, der Kinderschutzmassnahmen und des Kontaktrechts (BR-act. 1 S. 2 ff.). Zur Hauptsache sei C. _____ unter seine Obhut zu stellen unter Regelung eines angemessenen Kontaktrechts der Beschwerdegegnerin. Mit Präsidialverfügung vom 26. August 2016 wurden die KESB und die Beschwerdegegnerin zur Vernehmlassung bzw. Beschwerdeantwort aufgefordert (BR-act. 6). Am 29. August 2016 ersuchte der Be-

schwerdeführer sodann um Bestätigung der Teil-Rechtskraft des Entscheides der KESB vom 5. Juli 2016 in Bezug auf die elterliche Sorge (BR-act. 7). Auch hierzu wurde der KESB und der Beschwerdegegnerin Gelegenheit zur Stellungnahme bis 27. September 2016 eingeräumt (BR-act. 8). Mit Schreiben vom 2. September 2016 rügte der Beschwerdeführer, dass die Frage der Teil-Rechtskraft eine rein prozessuale sei und damit nicht der Parteidisposition unterstehe. Da keine Anschlussberufung möglich sei und inzwischen bekannt sein müsse, ob auch die Beschwerdegegnerin Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid erhoben habe, könne die Teilrechtskraft ohne weiteres bestätigt werden (BR-act. 9). Die KESB befürwortete sinngemäss das Ansinnen des Beschwerdeführers mit Schreiben vom 5. September 2016 (BR-act. 10). Mit Beschluss vom 8. September 2016 wies der Bezirksrat das Gesuch des Beschwerdeführers ab (BR-act. 11 S. 4 = act. 3/1 = act. 8).

1.11. Mit Datum vom 28. September 2016 erhob der Beschwerdeführer dagegen fristgerecht Beschwerde mit folgendem Rechtsbegehren (act. 2 S. 2):

1. Der Entscheid des Bezirkrates Winterthur vom 08. September 2016 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Entscheid der KESB Winterthur-Andelfingen vom 5. Juli 2016 bezüglich Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge (Dispositivziffer 1, 1. Satz) in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Es sei dem Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren vor dem Obergericht Zürich die integrale unentgeltliche Prozessführung zu gewähren in dem Sinne, dass er von der Leistung von Verfahrenskosten befreit wird und ihm die Unterzeichnende als Rechtsvertreterin zur Seite gestellt wird.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (BR-act. = act. 9/1-23; KESB-act. = act. 10/1-147). Da sich die Beschwerde sogleich als unbegründet bzw. unzulässig erweist, kann von der Einholung einer Beschwerdeantwort sowie einer Vernehmlassung abgesehen werden. Das Verfahren ist spruchreif.

2. Anfechtungsobjekt und Beschwerde Voraussetzungen

2.1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im EG KESR geregelt, welches als kantonales Verfahrensrecht die Vorgaben der Art. 450 ff. ZGB zu befolgen hat (vgl. auch Art. 314 ZGB). Es sind die Vorschriften des EG KESR (insbesondere die §§ 63, 65 ff. EG KESR) anzuwenden und – soweit das EG KESR etwas nicht regelt – ergänzend die Vorschriften des GOG sowie der ZPO als kantonales Recht zu beachten (vgl. § 40 EG KESR und dazu ebenfalls Art. 450f ZPO). Der Kanton Zürich kennt zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht.

2.2. Der Bezirksrat ging implizit davon aus, es handle sich bei der von ihm erlassenen Anordnung um einen prozessleitenden Entscheid im Sinne von Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 124 Abs. 1 ZPO (vgl. act. 8 S. 4). Solche Entscheide sind gemäss Art. 450f ZGB i.V.m. § 40 Abs. 3 EG KESR und Art. 321 Abs. 2 ZPO innert 10 Tagen seit der Zustellung anzufechten (BSK ZGB I-STECK, Art. 450 N 24; BSK ZGB I-REUSSER, Art. 450b N 8; vgl. auch das Urteil der Kammer PQ140086 vom 15. Januar 2015, E. 2.2). Zwischenentscheide hingegen können innert dreissig Tagen angefochten werden. Das Gesetz definiert die beiden Begriffe nicht. Der prozessleitende Entscheid kann für das Urteil durchaus von grosser Bedeutung und auch unabdingbar sein, etwa wenn eine Beweisverfügung erlassen wird, äussert sich aber nicht oder nicht zwingend zu einem notwendigen Entscheid-Grund. Ein Zwischenentscheid kann gefällt werden, wenn durch abweichende Beurteilung durch die obere Instanz sofort ein Endentscheid herbeigeführt und so ein bedeutender Aufwand gespart werden kann (Art. 237 ZPO). Praktisch können es also bei Einreden einer Partei – sei es bezogen auf eine Prozessvoraussetzung oder auf materielle Fragen wie die Aktiv-/Passivlegitimation oder die Verjährung – nur negative Entscheide sein, ansonsten die Sache spruchreif zum Nichteintreten oder zur Abweisung wäre. Vorliegend geht es um die Feststellung der Teilerrechtskraft. Wird das Gesuch geschützt, ist das Verfahren insoweit rechtskräftig und dem Bezirksrat insofern nicht länger der Beurteilung unterworfen. Der abwei-

sende Entscheid des Bezirksrats ist mithin als Zwischenentscheid zu qualifizieren, der innerhalb einer Frist von 30 Tagen angefochten werden kann.

2.3. Der Beschluss des Bezirksrats ist vom Beschwerdeführer am 20. September 2016 abgeholt worden (act. 3/2). Auch unter Berücksichtigung der Zustellfiktion per 19. September 2016 ist die Beschwerde vom 28. September 2016 somit ohne weiteres fristgerecht erhoben worden. Sie enthält sodann schriftlich begründete Anträge (Art. 450 Abs. 3 ZGB). Der Beschwerdeführer ist vom Entscheid der Vorinstanz unmittelbar betroffen und damit zur Beschwerde befugt (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Die Prozessvoraussetzungen sind gegeben.

2.4. Der Vollständigkeit halber ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass eine prozessleitende Verfügung einzig in den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen oder dann, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht, anfechtbar ist (vgl. Art. 319 lit. b ZPO Ziff. 1 und 2 ZPO). Die Beschwerde gegen einen prozessleitenden Entscheid steht also nicht uneingeschränkt zur Verfügung. Fehlte die genannte Rechtsmittelvoraussetzung, so wäre auf die Beschwerde nicht einzutreten, wobei die Beweislast für das Bestehen der Gefahr eines Nachteils die Beschwerde führende Partei trüge. Wie bereits erwogen ist vorliegend aber ein Zwischenentscheid angefochten, der dieser Einschränkung nicht unterliegt.

3. Teil-Rechtskraft betreffend gemeinsamer elterlicher Sorge

3.1. Die Kindesschutzbehörde ist nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden (Art. 446 Abs. 3 i.V.m. Art. 440 Abs. 3 ZGB). Gleichermassen ist unter dem Titel "Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten" sowie mit der Marginale "Untersuchungs- und Offizialgrundsatz" im Prozessrecht statuiert, dass das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZPO).

3.2. Der Bezirksrat erwog, dass ein Entscheid grundsätzlich in Rechtskraft erwachse, insofern er mit einer Beschwerde unangefochten bleibe; im Bereich des Kindesschutzes sei aber zu differenzieren. Es gebe nach der Rechtsprechung der

Kammer überall dort keine Teilrechtskraft, wo ohne Bindung an Anträge zu entscheiden sei oder dort, wo der nicht angefochtene Punkt von der Entscheidung über eine andere Frage abhängig sei oder noch beeinflusst werden könne (Urteil PQ140028 vom 22. Juli 2014, E. 2.2). Die Obhutszuteilung stehe in engem Zusammenhang mit der elterlichen Sorge, und es könne der Entscheid der KESB grundsätzlich auch zu Ungunsten des Beschwerdeführers abgeändert werden, weshalb dem Gesuch um Bestätigung der Teilrechtskraft im aktuellen Verfahrensstadium nicht entsprochen werden könne (act. 8 S. 3 f.).

3.3. Der Beschwerdeführer hielt in seiner Beschwerde dagegen, dass die Beschwerdegegnerin den Entscheid der KESB vom 5. Juli 2016 nicht angefochten und damit auch die gemeinsame elterliche Sorge akzeptiert habe. Die nicht angefochtene Anordnung sei in Rechtskraft erwachsen. Auch der Beschwerdeführer verweist auf die Rechtsprechung der Kammer, kommt aber zum Ergebnis, dass kein Anwendungsfall dieser Praxis gegeben sei: Die Frage der elterlichen Sorge stehe bei unverheirateten Eltern unter der Dispositionsmaxime. Zudem sei die Frage des Sorgerechts nicht derart von der Obhut abhängig, dass nicht unabhängig über das Sorgerecht entschieden werden könnte. Es bestünden keine dahingehenden Anhaltspunkte, dass das Kindeswohl C.____s unter der gemeinsamen elterlichen Sorge gefährdet wäre; letztere sei unabhängig der Frage der Obhut und Betreuung zu bestätigen (act. 2 Rz 13 ff.).

3.4. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers untersteht die Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge gemäss den eingangs angeführten gesetzlichen Grundlagen der Official- und nicht der Dispositionsmaxime. Es trifft zwar zu, dass bei nicht verheirateten Eltern ein Verfahren regelmässig erst mit Anrufung der Kindesschutzbehörde seitens des (noch) nicht sorgerechtsberechtigten Vaters initiiert wird (Art. 298b Abs. 1 ZGB), das Gesetz sieht aber auch bei der Vaterschaftsklage vor, dass die gemeinsame elterliche Sorge zu verfügen ist, sofern nicht an der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter festzuhalten oder die alleinige elterliche Sorge dem Vater zu übertragen ist (vgl. Art. 298c ZGB). Schliesslich ist ohne weiteres auch die Einleitung eines entsprechenden Verfahrens auf eine x-beliebige Gefährdungsanzeige hin möglich. Sodann ist eine Obhutszuteilung

von der elterlichen Sorge insofern abhängig, als bei alleiniger elterlicher Sorge eine Obhut des anderen Elternteils kaum in Frage kommen dürfte. Der Bezirksrat verwies schliesslich auch darauf, dass dem Gesuch um Teilrechtskraft zumindest im aktuellen Verfahrensstadium nicht entsprochen werden könne. Diese Auffassung ist nicht zu beanstanden. Der Bezirksrat hatte noch wenig Zeit, sich inhaltlich mit den vorliegend wesentlichen Fragestellungen zu befassen, wobei es über 140 Aktenstücke im Verfahren der KESB zu sichten gilt. Zwar schliesst beispielsweise der Abklärungsbericht des D._____ auf eine Ausweitung der elterlichen Verantwortung des Beschwerdeführers. Gleichzeitig wird aber auch auf die grosse Schwierigkeit der hohen Zerstrittenheit der Parteien hingewiesen (KESB-act. 98). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann aber insbesondere bei einem schwerwiegenden elterlichen Dauerkonflikt oder bei anhaltender Kommunikationsunfähigkeit die alleinige Sorge angezeigt sein, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt und die Alleinzuteilung diesem besser gerecht wird (BGE 141 III 472 E. 4.6).

3.5. Die Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Entscheid der KESB vom 5. Juli 2016 ist damit nicht in Rechtskraft erwachsen und die Beschwerde des Beschwerdeführers entsprechend abzuweisen.

4. Unentgeltliche Rechtspflege sowie Kosten- und Entschädigungsfolge

4.1. Der Beschwerdeführer hat für das vorliegende Beschwerdeverfahren um unentgeltliche Rechtspflege ersucht. Das Gesuch ist gestützt auf § 40 Abs. 3 EG KESR nach den dazu bestehenden Regeln der ZPO als kantonales Recht zu beurteilen. Demnach ist es dann gutzuheissen, wenn er eine Mittellosigkeit dargetan und belegt hat sowie zusätzlich seine Beschwerde im Zeitpunkt der Gesuchstellung nicht als aussichtslos erscheint. Schliesslich muss der Beizug einer Rechtsbeiständin zur Wahrung der Rechte notwendig sein.

4.2. Die vom Standpunkt des Beschwerdeführers abweichende, eindeutige Rechtslage lässt dessen Begehren als aussichtslos erscheinen. Der Beschwerdeführer hatte dem Entscheid der Vorinstanz nichts Wesentliches entgegenzusetzen

(vgl. BGer 5A_265/2012 E. 2.3). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist demzufolge abzuweisen.

4.3. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer für das obergerichtliche Verfahren kostenpflichtig (Art. 450f ZGB i.V.m. § 40 Abs. 3 EG KESR und Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels massgeblicher Aufwendungen ist der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, je gegen Empfangsschein, an die Beschwerdegegnerin und den Bezirksrat unter Beilage eines Doppels von act. 2.
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. 93 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: