

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190072-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin MLaw A. Ochsner

Beschluss und Urteil vom 18. November 2019

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____,

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen / Rechtsverzögerung**

Beschwerde gegen einen Beschluss und ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 25. September 2019 i.S. C. _____, geb. tt.mm.2018; VO.2019.35 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die Eltern von C. _____, geboren am tt.mm.2018. Der Vater und Beschwerdeführer hatte das Kind bereits vor der Geburt anerkannt, am 2. September 2018 unterzeichneten die Eltern die Erklärung betreffend gemeinsame

elterliche Sorge. Am 19. Februar 2019 rapportierte die Kantonspolizei Zürich der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur/Andelfingen (fortan KESB) über Drohungen und häusliche Gewalt im Haushalt der Parteien (KESB-act. 1). Gemäss Beschwerdeführer hatte die Beschwerdegegnerin den gemeinsamen Haushalt ein erstes Mal am 26. Januar und ein zweites Mal am 12. Februar 2019 verlassen und war mit dem gemeinsamen Kind ins Frauenhaus geflohen (act. 2 S. 4).

Am 26. Februar 2019 erkundigte sich der Beschwerdeführer bei der KESB, ob ein Kindesschutzverfahren hängig sei und ersuchte darum, seinen Sohn regelmässig bzw. im Rahmen der alternierenden Obhut sehen zu können (KESB-act. 6). Am 11. April 2019 stellte er bei der KESB das Gesuch, es sei C. _____ unter seine alleinige Obhut zu stellen, eventualiter sei die alternierende Obhut anzuordnen und subeventualiter sei die Kontaktregelung wie beantragt vorzunehmen und für das Kind eine Besuchsrechtsbeistandschaft zu errichten (KESB-act. 20).

2. Am 14. August 2019 erhob der Beschwerdeführer beim Bezirksrat Winterthur Beschwerde. Er beantragte, es sei festzustellen, dass die Vorinstanz das Beschleunigungsgebot verletzt habe, und es sei die Vorinstanz anzuweisen, dem Beschwerdeführer unverzüglich einen Entscheid über das Gesuch vom 11. April 2019 zu eröffnen. Gleichzeitig beantragte er als vorsorgliche Massnahme, er sei für berechtigt und verpflichtet zu erklären, C. _____ jede Woche für zweieinhalb Stunden zu sich zu nehmen, und diese Massnahme sei superprovisorisch anzuordnen. Sodann stellte er das Gesuch um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege (BR-act. 1). Der Bezirksrat holte eine Vernehmlassung der KESB und eine Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin ein (BR-act. 3, 5 und 7), am 6. September 2019 reichte der Beschwerdeführer weitere Unterlagen zu seinem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu den Akten (BR-act. 9). Mit Beschluss und Urteil vom 25. September 2019 trat der Bezirksrat auf das Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht ein. Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wies er ab und jenes der Beschwerdegegnerin hiess er gut. Die Rechtsverzögerungsbeschwerde wies er

ab, soweit er auf sie eintrat. Er erhob keine Kosten für das bezirksrätliche Verfahren und verpflichtete den Beschwerdeführer zur Leistung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin (BR-act. 11 = act. 6). Der Entscheid wurde den Parteien am 27. September 2019 zugestellt (BR-act. 12).

3. Am 28. Oktober 2019 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen den bezirksrätlichen Entscheid. Er stellt die folgenden Begehren (act. 2 S. 2):

- "1. Es seien das Urteil und der Beschluss des Bezirksrats Winterthur vom 25. September 2019 aufzuheben.*
- 2. Es sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.*
- 3. EVENTUALITER sei festzustellen, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen das Beschleunigungsgebot verletzt hat.*
- 4. Es sei dem Beschwerdeführer für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren und ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.*
- 5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin."*

Sodann ersucht der Beschwerdeführer auch für das zweite Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung seines Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand (act. 2 S. 3).

Es wurden die Akten des Bezirksrates (act. 7/1 - 13) und der KESB (act. 8/1 - 86) beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen richtet sich primär nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen (Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [EG KESR] und Gerichtsorganisationsgesetz [GOG]), subsidiär gelten die Bestimmungen der ZPO sinngemäss (Art. 450f ZGB; § 40 EG KESR). Das angerufene Obergericht ist als zweite gerichtliche Beschwerdeinstanz für Beschwerden gegen Entschiede des Bezirksrates zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 64 EG KESR). Der Beschwerdeführer ist als Vater von C. _____ zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde ist mit Anträgen versehen und ausführlich begründet und wurde innerhalb dreissig tägiger Frist erhoben. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

2.1 Der Beschwerdeführer rügt vorab die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör (act. 2 S. 10 f.). Dieser umfasst – als Teilaspekt – das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu zu äussern, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten (BGer 4a_215/2014 vom 18. September 2014 E. 2.1, BGE 139 I 189 E. 3.2; 138 I 484 E. 2.1 u.a.m.). Dieses Recht verletzte die Vorinstanz, da sie dem Beschwerdeführer die Vernehmlassung der KESB wie auch die Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin erst mit dem die Beschwerde abweisenden Endentscheid zustellte (BR-act. 11 S. 21).

2.2 Die Verletzung des Gehörsanspruchs ist formeller Natur und führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, ohne dass die erhobenen Rügen zu prüfen wären. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann aber ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus - im Sinne einer Heilung des Mangels - selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) In-

teresse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGer 4A_215/2014 E. 2.4; BGE 137 I 195 E. 2.32; BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2 u.a.m.).

2.3 Auch bei einer schwer wiegenden Gehörsverletzung scheidet eine Heilung damit nicht zwingend aus und es kann diese entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auch nicht nur dann in Betracht gezogen werden, wenn seinem Rechtsbegehren Ziff. 3 (Feststellung der Rechtsverzögerung) stattgegeben wird (act. 2 S. 12/13). Vielmehr kommt es darauf an, ob der angerufenen Instanz eine umfassende Kognition zukommt und eine Rückweisung zu unnötigen, nicht zu rechtfertigenden Verzögerungen führen würde. Die erste Voraussetzung ist ohne weiteres erfüllt, kommt doch im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht auch der zweiten Beschwerdeinstanz sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht umfassende Überprüfungsbefugnis zu. Überdies gilt die Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 446 ZGB; BGE 142 III 732 E. 3.4.1 mit weiteren Hinweisen). Der Beschwerdeführer konnte sich umfassend zu der (einzig) zu beurteilenden Frage der Rechtsverzögerung/Rechtsverweigerung äussern und er hat dies in seiner 28-seitigen Beschwerdeschrift auch getan. Dass seine Interessenlage eine Rückweisung der Sache gebieten würde, ist sodann nicht ersichtlich. Vielmehr ist zu erwarten, dass eine Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs zu einem formalistischen Leerlauf würde. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des Replikrechts ist daher ausnahmsweise abzusehen.

3.1 Der Rechtsmittelbehörde kommt zwar eine umfassende Überprüfungsbefugnis zu, wozu auch die volle Ermessensüberprüfung gehört (STECK, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 450a ZGB N 3 und 10) und im Verfahren vor der KESB und den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und das Gericht ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden (Art. 446 ZGB). Von der Beschwerde führenden Partei ist indes darzulegen und konkret aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird (Art. 446 ZGB; EG KESR §§ 65 und 67; BGer 5A_855/2012 vom 13. Februar 2013; BGE 138 III 374 E. 4.3.1; vgl. auch BGE 137 III 617; REETZ/THEILER, ZK ZPO, 3.A., Art. 311 N 34 - 37).

3.2 Mit der Beschwerde verlangt der Beschwerdeführer im Hauptantrag ganz generell die Aufhebung des Urteils und des Beschlusses des Bezirksrates Winterthur vom 25. September 2019 sowie die Rückweisung der Angelegenheit zur Neuurteilung. Ausdrücklich mitangefochten ist damit der Beschluss, mit welchem der Bezirksrat auf ein Gesuch des Beschwerdeführers um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht eingetreten war (BR-act. 11, Beschluss-Dispositiv Ziff. I). Für die Anfechtung dieses Entscheides gilt – wie im Entscheid belehrt und vom Beschwerdeführer erkannt (act. 2 S. 6) – eine Beschwerdefrist von 10 Tagen. Diese Frist war im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung bereits abgelaufen. Soweit sich die Beschwerde auch auf den Entscheid der Vorinstanz betreffend vorsorgliche Massnahmen bezöge, wäre darauf nicht einzutreten. Überdies fehlte es in der Sache an einer Begründung, was ebenfalls zum Nichteintreten führte.

3.3 Ebenfalls Gegenstand des angefochtenen Beschlusses war die Abweisung des vorinstanzlich gestellten Gesuchs um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege (BR-act. 11, Beschluss-Dispositiv Ziff. II), welches der Beschwerdeführer vor Vorinstanz für das Hauptverfahren gestellt hatte (BR-act. 1 S. 4). Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang die Rechtsmittelfrist unzutreffend belehrt. Da der Beschluss zusammen mit dem Endentscheid ergangen sei, gelte die ordentliche Rechtsmittelfrist von 30 Tagen (act. 2 S. 5/6). Dem kann nicht gefolgt werden. Diese Frage ist im ZGB nicht geregelt. Da der kantonale Gesetzgeber diese Lücke nicht gefüllt hat, kommt die ZPO zur Anwendung (§ 40 EG KESR; REUSSER, BSK ZGB I, 5. A. Art. 450b N 8). Der Entscheid über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist auch dann eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 321 Abs. 2 ZPO, wenn er am gleichen Datum wie der Entscheid in der Hauptsache gefällt wurde. Die Rechtsmittelfrist beträgt deshalb 10 Tage (BGer 4A_507/2011 vom 1. November 2011 E. 2.1; BGer 4A_384/2011 vom 4. August 2011 E. 2.1). Die Beschwerde erweist sich damit insoweit als verspätet, und es ist auf das Rechtsmittelbegehren Ziff. 4 (act. 2 S. 2) nicht einzutreten. Wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt, wäre dieser Antrag, auch wenn er rechtzeitig erfolgt wäre, abzuweisen.

3.4 Im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu beurteilen ist damit einerseits die geltend gemachte Rechtsverzögerung/Rechtsverweigerung sowie andererseits die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren.

4.1 Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die Behörde trotz rechtlicher Verpflichtung keinen Entscheid erlässt, eine Rechtsverzögerung als besondere Form der formellen Rechtsverweigerung, wenn die Behörde das Verfahren in ungerechtfertigter Weise nicht innert angemessener Frist erledigt (BGer 5A_502/2013 vom 28. Oktober 2013, E. 3.2.3; BGE 135 I 6 E. 2.1; 134 I 229 E. 2.3). Ein Entscheid als Anfechtungsobjekt ist nicht notwendig. An dessen Stelle tritt die Tatsache der Verweigerung oder Verzögerung (STECK, BSK ZGB I, 5.A. Art. 450a N 20 ff.). Bei der Feststellung einer unrechtmässigen Rechtsverzögerung geht es um die Würdigung objektiver Gegebenheiten. Unrechtmässig ist die Rechtsverzögerung dann, wenn die Umstände, welche zur unangemessenen Verlängerung des Verfahrens führten, objektiv nicht gerechtfertigt sind. Ob sich die gegebene Prozessdauer mit dem dargelegten Anspruch des Bürgers auf Rechtsschutz innert angemessener Frist verträgt oder nicht, ist dabei am konkreten Einzelfall zu prüfen (BGE 103 V 190 E. 3). Durch Rechtsverzögerung wird der verfassungsmässige Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist verletzt.

4.2 Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid nach der Wiedergabe der Parteistandpunkte, der Vernehmlassung sowie der Darlegung der für die Beurteilung massgeblichen Kriterien (BR-act. 11 E. 4.1 - 4.4) den Ablauf gemäss den beigezogenen Akten geschildert. Dieser wird vom Beschwerdeführer grundsätzlich nicht in Abrede gestellt. Es kann vorab darauf verwiesen werden (BR-act. 11 E. 4.5).

Die Vorinstanz geht im angefochtenen Entscheid davon aus, der Beschwerdeführer habe erstmals mit Eingabe vom 26. Juni 2019 die Anordnung vorsorglicher Massnahmen beantragt. Die in den Eingaben vom 26. Februar und 22. Mai 2019 enthaltenen Anmerkungen am Schluss der Eingaben seien nicht als vorsorgliche Massnahmebegehren zu betrachten, und bei einer anwaltlich vertretenen Partei bestehe kein Spielraum für die Annahme von sinngemäss gestellten Anträgen.

Auch die Eingabe des Beschwerdeführers vom 11. April 2019 enthalte keine solchen Anträge. Die KESB habe überdies gegenüber dem Beschwerdeführer am 7. März und am 17. April 2019 eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie keinen dringenden Handlungsbedarf und entsprechend keinen Anlass für die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme von Amtes wegen sehe.

Nur gerade zwei Arbeitstage nach der Stellung der vorsorglichen Massnahmebegehren vom 26. Juni 2019 habe die KESB den Beschwerdeführer angehört. Es sei auch nicht zu beanstanden, dass die KESB vor dieser Anhörung noch keinen Entscheid betreffend superprovisorische Anordnung von Massnahmen gefällt habe. Dass sie keinen solchen fälle, habe sie an der Anhörung mitgeteilt; es könne offen bleiben, ob die KESB gehalten gewesen wäre, die Abweisung der superprovisorischen Massnahmen schriftlich festzuhalten. Der Beschwerdeführer habe weder anlässlich der Anhörung noch in seiner weiteren Eingabe vom 17. Juli 2019 einen schriftlichen Entscheid verlangt. Es sei für den Beschwerdeführer auch klar erkennbar gewesen, dass die KESB als weiteren Verfahrensschritt der Beschwerdegegnerin das rechtliche Gehör zu gewähren gehabt habe, bevor sie über die vorsorglichen Massnahmen entscheiden konnte. Diese Anhörung sei dann zufolge der Unklarheiten im Zusammenhang mit der weiteren Zuständigkeit der KESB (Einleitung einer Unterhaltsklage) erst auf den 5. September 2019 angesetzt worden. Diese Unklarheiten, die in diesem Zusammenhang fehlende, klare Rechtsprechung und feste Praxis könnten der KESB ebenso wenig zum Vorwurf gemacht werden wie die Ferienabwesenheiten der Beschwerdegegnerin und ihrer Rechtsvertreterin. Insgesamt sei nicht feststellbar, dass die KESB das Verfahren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen in rechtsverletzender Art und Weise verzögert habe. Aus den Vorbringen des Beschwerdeführers ergebe sich überdies nicht, inwiefern er auch eine Rechtsverzögerung im Hauptverfahren geltend mache (BR-act. 11 E. 4.7 - 4.9).

4.3 Der Beschwerdeführer macht zusammenfassend geltend, er habe sich bereits mit Eingabe vom 26. Februar 2019 an die KESB gewandt und um die Anordnung eines vorsorglichen Besuchsrechts ersucht. Die KESB habe das Gesuch über mehrere Monate unbehandelt gelassen und das Verfahren schliesslich durch

Nichteintreten aufgrund der Kompetenzattraktion beim Gericht beendet (act. 2 S. 4). Auf die Einwände im Einzelnen ist nachfolgend soweit für die Entscheidungsfindung erheblich einzugehen.

4.4 Vorab ist festzuhalten, dass die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im vorliegenden Verfahren entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers (act. 2 Rz. 48) nicht in der ZPO, sondern im ZGB geregelt sind. Die KESB trifft auf Antrag einer am Verfahren beteiligten Person oder von Amtes wegen alle für die Dauer des Verfahrens notwendigen Massnahmen (Art. 445 Abs. 1 ZGB). Bei besonderer Dringlichkeit kann sie solche sofort ohne Anhörung der am Verfahren beteiligten Personen treffen (Art. 445 Abs. 2 ZGB).

4.5 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen es lägen mit dem Hauptverfahren und dem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen zwei Verfahren vor (act. 2 Rz. 50 ff.). Die Vorinstanz hat dies im angefochtenen Entscheid so festgehalten (BR-act. 11 E. 4.6), was in dieser Form nicht zutrifft. Aufgrund der KESB-Akten ergibt sich, dass das Verfahren vor der KESB einerseits durch die Eingabe des Beschwerdeführers vom 26. Februar 2019 und andererseits durch den von der Kantonspolizei Zürich der KESB übermittelten Polizeirapport eingeleitet wurde (KESB-act. 1 und 6). Die KESB eröffnete am 4. März 2019 ein Verfahren "Prüfung Kindesschutzmassnahmen" (KESB-act. 7). Dieses Verfahren nahm alsdann seinen Lauf und *innerhalb* dieses Verfahrens stellte der Beschwerdeführer seine vorsorglichen Massnahmebegehren. Das KESB-Verfahren wurde mit dem Nichteintretensentscheid vom 24. September 2019 zufolge der nachträglich eingetretenen sachlichen Unzuständigkeit beendet (KESB-act. 80). Einen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen fällte die KESB nicht, was Gegenstand der vorliegenden Rechtsverzögerungsbeschwerde ist.

4.6.1 Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Vorinstanz verkenne den Charakter des kindesschutzrechtlichen Verfahrens vollends. Anders als in einem Zivilprozess sei das Verfahren vor der KESB viel informeller. So habe die fallführende Sachbearbeiterin anlässlich eines Telefonats vom 29. Mai 2019 dem Beschwerdeführer als Reaktion auf dessen Eingabe vom 22. Mai 2019 mitgeteilt,

dass als Nächstes Anhörungen anstünden und "in Bälde" mit einem Entscheid betreffend eine vorsorgliche Besuchsregelung gerechnet werden könne; dies ergebe sich auch aus der Vernehmlassung der KESB im bezirksrätlichen Verfahren. Es sei damit erstellt, dass die KESB spätestens ab dem 29. Mai 2019 den Erlass vorsorglicher Massnahmen prüfte. Die mit Eingabe vom 26. Juni 2019 explizit und formell beantragten vorsorglichen Massnahmen, mit einem neuen Antrag um superprovisorische Anordnung, sei einzig deshalb erfolgt, weil die KESB bis dahin keine vorsorgliche Besuchsregelung verfügt und der Beschwerdeführer immer noch keinen Kontakt zu seinem Sohn gehabt habe (act. 2 S. 15/16 Rz. 52 - 60).

4.6.2 Es trifft zu, dass das Verfahren der KESB anderen Regeln folgt als der Zivilprozess. Es ist denn auch nicht so, dass die KESB im zu beurteilenden Fall erst nach Vorliegen von formellen und konkreten Anträgen tätig wurde. Sie wurde dies, wie gesehen, nach Eingang des Polizeirapports der Kantonspolizei betreffend häusliche Gewalt im Haushalt der Parteien und nachdem sich der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter am 26. Februar 2019 an die KESB gewandt und darauf hingewiesen hatte, dass er nicht wisse, wo sich die Kindsmutter mit dem gemeinsamen Sohn aufhalte (KESB-act. 1 und 6). Die KESB eröffnete am 4. März 2019 ein Verfahren "Prüfung Kindesschutzmassnahmen" (KESB-act. 7) und teilte am 7. März 2019 dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers unter Hinweis auf dessen Eingabe vom 26. Februar 2019 mit, dass nach ihrer Auffassung kein dringender Handlungsbedarf bestehe (KESB-act. 10). Hätte, wie der Beschwerdeführer nunmehr geltend machen will, bereits die Eingabe vom 26. Februar 2019 als Begehren um vorsorgliche Massnahmen aufgefasst werden müssen, dann wäre vom anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer jedenfalls eine entsprechende Reaktion auf das Schreiben der KESB vom 7. März 2019 zu erwarten gewesen.

In der zweitinstanzlichen Beschwerde scheint nun der Beschwerdeführer (mindestens teilweise) von einem späteren Datum auszugehen. Er macht geltend, die KESB hätte spätestens am 29. Mai 2019 die Anordnung vorsorglicher Massnahmen prüfen müssen. Das in diesem Zusammenhang erwähnte Telefonat der fallführenden Fachbearbeiterin der KESB, welches als Reaktion auf seine Eingabe

vom 22. Mai 2019 erfolgt sein soll, ergibt sich aus den KESB-Akten indes nicht. In der Eingabe vom 22. Mai 2019 hatte der Beschwerdeführer Intensivabklärungen der Lebensverhältnisse des Sohnes sowie den Beizug von Akten betreffend die Beschwerdegegnerin sowie die Bestellung eines Verfahrensbeistandes für seinen Sohn gefordert und abschliessend um eine zügige provisorische Regelung er-sucht (KESB-act. 29). Damit anerkannte er neben dem erst am Schluss formulier-ten Anliegen selbst einen Abklärungsbedarf. In der vom Beschwerdeführer zitier-ten Vernehmlassung im bezirksrätlichen Verfahren (BR-act. 5 S. 3) stellt die KESB sodann in Abrede, dass dem Beschwerdeführer im Mai 2019 ein baldiger Erlass eines vorsorglichen Entscheides in Aussicht gestellt worden sei. Vielmehr seien ihm Informationen zum weiteren Vorgehen bzw. eine Anhörung betreffend die Besprechung der Ausgestaltung des persönlichen Verkehrs für die weitere Dauer des Verfahrens in Aussicht gestellt worden, welche denn auch stattgefunden hätten (BR-act. 5 S. 2 und KESB-act. 22 und 31). Die KESB nahm damit das Anliegen des Beschwerdeführers auf, was aber nichts daran ändert, dass der an-waltlich vertretene Beschwerdeführer ein formelles Begehren um Anordnung vor-sorglicher Massnahmen erstmals am 26. Juni 2019 stellte.

4.7 Nachdem dem Beschwerdeführer am 7. März 2019 mitgeteilt worden war, dass seitens der KESB eine Dringlichkeit verneint werde, hörte die KESB am 25. März 2019 die Beschwerdegegnerin an (KESB-act. 12). Am 11. April 2019 liess der Beschwerdeführer gegenüber der KESB seine Anträge betreffend Obhut und Kontaktregelung stellen (KESB-act. 20). Der Eingang der Eingabe wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 17. April 2019 bestätigt. Gleichzeitig wurde er darüber informiert, dass die Beschwerdegegnerin die alleinige Sorge beantragt habe, damit seien die Neuregelung der elterlichen Sorge, die Obhuts- und Kon-taktregelung sowie die beidseitigen Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hängig (KESB-act. 22). Am 17. und 20. Mai 2019 ergingen Erkundi-gungen der KESB bei der Staatsanwaltschaft Zürich zur weiteren Abklärung der persönlichen und familiären Situation des Kindes (KESB-act. 27 und 28). Am 22. Mai 2019 stellte der Beschwerdeführer verschiedene Beweisanträge sowie das Gesuch um Bestellung einer Verfahrensbeistandschaft für C._____ (KESB-act. 29). Am 4. Juni 2019 schlug die KESB der Beschwerdegegnerin verschiede-

ne Termine im Juni/Juli für eine Anhörung vor (KESB-act. 31), die dann auf den 1. Juli 2019 festgelegt wurde (KESB-act. 35). Der Beschwerdeführer seinerseits wurde am 6. Juni 2019 zur Anhörung auf den 2. Juli 2019 vorgeladen (KESB-act. 33). Mit Entscheid vom 4. Juni 2019 war ihm für das KESB-Verfahren die umfassende unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden (KESB-act. 34).

Es ist gestützt auf diesen in den KESB-Akten dokumentierten Ablauf des Verfahrens nicht ersichtlich, inwieweit die KESB das Verfahren bis zur Stellung des vorsorglichen Massnahmebegehrens am 26. Juni 2019 verzögert haben soll. Dass selbst der Beschwerdeführer Abklärungsbedarf sah, zeigen nicht zuletzt seine am 22. Mai 2019 gestellten Beweisanträge (KESB-act. 29). Zu ergänzen bleibt, dass die KESB nicht unbeachtet lassen durfte, dass für den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 5. März 2019 für die Dauer von 14 Tagen ein Kontaktverbot zur Beschwerdegegnerin und dem gemeinsamen Sohn angeordnet wurde (KESB-act. 8), welches mit Urteil des Zwangsmassnahmengerichts des Bezirks Zürich vom 15. März 2019 bis am 19. Juni 2019 verlängert wurde (KESB-act. 14; KESB-act. 30). Wenn der Beschwerdeführer im zweiten Beschwerdeverfahren davon spricht, die KESB habe "immer wieder neue Ausreden" gefunden, nicht zu entscheiden, so zunächst die andauernde Untersuchungshaft des Beschwerdeführers, dann die geltenden Gewaltschutzmassnahmen, wirkt das zumindest befremdlich.

Aus dem geschilderten Ablauf ergibt sich, dass das Verfahren stetig seinen Fortgang nahm. Eine sachlich nicht zu rechtfertigende Verzögerung bis zum 26. Juni 2019 ist zum vorneherein nicht ersichtlich.

4.8.1 Im Zusammenhang mit der von Anfang Juli 2019 auf den 5. September 2019 verschobenen Anhörung der Beschwerdegegnerin macht der Beschwerdeführer geltend, es sei offensichtlich, dass das Argument der bestehenden Unklarheiten bezüglich der Zuständigkeit wegen der im Raum stehenden Unterhaltsklage, vorgeschoben sei. Die Anhörung hätte zweifellos unabhängig von den angeblichen Abklärungen stattfinden können. Es sei nicht ersichtlich und nicht plausibel dargelegt, dass die internen Abklärungen zwei Monate in Anspruch genommen hätten. Der Grund für das Verschieben der Anhörung liege vielmehr im angebli-

chen Versprechen der Beschwerdegegnerin, die entsprechende Unterhaltsklage möglichst rasch zu erheben, womit sich die KESB zusätzliche Arbeit erspart hätte (act. 2 S. 20 f. Rz. 73 ff.).

4.8.2 Die Vorinstanz weist im angefochtenen Entscheid zu Recht darauf hin (BR-act. 11 S. 12), dass dem Beschwerdeführer anlässlich seiner Anhörung bei der KESB am 2. Juli 2019 die Erwägungen der KESB betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen dargelegt wurden. Konkret wurde ihm dargelegt, dass die KESB angesichts des Alters von C._____ sowie der konkreten Umstände einen langsamen, begleiteten Beziehungsaufbau mit zunächst wöchentlichen Kontakten von zwei Stunden erwäge (KESB-act. 49 S. 4). Der Beschwerdeführer passte in der Folge seine Anträge am 17. Juli 2019 an (KESB-act. 57).

Am 11. Juli 2019 hatte die Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin der KESB mitgeteilt, dass sie eine Unterhaltsklage einreichen werde, weshalb der Anhörungstermin für die Beschwerdegegnerin abgenommen wurde (KESB-act. 55). Am 18. Juli 2019 bestätigte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin gegenüber der KESB die Anhängigmachung der Klage (KESB-act. 56) und präziserte auf Nachfrage am 8. August 2019, die Klage sei noch nicht am Gericht, sondern erst beim Friedensrichter anhängig gemacht. Dort finde am 3. September 2019 die Sühnverhandlung statt (KESB-act. 59). Der Beschwerdeführer wurde gleichentags hierüber sowie über die Konsequenzen hinsichtlich der Zuständigkeit orientiert (KESB-act. 60). Der Beschwerdeführer ersuchte am 14. August 2019 telefonisch um Weiterführung des Verfahrens und Erlass eines vorsorglichen Entscheides, worauf ihm von der fallführenden Fachbearbeiterin, welche mit der Verfahrensleitung Kontakt aufgenommen hatte, gleichentags mitgeteilt wurde, dass als nächstes die Beschwerdegegnerin zur Anhörung eingeladen werde und alsdann ein Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen ergehe (KESB-act. 61). Am gleichen Tag erhob der Beschwerdeführer seine Rechtsverzögerungsbeschwerde bei der Vorinstanz und stellte wie gesehen dort sein vorsorgliches Massnahmebegehren (KESB-act. 64/1).

Die Anhörung der Beschwerdegegnerin wurde dann wegen Ferienabwesenheiten auf den 5. September 2019 terminiert (KESB-act. 62) und durchgeführt (KESB-

act. 70). Ebenfalls am 5. September 2019 war die Unterhaltsklage beim Bezirksgericht Hinwil eingereicht worden (KESB-act. 72). Am 9. September 2019 ersuchte die Beschwerdegegnerin bei der fallführenden Fachbearbeiterin der KESB um ein Gespräch mit deren "Chefin" (KESB-act. 71), welches indes nicht zustande kam, weil nach Rücksprache mit dem Bezirksgericht Hinwil dieses die KESB als nicht mehr zuständig erachtete (KESB-act. 76). Am 19. September 2019 wurde der Beschwerdeführer dahingehend informiert, dass ein Nichteintretensentscheid ergehen werde (KESB-act. 77), was am 24. September 2019 passierte (KESB-act. 80).

4.8.3 Angesichts des bereits mehrere Monate bestehenden Kontaktunterbruchs zwischen dem Beschwerdeführer und seinem Sohn erscheint ein gewisser Unmut des Beschwerdeführers zwar verständlich. Indes ist auch mit Bezug auf die Zeit nach Stellung des förmlichen vorsorglichen Massnahmebegehrens am 26. Juni 2019 ein ungerechtfertigtes Verzögern des Verfahrens seitens der KESB nicht ersichtlich. Einerseits ergaben die getätigten Erhebungen der KESB keinen dringenden Handlungsbedarf und es bestand in verschiedener Hinsicht Abklärungsbedarf. Der geschilderte zeitliche Ablauf zeigt andererseits auf, dass die Beschwerdegegnerin die KESB noch vor dem vereinbarten Anhörungstermin Anfang Juli 2019 über ihre Absicht, eine Unterhaltsklage einzureichen (KESB-act. 55), informierte. Die Abnahme des Anhörungstermins war zwar in diesem Zeitpunkt keinesfalls zwingend, wurde indes von der KESB-Fachbearbeiterin sachlich begründet und ergibt keinen Hinweis auf die vom Beschwerdeführer behauptete Verschleppung des Verfahrens. Gestützt auf die KESB-Akten war überdies erst aufgrund der Nachfrage seitens der KESB am 8. August 2019 klar, dass die Unterhaltsklage (– trotz Art. 198 Abs. 1 lit. b^{bis} ZPO –) nicht beim Gericht, sondern beim Friedensrichter anhängig gemacht worden war (KESB-act. 59). Damit war das Gericht noch nicht involviert, weshalb die Kompetenzattraktion beim Gericht im Sinne von Art. 304 Abs. 2 ZPO noch nicht griff. Fest stand damit aber, dass (– mit Ausnahme des Falls, in dem die Beschwerdegegnerin ihre Klage zurückziehen würde –) das Gericht in jedem Fall involviert und die Kompetenzattraktion im Sinne von Art. 304 Abs. 2 ZPO zum Tragen kommen würde, zumal auch eine Einigung der Parteien vor dem Friedensrichter vom Gericht zu genehmigen gewesen

wäre. Wenn die KESB in dieser Situation und bei fehlender Dringlichkeit die Fortsetzung ihres Verfahrens aussetzte bis über den Fortgang des Verfahrens Klarheit bestand, kann dies als unrichtig kritisiert, jedenfalls aber nicht als ungebührlich verzögernd qualifiziert werden.

4.9 Der Beschwerdeführer rügt schliesslich als formelle Rechtsverweigerung, dass die KESB nie einen schriftlichen Entscheid über seinen Antrag vom 26. Juni 2019 auf Anordnung einer superprovisorischen Massnahme gefällt habe (act. 2 Rz. 60 ff.). Die Vorinstanz liess im angefochtenen Entscheid offen, ob die KESB gehalten gewesen wäre, einen schriftlichen Entscheid darüber zu fällen. Im Zusammenhang mit einer Rechtsverzögerungsbeschwerde sei ausschliesslich entscheidend, inwiefern die Vorinstanz ein Verfahren ungebührlich verzögert oder einen bei ihr hängigen Antrag nicht innert angemessener Frist behandelt habe, wobei vorliegend feststehe, dass der Antrag anlässlich der Anhörung zumindest materiell behandelt worden sei (BR-act. 11 S. 14), was der Beschwerdeführer in seiner Beschwerde allerdings in Abrede stellt (BR-act. 2 Rz. 62). Er selbst scheint immerhin davon auszugehen, dass das superprovisorische Begehren anlässlich der Anhörung zur Sprache gekommen ist (act. 2 Rz. 62), was sich dem Anhörungsprotokoll zwar nicht entnehmen lässt (KESB-act. 49), in der vorinstanzlichen Vernehmlassung der KESB indes ebenfalls so dargelegt wurde (BR-act. 5 S. 3).

Dem Beschwerdeführer ist darin zuzustimmen, dass er angesichts des gestellten formellen Antrages auf Anordnung superprovisorischer Massnahmen grundsätzlich Anspruch darauf hatte, dass hierüber auch formell entschieden würde. Dies ist unstrittig nicht geschehen. Es stellt dies eine formelle Rechtsverweigerung dar (vgl. vorne E. 4.1). Eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes, wie es der Beschwerdeführer in seinem Eventualantrag einzig festgestellt haben will (act. 2 S. 2 Ziff. 3), ergibt sich daraus indessen nicht: Sein Anliegen, nämlich die Prüfung einer superprovisorischen Massnahme, war auch nach seiner Darstellung anlässlich der Anhörung offenbar thematisiert worden. Der Beschwerdeführer konnte sich an der Anhörung überdies mit dem von der KESB in Aussicht genommenen langsamen Wiederaufbau der Kontakte zu seinem Sohn einverstanden erklären (KESB-act. 49 S. 4), worin sinngemäss auch der Verzicht auf eine superprovisori-

sche Anordnung erblickt werden könnte. Die formelle Rechtsverweigerung wirkte sich – wie die Vorinstanz zu Recht festhielt – nicht auf das vorliegende Verfahren aus.

4.10 Insgesamt erweist sich die geltend gemachte Rechtsverzögerung als unbegründet. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots durch die KESB liegt nicht vor. Die Beschwerde ist insoweit (Rechtsbegehren Ziff. 3) abzuweisen.

5. Wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt, kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht davon ausgegangen werden, er habe bereits am 26. Februar 2019 vorsorgliche Massnahmen beantragt. Er beantragte solche erstmals formell am 26. Juni 2019. Sodann zeigt der dargelegte Verlauf des Verfahrens vor der KESB, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dieses sei in Verletzung des Beschleunigungsgebots ungerechtfertigt verzögert worden. Dass die KESB nicht formell über das Begehren um superprovisorische Massnahme entschied, wirkte sich hierauf nicht aus. Für die Beurteilung der Aussichten der Rechtsverzögerungsbeschwerde kann es sodann nicht darauf ankommen, dass für den Beschwerdeführer die rasche Kontaktwiederherstellung zu seinem Sohn subjektiv von grosser Bedeutung ist. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz für den Zeitpunkt der Erhebung der vorinstanzlichen Beschwerde deren Gewinnaussichten von vornherein als gegenüber den Verlustgefahren als beträchtlich geringer einschätzte und die Aussichtslosigkeit der Beschwerde bejahte (vgl. HUBER, DIKE-Komm ZPO, 2.A., Art. 117 N 59). Dass das vorinstanzlich gestellte vorsorgliche Massnahmebegehren als aussichtslos qualifiziert worden war, hat der Beschwerdeführer im zweiten Beschwerdeverfahren nicht in Frage gestellt. Wenn auf das Rechtsbegehren Ziff. 4 eingetreten werden könnte, wäre es abzuweisen.

III.

1. Ist die Beschwerde abzuweisen, wird der Beschwerdeführer für das obergerichtliche Verfahren grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 ZPO i.V.m. § 40 EG KESR). Er stellt auch für dieses Verfahren das Gesuch um

Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 3 und S. 26 f. Rz. 98 f.). Gemäss Art. 117 ZPO hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wer nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, sofern die gestellten Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheinen. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst auch die gerichtliche Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2. Die Vorinstanz hat sich zur Mittellosigkeit des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 117 ZPO nicht explizit geäussert, wie der Beschwerdeführer in der Beschwerde darzustellen versucht (act. 2 Rz. 99). Sie verzichtete indes auf die Erhebung von Entscheidgebühren aufgrund der Umstände, insbesondere der finanziellen Situation des Beschwerdeführers (BR-act. 11 S. 16 E. 5.2).

Zum Nachweis der Mittellosigkeit verweist der Beschwerdeführer in der zweitinstanzlichen Beschwerde auf Unterlagen in den Akten des bezirksrätlichen Verfahrens, in welchen Ausgaben für die Krankenkasse in der Höhe von CHF 252.20 für KVG und CHF 22.50 für VVG belegt werden (BR-act. 2/3a und 3b) sowie die Kosten für die Untermiete ab 1. Juli 2019 in der Höhe von CHF 500.00 (BR-act. 10/2). Des weiteren liegt ein Kontoauszug bei den vorinstanzlichen Akten, welcher per 31. Juli 2019 einen Saldo von CHF 850.07 ausweist (BR-act. 2/2) und eine Auskunft über Einkommen und Vermögen des Steueramtes des Kantons Zürich, welche für das Jahr 2017 ein minimales Einkommen ausweist und für das Jahr 2018 keine Angaben enthält (BR-act. 2/4). Das Lohnblatt der D._____ GmbH für das Jahr 2019 weist ein Einkommen des Beschwerdeführers von CHF 1'844.50 für den Monat Mai 2019 und ein solches von CHF 1'583.75 für den Monat Juni 2019 aus (BR-act. 10/1). Welches Einkommen der Beschwerdeführer gegenwärtig erzielt, ist nicht dargelegt. Auch wenn fraglich erscheint, ob der Beschwerdeführer mit diesen punktuellen, und im vorliegenden Verfahren nicht aktualisierten Angaben und Belegen seiner Mitwirkungspflicht hinreichend nachgekommen ist, erscheint es gerade noch als glaubhaft, dass der Beschwerdeführer als mittellos gelten kann.

Das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht erscheint in der Sache, das heisst mit Bezug auf die geltend gemachte Rechtsverzögerung, wiederum sofort als aussichtslos. Die Aussichtslosigkeit als Ganzes ist für die Rechtsmittelerhebung indes deshalb zu verneinen, weil aufgrund der Gehörsverletzung durch die Vorinstanz es jedenfalls gerechtfertigt war, das Beschwerdeverfahren einzuleiten. Für das zweite Beschwerdeverfahren ist daher dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es ist ihm in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

3. Der Beschwerdeführer unterliegt zwar auch im zweiten Beschwerdeverfahren. Aufgrund der erwähnten der Gehörsverletzung durch die Vorinstanz sind ihm die Kosten indes nur im Umfang der Hälfte aufzuerlegen; dies unter Hinweis auf die ihm gewährte unentgeltliche Rechtspflege. Dem unentgeltlichen Rechtsbeistand wird nach Vorlage seiner Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen im zweiten Beschwerdeverfahren die Parteientschädigung auszurichten sein (§ 23 der Anwaltsgebührenverordnung AnwGebV des Obergerichts vom 10. September 2010). Dabei ist bereits heute darauf hinzuweisen, dass der Zeitaufwand nur eines von mehreren Kriterien bildet für die Festlegung der Entschädigung (§ 5 AnwGebV). Für die dem Beschwerdeführer aufzuerlegenden hälftigen Kosten sowie für die Entschädigung des Rechtsvertreters besteht eine Nachzahlungspflicht, sobald der Beschwerdeführer dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

4. Eine Entschädigung für die Beschwerdegegnerin ist nicht auszurichten, weil ihr durch das Verfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird beschlossen:

1. Dem Beschwerdeführer wird für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlung gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

2. Auf den Antrag des Beschwerdeführers es sei ihm für das vorinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtsbeistandung zu gewähren und ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben, wird nicht eingetreten.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachstehenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen soweit darauf eingetreten werden kann. Das Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 25. September 2019 wird bestätigt.
2. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden dem Beschwerdeführer zur Hälfte auferlegt, zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Prozessführung indes einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlung gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Im Übrigen werden die Gerichtskosten auf die Gerichtskasse genommen.
4. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters erfolgt mit separatem Beschluss. Im Übrigen werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 2, und an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen, sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, je gegen Empfangsschein.

6. 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:

MLaw A. Ochsner

versandt am: