

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ170017-O/U

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

Beschluss und Urteil vom 13. April 2017

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

betreffend **gemeinsame elterliche Sorge**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 16. Dezember 2016 i.S. C. _____, geb. tt.mm.2003; VO.2016.38 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)

Erwägungen:

I.

1.1 Die Parteien sind die nicht miteinander verheirateten Eltern von C._____, geb. tt.mm.2003. Der Beschwerdegegner und Vater hat C._____ am 26. Mai 2004 als sein Kind anerkannt (KESB-Vorakten, act. 10/4). Die Eltern unterzeichneten am 12. April 2005 einen Unterhaltsvertrag, der mit Beschluss der damals zuständigen Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich vom 19. April 2005 genehmigt worden ist (KESB-Vorakten, act. 10/7 und 10/8). Die Kindseltern lebten zwischen 2006 und 2009 zusammen mit dem Kind, im Jahre 2010 kam es zur definitiven Trennung. C._____ lebte alsdann wie bis anhin bei der Mutter.

1.2 Am 13. August 2010 beantragte der Vater ein geregeltes Besuchsrecht, es wurden die Kindseltern und auch das Kind angehört (KESB-Vorakten, act. 10/13, 10/18, 10/20, 10/22). Mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich vom 18. Januar 2011 wurde eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet, insbesondere um eine einvernehmliche Besuchsregelung zu erarbeiten. Mit der Durchführung der Beistandschaft wurde die Vormundschaftsbehörde D._____ beauftragt, nachdem die Mutter mit der Tochter nach D._____ gezogen war und sich die Vormundschaftsbehörde D._____ nach Anhörung der Parteien zur Übernahme der Beistandschaft bereit erklärt hatte (KESB-Vorakten, act. 10/29, 10/30 und 10/34). Auffälligkeiten und eine Gefährdungsmeldung der Schule führten zu einer neuropsychologischen Untersuchung des Kindes. Im Untersuchungsbericht vom 16. Februar 2012 des Instituts für Neuropsychologische Diagnostik und Bildgebung (INDB) wurden mittelgradige Defizite in den Aufmerksamkeits- und Exekutivfunktionen, eine Aufmerksamkeitsdefizit- / Hyperaktivitätsstörung (ADHS) sowie Dyskalkulie diagnostiziert (KESB-Vorakten, act. 10/53). Ein Bericht der Kompetenzorientierten Familienarbeit (KOFA) vom 19. März 2012 empfahl ein Gutachten zur Erziehungsfähigkeit der Mutter und die sofortige Platzierung des Kindes, evtl. bei der Grossmutter (KESB-Vorakten, act. 10/55). Am 20. April 2012 wurde die Obhut der Mutter über das Kind superprovisorisch aufgehoben (KESB-Vorakten, act. 10/68). Im KOFA-Bericht waren die Abklärenden

zum Schluss gekommen, dass das Kindeswohl durch die Verhaltensweise der Mutter sowie aufgrund ihres seelischen Zustandes derzeit nicht gewährleistet sei. Ausserdem lehne die Mutter derzeit eine weitergehende Abklärung und Behandlung von C._____ ab. Am 27. April 2012 beschloss die Vormundschaftsbehörde D._____ die Unterbringung von C._____ bei einer Pflegefamilie (KESB-Vorakten, act. 10/79).

1.3 Nachdem sich ergeben hatte, dass C._____ eine besondere Schule braucht, und nach Anhörung der Parteien und von C._____ am 10., 17. und 22. Juli 2013 (KESB-act. 18, 20 und 26) beschloss die nunmehr zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen (nachfolgend KESB) am 2. August 2013 u.a. die Umplatzierung von C._____ von der Pflegefamilie in das ...-Haus E._____. Sie legte fest, dass C._____ ein Wochenende pro Monat und in den Ferien jeweils eine Woche bei der Mutter verbringen und die Mutter C._____ einmal monatlich besuchen dürfe. Dem Beistand wurden sodann weitere Aufgaben übertragen, u.a. die Katzenallergie bei C._____ abzuklären, den Vater fortlaufend zu informieren und – nach Beendigung des psychiatrischen Gutachtens über C._____ – unter Berücksichtigung der Resultate den Kontakt des Kindes zum Vater gegebenenfalls sorgfältig und begleitet aufzubauen (KESB-act. 28). Nach Eingang des Gutachtens des Marie Meierhofer Instituts für das Kind (MMI) vom 12. November 2013 und Anhörung der Parteien und des Kindes dazu (KESB-act. 55, 56, 61 und 64) beschloss die KESB mit Entscheid vom 18. Dezember 2013 die Aufrechterhaltung des Obhutsentzugs der Mutter. Sie wies des Weiteren den Antrag auf Beistandswechsel ab und ordnete ein stufenweise auszubauendes, zunächst begleitetes und alsdann unbegleitetes Besuchsrecht des Vaters an; dies nachdem das Gutachten des MMI zum Schluss gekommen war, dass die Einleitung eines Kontakts zwischen C._____ und dem Vater notwendig sei. Für C._____ wurde eine psychotherapeutische Massnahme angeordnet, für die Mutter eine Erziehungsberatung. Alsdann wurden beide Elternteile angewiesen, alles zu unterlassen, was das Verhältnis von C._____ zum andern Elternteil beeinträchtigt oder die Aufgabe der erziehenden Person erschwert (KESB-act. 66). Gegen das angeordnete *unbegleitete* Besuchsrecht wandte sich die nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin mit Be-

schwerde (KESB-act. 77). Der Bezirksrat Winterthur wies die Beschwerde mit Urteil vom 16. Mai 2014 ab (KESB-act. 93).

1.4 Auf Antrag des Beistandes entschied die KESB nach Anhörung der Parteien und von C._____ mit Entscheid vom 19. Dezember 2014, umgehend eine ärztliche Zweitmeinung betreffend allfällige Allergien von C._____ einzuholen. Entsprechend wies sie die Mutter an, den zuständigen Arzt von seiner Schweigepflicht gegenüber der KESB sowie dem Beistand zu entbinden. Sodann erklärte sie den Vater für berechtigt, seine Tochter C._____ für eine Übernachtung vom 26. auf den 27. Dezember 2014 zu oder mit sich auf Besuch zu nehmen (KESB-act. 119). Die Mutter wehrte sich mit Beschwerde gegen die Einholung einer ärztlichen Zweitmeinung sowie gegen die ihr erteilte Weisung (KESB-act. 125/1), der Bezirksrat wies die Beschwerde mit Urteil vom 9. März 2015 ab (KESB-act. 133).

1.5 Am 26. Januar 2015 beantragte der Beistand für den Vater ein gerichtsbliches Besuchsrecht, nachdem sich der mit Beschluss vom 18. Dezember 2013 angeordnete behutsame Kontaktaufbau zwischen Tochter und Vater in jeder Hinsicht erfreulich entwickelt habe (KESB-act. 124). Nach Anhörung der Parteien am 14. und 21. April 2015 (KESB-act. 141 und 145) und von C._____ am 27. Mai 2015 (KESB-act. 149) wurde dem Vater mit Beschluss der KESB vom 23. Juni 2015 ein vierzehntägiges Wochenendbesuchsrecht (unter Berücksichtigung der heiminternen Termine) sowie ein Feiertags- und Ferienbesuchsrecht eingeräumt; die Erziehungsbeistandschaft wurde belassen und die Befugnisse des Beistandes wurden angepasst (KESB-act. 150).

Im Zusammenhang mit dem im Raum stehenden gemeinsamen Sorgerecht wurde den Parteien Gelegenheit zur gemeinsamen Erklärung gegeben (KESB-act. 156). Der Vater begründete seinen Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge (KESB-act. 162) und wurde erneut angehört (KESB-act. 160A), die Mutter nahm ablehnend dazu Stellung und verzichtete auf eine Anhörung (KESB-act. 161). Am 5. April 2016 ordnete die KESB die gemeinsame elterliche Sorge an (KESB-act. 180).

1.6 Gemäss den KESB-Akten sind heute folgende Verfahren noch offen: Allergieabklärung von C._____ (Zweitmeinung und weitere Abklärungen) sowie ein Strafverfahren. Die ergänzende Allergieabklärung konnte durch den Beistand veranlasst werden, für die Herausgabe der Abklärungsergebnisse fehlt allerdings eine Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht (BR-act. 9). Was das Strafverfahren betrifft, soll gemäss einem ersten Polizeirapport vom 22. April 2016 ein Mitschüler (damals Freund von C._____) C._____ während einer Übernachtung beim Vater zu Hause im eigenen Schlafzimmer vergewaltigt haben (Polizeirapport in KESB-act. 198/2). Da die Mutter ein Gespräch der Polizei mit C._____ ohne ihr Beisein verweigerte, beantragte die Kantonspolizei Zürich am 22. Juli 2016 die Bestellung einer Vertretungsbeistandschaft für das Kind (KESB-act. 198/1). Ein solcher Vertretungsbeistand im Sinne von Art. 306 Abs. 2 ZGB wurde für C._____ mit Entscheid der KESB vom 8. September 2016 bestellt (KESB-act. 211). Als dann liegt ein Interventionsbericht der Kantonspolizei Thurgau vom 14. Juni 2016 in den Akten, gemäss welchem es beim Vater zwischen diesem und seiner Ex-Partnerin zu einer tätlichen Auseinandersetzung gekommen sei (KESB-act. 192/1 und 192/2).

2. Am 6. Mai 2016 erhob die Mutter Beschwerde gegen den Entscheid der KESB vom 5. April 2016. Sie verlangte die Aufhebung der angeordneten gemeinsamen elterlichen Sorge und der damit verbundenen Anordnungen sowie die Aufhebung der Einschränkung ihrer elterlichen Sorge im Bereich der medizinischen Abklärungen von C._____ betreffend die Allergien (BR-act. 1). Nach Eingang der Stellungnahme der KESB vom 14. Juni 2016 (BR-act. 6) – der Vater hatte die ihm zugeschickte Beschwerde und Fristansetzung ebenso wenig wie die Stellungnahme der KESB abgeholt (BR-act. 5 und 8), sich allerdings am 16. September 2016 telefonisch nach der Beschwerde erkundigt (BR-act. 13) – erging am 16. Dezember 2016 das Urteil des Bezirksrates (BR-act. 17 = act. 4/2 = act. 7). Dieses wurde der Beschwerdeführerin am 10. Januar 2017 zugestellt (BR-act. 17A). Der Beschwerdegegner holte den ihm zugestellten Entscheid nicht ab (BR-act. 20).

3. Am 8. Februar 2017 erhob die Beschwerdeführerin hierorts Beschwerde. Sie beantragt (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei Dispositiv Ziff. 1 des Urteils des Bezirksrates Winterthur vom 16. Dezember 2016 insoweit aufzuheben, als damit die Beschwerde gegen Dispositiv Ziff. 1 des Entscheides der KESB Winterthur-Andelfingen vom 5. April 2016 abgewiesen wird, und es sei die alleinige elterliche Sorge für C._____, geb. tt.mm.2003, bei der Beschwerdeführerin zu belassen;
2. Es sei der Beschwerdeführerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihr in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beschwerdegegners."

Die Akten des Bezirksrates und der KESB wurden beigezogen (act. 8/1 - 8/22, act. 9/1 - 9/219, act. 10 [ohne Aktenverzeichnis]). Mit Verfügung vom 24. Februar 2017 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 11). Die Sendung holte er wiederum nicht ab (act. 12).

4. Der Beschwerdegegner hat zwar bereits vor Vorinstanz die ihm zugestellten Sendungen nicht abgeholt (BR-act. 5, 8 und 20). Über das Beschwerdeverfahren betreffend die ursprünglich von ihm beantragte gemeinsame elterliche Sorge war er indessen aufgrund seiner telefonischen Anfrage aktenkundig orientiert (BR-act. 13). Gestützt auf Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 138 Abs. 3 ZPO hat die Fristansetzung gemäss Verfügung vom 24. Februar 2017 als am siebten Tag nach erfolglosem Zustellversuch zugestellt zu gelten, mithin am 7. März 2017 (act. 12, Anhang). Die dem Beschwerdegegner angesetzte Frist für die Erstattung der Beschwerdeantwort lief damit bis am 6. April 2017. Da sie unbenutzt verstrichen ist, ist androhungsgemäss das Verfahren ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen. Das Verfahren erweist sich heute als 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 Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) sinngemäss (Art. 450f ZGB; § 40 EG KESR). Das Obergericht ist für Beschwerden gegen Entscheide des Bezirksrates zuständig (§ 64 EG KESR), die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde ohne weiteres legitimiert (Art. 450 Abs. 2 ZGB). Die am 8. Februar 2017 erhobene Beschwerde ist rechtzeitig (act. 2 i.V.m. BR-act. 17A); dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und Unangemessenheit gerügt werden (Art. 450a ZGB). Im Verfahren des Kindes- und Erwachsenenschutzes – und sinngemäss auch im Rechtsmittelverfahren (jedenfalls im Rahmen der geltend gemachten Rügen und Anträge) – gilt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 446 i.V.m. Art. 314 ZGB; § 65 EG KESR). Die Behörde hat den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und ist verpflichtet, alle notwendigen und geeigneten Abklärungen vorzunehmen, um den rechtlich relevanten Sachverhalt zu ermitteln (STECK, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 446 ZGB N 8 - 12 und Art. 450a ZGB N 4).

3. Die Beschwerdeführerin wendet sich im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren nur noch gegen die Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Die weiteren Regelungen gemäss (dem vom Bezirksrat bestätigten) Entscheid der KESB vom 5. April 2016, insbesondere die noch vor Vorinstanz ebenfalls angefochtenen Dispositiv-Ziffern 2 und 4 lit. a und b (Nebenpunkte in Bezug auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter und das Besuchsrecht beider Eltern sowie Einbezug des Vaters), werden im zweiten Beschwerdeverfahren nicht mehr eigens angefochten. Es bleibt insoweit beim bezirksrätlichen Entscheid, wobei die Regelungen als Folge des zu fällenden Entscheides hinfällig werden. Dispositiv

Ziff. 5 des Entscheides der KESB (Beschränkung der elterlichen Sorge der Mutter betreffend Allergieabklärungen) wurde vom Bezirksrat antragsgemäss aufgehoben und ist ebenso wenig Teil des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens.

4. Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerde eine Verletzung von Art. 298d ZGB. Die Neuregelung der elterlichen Sorge unverheirateter Eltern erfordere eine wesentliche Änderung der Verhältnisse. Von einer solchen könne vorliegend aber keine Rede sein (act. 2 S. 5). Ausserdem habe sich die Vorinstanz mit ihrem Einwand, dass gestützt auf Art. 275a Abs. 1 ZGB die Mitgestaltung der Kinderbelange für den Beschwerdegegner auch ohne elterliche Sorge gewährleistet sei, nicht auseinandergesetzt (act. 2 S. 6). Es ist darauf nachstehend, soweit dies für die Entscheidungsfindung erheblich ist, näher einzugehen. Der Beschwerdegegner hat sich wie gesehen nicht vernehmen lassen.

5. Seit dem 1. Juli 2014 ist das neue Sorgerecht in Kraft, gemäss welchem die gemeinsame elterliche Sorge auch bei unverheirateten Eltern die Regel bildet. Nach Inkrafttreten des neuen Rechts konnte jeder nicht sorgeberechtigte Elternteil innert Jahresfrist die gemeinsame Sorge beantragen (Art. 12 Abs. 4 SchIT ZGB). Nach Ablauf der Jahresfrist kann die altrechtliche Zuteilung der elterlichen Sorge nur geändert werden, wenn dies wegen einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes notwendig ist (Art. 134 Abs. 1 und Art. 298d Abs. 1 ZGB).

6.1 Im Zusammenhang mit der gemeinsamen elterlichen Sorge ergibt sich aus den Akten das Folgende: Anlässlich der Anhörung des Vaters am 14. April 2015 erkundigte sich dieser nach der gemeinsamen elterlichen Sorge, worauf die Fachmitarbeiterin der KESB ihn über die Gesetzeslage und den Inhalt der gemeinsamen elterlichen Sorge aufklärte. Der Vater teilte mit, dass er sich den Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge überlegen und ihn allenfalls mit dem Beistand besprechen werde. Zum heutigen Zeitpunkt wolle er den Antrag aber noch nicht stellen. Es sei kein günstiger Moment unter Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen ihm und der Mutter (KESB-act. 141). Gemäss Telefonnotiz vom 21. Mai 2015 rief die Fachmitarbeiterin der KESB den Vater an und orientierte ihn über den Stand des Verfahrens. Sie nahm alsdann Bezug auf die Anhörung vom

14. April 2015 und erklärte, dass ein unbegründeter Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge bis Ende Juni 2015 eingereicht werden könne. Danach könne immer noch ein Antrag gestellt werden, dieser müsse aber begründet werden und es müssten veränderte Verhältnisse vorliegen, welche ihres Erachtens vorlägen. Trotzdem solle er – falls ihm die gemeinsame elterliche Sorge wichtig sei – dies mit dem Beistand besprechen und Antrag stellen. Der Vater nahm dies zur Kenntnis und teilte mit, dass ihm die gemeinsame elterliche Sorge am Herzen liege, jetzt aber nicht der richtige Zeitpunkt dafür sei. Er warte lieber ab, bis die Kindsmutter auch noch mehr einlenke ... (KESB-act. 148). Gemäss Telefonnotiz vom 7. Juli 2015 informierte der Vater die KESB, dass er am Antrag der gemeinsamen Sorge festhalte (KESB-act. 154).

Mit Schreiben vom 6. August 2015 teilte die KESB den Eltern mit, dass anlässlich einer Behördensitzung vom 23. Juni 2015 verlangt worden sei, das mit dem Vater geführte Gespräch hinsichtlich der gemeinsamen elterlichen Sorge als Antrag im Sinne der Rechtshängigkeit aufzunehmen und dies in einer erneuten Kontaktnahme zu klären, worauf am 7. Juli 2015 der Vater seinen Antrag bestätigt habe. Die Mutter wurde ersucht, innert Frist die Erklärung zur gemeinsamen elterlichen Sorge zu unterzeichnen oder ihre Stellungnahme dazu abzugeben (KESB-act. 156).

Die Mutter stellte sich gegen die gemeinsame elterliche Sorge und kritisierte mit Eingabe vom 28. August 2015 das Vorgehen der KESB (KESB-act. 157). Ein Gespräch darüber wünschte die Mutter nicht (KESB-act. 161). Am 11. November 2015 liess der Vater der KESB seine "Bewerbung" für das gemeinsame Sorgerecht als Anhang zu einer E-Mail zukommen (KESB-act. 162). Dem Rechtsvertreter der Mutter wurde mit Schreiben vom 13. Januar 2016 mitgeteilt, dass der Antrag im Rahmen der Prüfung von veränderten Verhältnissen behandelt werde, welche aufgrund des gelungenen Kontakt- und Beziehungsaufbaus zwischen C._____ und dem Vater in den letzten Jahren als gegeben zu erachten seien (KESB-act. 168). In ihrer Stellungnahme vom 15. Februar 2016 stellte sich die Mutter gegen die gemeinsame elterliche Sorge (Akten KESB, zwischen act. 174

und 175). Mit Beschluss vom 5. April 2016 wurde C._____ unter die gemeinsame elterliche Sorge ihrer Eltern gestellt (KESB-act. 180).

6.2 Sowohl KESB als auch Bezirksrat gehen in ihren Entscheiden davon aus, es sei der Antrag des Vaters auf Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Rahmen von Art. 298d ZGB zu prüfen. Dem ist zu folgen. Aufgrund des Gesagten erhellt, dass der Beschwerdegegner innert der Jahresfrist gemäss Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB *keinen* Antrag auf gemeinsame elterliche Sorge gestellt hat.

6.3 Gemäss Art. 298d Abs. 1 ZGB ist auf Begehren eines Elternteils die Zuteilung der elterlichen Sorge neu zu regeln, wenn dies wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Die Neuregelung ist nur möglich bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse und zur Wahrung des Kindeswohls. Ob eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse vorliegt, beurteilt sich aufgrund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls. Die Beurteilung des Kindeswohls entspricht dabei derjenigen bei der Regelung des Sorgerechts im Rahmen von Art. 298b ZGB. Entscheidend ist stets das Kindeswohl (BGer 5A_310/2013, Urteil vom 18. Juni 2013 mit zahlreichen Hinweisen).

Bei einem Wechsel von der Alleinsorge eines Elternteils zur gemeinsamen Sorge genügt es bei einer Abänderung nicht, dass eine andere Regelung der elterlichen Sorge ebenfalls mit dem Kindeswohl vereinbar ist. Erforderlich ist vielmehr, dass die bisherige Zuteilung nicht mehr dem Kindeswohl entspricht. Dies ist dann der Fall, wenn die Beibehaltung der geltenden Regelung das Wohl des Kindes ernsthaft zu gefährden droht bzw. dem Kind mehr schadet als ihre Änderung und der damit verbundene Verlust an Kontinuität in der Erziehung und den Lebensumständen (SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB, 5. A., Art. 298d N 2 - 4 mit Hinweisen auf: BGer 5A_29/2013, Urteil vom 4. April 2013; 5A_105/2012, Urteil vom 9. März 2012). Im Allgemeinen kann für die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge gemäss Art. 298 ff. ZGB ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit genügen, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt und von einer Alleinzuteilung eine Verbesserung erwartet werden kann. Das gemeinsame elterliche Sorgerecht wird zur inhaltslosen Hülse, wenn ein Zusammenwirken nicht möglich ist, und es liegt in aller Regel nicht im

Kindeswohl, wenn die Kindesschutzbehörde oder gar der Richter andauernd die Entscheidungen treffen muss, für welche es bei gemeinsamer Sorge der elterlichen Einigung bedarf. Die bloss formale Aufrechterhaltung oder Anordnung der gemeinsamen Sorge über das Kindeswohl zu stellen, liesse sich nicht mit dem Grundgedanken des Kindesrechts vereinbaren (BGE 141 III 472 E. 4.6).

6.4 Vorliegend ist unbestritten, dass C._____ seit ihrer Geburt unter der alleinigen Sorge der Mutter steht. Die Vorinstanz geht davon aus, dass sich die Beziehung von C._____ zum Vater in den letzten zwei Jahren stark und damit wesentlich veränderte, weshalb ein stärkerer Einbezug des Vaters in ihr Leben zum Wohle von C._____ erscheine. Zwar bestehe aktenkundig ein chronifizierter Dauerkonflikt zwischen den Eltern, der so weit gehe, dass die Beschwerdeführerin sich nicht im selben Raum aufhalten könne wie der Beschwerdegegner. Dennoch sei vorliegend nicht davon auszugehen, dass eine gemeinsame elterliche Sorge einfach zur inhaltslosen Hülse verkomme. C._____ sei im Heim platziert und es seien derzeit im Alltag nicht grosse Entscheide zu treffen. Zudem sei der Mutter das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und das Besuchsrecht geregelt sowie dem Kind ein Beistand beigegeben und schliesslich sei auch aktenkundig, dass die Mutter in Ausübung der elterlichen Sorge von C._____ nicht immer angemessen handle. Aufgrund der speziellen Konstellation von C._____ würde die Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge in diesem konkreten Fall C._____ nicht mehr oder weniger in einen Konflikt stürzen als bisher, weshalb die gemeinsame elterliche Sorge zum Wohle von C._____ sei (act. 7 S. 9/10).

6.5 Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, selbst die Vorinstanz gehe davon aus, dass dort, wo den Eltern die Sorge gemeinsam obliege, es erforderlich sei, dass diese in Bezug auf die grundsätzlichen Kinderbelange ein Mindestmass an Übereinstimmung aufweisen und wenigstens im Ansatz einvernehmlich handeln können. Sei dies nicht der Fall, so führe nach richtiger Ansicht der Vorinstanz ein gemeinsames Sorgerecht fast zwangsläufig zu einer Belastung des Kindes, welche anwachse, sobald das Kind das fehlende Einvernehmen der Eltern selbst wahrnehmen könne. Vorliegend hätten der schwerwiegende chronische Dauerkonflikt und die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit der Kindsel-

tern seit Jahren Bestand, und günstigere Verhältnisse seien nicht absehbar. Während heute die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer alleinigen elterlichen Sorge für C._____ wichtige Entscheidungen ohne Verzug allein treffen könne, würde es bei gemeinsamer Sorge aufgrund der fehlenden Konsensfähigkeit der Kindseltern zwangsläufig zu Verzögerungen und behördlichen Stichentscheiden kommen. Es möge sein, dass derzeit nicht grosse Entscheidungen anstünden, doch würden solche in Zukunft mit Sicherheit anstehen. Auch ohne elterliche Sorge sei die Mitgestaltung der Kinderbelange für den Beschwerdegegner gestützt auf Art. 275a Abs. 1 ZGB gewährleistet (act. 2 S. 4 - 6).

6.6 Die von Gesetzes wegen verlangte wesentliche Änderung der Verhältnisse sieht die Vorinstanz wie auch die KESB im Wesentlichen in der Verbesserung der Beziehung zwischen dem Vater und der Tochter bzw. in dem in den vergangenen Jahren erfolgreich verlaufenen Wiederaufbau des Kontaktes zwischen Vater und Tochter, welcher ab ca. 2010 bis zum Wiederbeginn der Kontakte ab Dezember 2013 gänzlich unterbrochen war. Unter dem Vorbehalt, dass sich aus dem laufenden Strafverfahren nicht Gegenteiliges ergibt, erscheint es nachvollziehbar, den Vater auch in die elterliche Sorge einzubeziehen. Ebenso wie die erfreuliche Entwicklung des Vater-Kind-Kontaktes steht auf der anderen Seite fest, dass sich die Beziehung zwischen den Parteien nicht verbessert hat. Auch die Vorinstanz geht wie gesehen von einem chronifizierten Dauerkonflikt aus; die Parteien können in keiner Art und Weise ohne Drittpersonen miteinander kommunizieren. Im Zeitraum kurz bevor der Vater seinen Antrag auf gemeinsame Sorge gestellt hatte, kam er selbst denn auch zum Schluss, dass der richtige Zeitpunkt für die gemeinsame elterliche Sorge noch nicht gekommen sei und er lieber warte, bis die Mutter einlenke (KESB-act. 148).

Zutreffend ist zwar, dass im gegenwärtigen Setting eine direkte Kommunikation zwischen den Eltern nicht zwingend nötig ist, weil C._____ einerseits im ...-Haus lebt und die Kontakte zu den Elternteilen von dort aus und über den Beistand erfolgen. Der Beistand pflegt die Kontakte zur Mutter und zum Vater je separat und er ist es auch, der im Zusammenhang mit den medizinischen Abklärungen bzw. mit der Befragung von C._____ im Rahmen des Strafverfahrens an die KESB ge-

langte. Sein Koordinationsaufwand würde sich bei Anordnung der gemeinsamen Sorge erhöhen, sobald sich Fragen von grösserer Tragweite stellten, da keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Eltern auch nur minimal zusammenwirken können; die Konfliktpunkte mehrten sich entsprechend. Gleiches wäre zu erwarten, sobald sich hinsichtlich der Platzierung von C._____ Änderungen abzeichnen. Nachdem die Allergieabklärungen und sich allfällige daraus ergebende Konsequenzen nicht abgeschlossen sind, bestehen diesbezüglich wie auch mit Bezug auf den Verlauf des Strafverfahrens erhebliche Unsicherheiten. Bei der gegebenen Konfliktsituation ist zu erwarten, dass gemeinsam zu treffende Entscheidungen regelmässig und noch vermehrt als bereits heute vom Beistand bzw. von der KESB zu entscheiden wären, was nicht im Kindeswohl liegt und dem Sinn der gemeinsamen elterlichen Sorge widerspricht. Die Neuregelung lässt gegenüber der heutigen Regelung insgesamt keine Situation erwarten, welche C._____ weniger schadet als die heutige; im Gegenteil birgt sie zusätzliches Konfliktpotenzial, das sich zum Schaden des Kindes auswirken kann. Bei diesen Verhältnissen erweist sich die Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge derzeit als nicht angezeigt. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und es ist in teilweiser Aufhebung von Dispositiv Ziffer I des Urteils des Bezirksrats Winterthur vom 16. Dezember 2016 sowie in Aufhebung von Dispositiv Ziffer 1 des Entscheids der KESB vom 5. April 2016 die alleinige elterliche Sorge über C._____ bei der Beschwerdeführerin zu belassen. Davon unberührt bleibt der mit Entscheid der KESB vom 18. Dezember 2013 aufrechterhaltene Obhutsentzug.

7. Mit der Beschwerdeführerin sei darauf hingewiesen, dass Eltern ohne elterliche Sorge gestützt auf Art. 275a ZGB das Recht haben, über besondere Ereignisse im Leben des Kindes benachrichtigt zu werden. Sie sind vor Entscheidungen, die für die Entwicklung des Kindes wichtig sind, anzuhören und haben gegenüber Drittpersonen, wie zum Beispiel Lehrerinnen und Lehrern oder Ärztinnen oder Ärzten, die gleichen Auskunftsrechte wie der Inhaber oder die Inhaberin der elterlichen Sorge. Durch die Wahrnehmung dieser Rechte kann der Einbezug des Vaters in wesentlichem Ausmass gewährleistet werden, auch wenn die Voraussetzungen für die gemeinsame elterliche Sorge heute nicht vorliegen.

III.

1. Beim vorerwähnten Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin und es fallen ihr keine Kosten an. Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird insoweit gegenstandslos. Da der Beschwerdegegner sich am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt hat, können ihm keine Kosten auferlegt werden. Diese sind auf die Gerichtskasse zu nehmen.

2. Die Voraussetzungen für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes gemäss Art. 117 ff. ZPO sind auch für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren gegeben. Die Beschwerdeführerin wird von den Sozialen Diensten der Stadt D._____ unterstützt (act. 4/5) und hat als mittellos zu gelten. Sodann ergibt sich aus den Erwägungen, dass ihre Beschwerde erfolgreich ist, wobei davon auszugehen ist, dass auch der Bedarf einer rechtskundigen Unterstützung ausgewiesen ist. Es ist ihr daher für das Beschwerdeverfahren ihr Rechtsvertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Dieser ist mit separatem Beschluss nach Vorlage seiner Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen nach Massgabe der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV OG) vom 8. September 2010 zu entschädigen. Eine Entschädigung an die Beschwerdeführerin entfällt.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird mit Bezug auf die Gerichtskosten abgeschrieben.
2. Der Beschwerdeführerin wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt Dr. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit dem nachstehenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv Ziffer I des Urteils des Bezirksrates Winterthur vom 16. Dezember 2016 mit Bezug auf die Regelung der elterlichen Sorge teilweise und Dispositiv Ziffer 1 des Entscheids der KESB vom 5. April 2016 vollumfänglich aufgehoben und es wird die alleinige elterliche Sorge über C._____, geb. tt.mm.2003, bei der Beschwerdeführerin belassen.
2. Die Entscheidgebühr fällt ausser Ansatz.
3. Für seine Bemühungen im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren wird der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin gemäss separatem Beschluss entschädigt. Im Übrigen werden keine Entschädigungen 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.
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 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: