Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.265/2004/blb

Urteil vom 26. Januar 2005
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Hohl,
Gerichtsschreiber Schett.

Parteien
X._____,
Berufungskläger,

gegen

Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer,
Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Beistandschaft nach Art. 308/309 ZGB,

Berufung gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 10. November 2004.

Sachverhalt:
A.
X._____ wohnt seit Juni 2001 mit Y._____ im gleichen Haushalt in V._____. Sie sind die nicht verheirateten Eltern des am xxxx in W._____ geborenen A._____. Am 10. Juni 2003 wandten sich die beiden in der Schweiz heimatberechtigten Eltern schriftlich an die Vormundschaftsbehörde der Stadt V._____ und ersuchten sinngemäss um Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Art. 298a ZGB. In ihrem Gesuch führten sie aus, sie hätten im Sinn, einen Anerkennungsschein für A._____ einzureichen. Die Einreichung des Anerkennungsscheins und die Bewilligung der gemeinsamen elterlichen Sorge habe gleichzeitig zu erfolgen. Zudem reichten sie einen Vertrag über die gemeinsame elterliche Sorge ein, der auch Regeln über den Unterhalt des Kindes für die Zeit nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts enthielt. Am 11. August 2003 teilte die Vormundschaftsbehörde der Stadt V._____ den Eltern mit, dass die eingereichte Vereinbarung in der vorliegenden Form nicht genehmigungsfähig sei. Umgekehrt weigerte sich X._____ im Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde, das Kind anzuerkennen, solange den beiden Eltern die gemeinsame elterliche Sorge nicht förmlich übertragen worden sei.
B.
Mit Beschluss vom 4. März 2004 bestellte die Vormundschaftsbehörde der Stadt V._____ dem Kind A._____ gestützt auf Art. 309 in Verbindung mit Art. 308 Abs. 2 ZGB in der Person von B._____ eine Beiständin. Ihr wurden folgende Aufgaben übertragen:
- das Kind bei der Wahrung seiner Interessen gegenüber dem Vater zu vertreten, nötigenfalls die Klage auf Feststellung des Kindesverhältnisses und auf Unterhaltsleistungen einzuleiten, wofür ihr Vollmacht mit Substitutionsbefugnis erteilt wird;
- für den Fall, dass von der prozessualen Feststellung der Vaterschaft abgesehen werden soll, darüber rechtzeitig Bericht und Antrag einzureichen;
- die Mutter in der nach den Umständen gebotenen Weise zu beraten und zu betreuen;

- auf alle Fälle bis spätestens 31. März 2006 Bericht zu erstatten und Antrag im Sinne von Art. 309 Abs. 3 ZGB zu stellen.
Zur Begründung wurde ausgeführt, dass bisher weder die Vaterschaft betreffend A._____ festgestellt noch eine Unterhaltsregelung getroffen worden sei.

Gegen den Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt V._____ vom 4. März 2004 erhoben X._____ und Y._____ beim Bezirksrat V._____ fristgerecht Vormundschaftsbeschwerde. Am 15. Juli 2004 wies der Bezirksrat die Beschwerde ab. Er legte dar, dass die Voraussetzungen für eine Beistandschaft erfüllt seien, denn X._____ bestreite seine Vaterschaft zwar nicht, habe aber seinen Sohn bislang nicht anerkannt. Dieser könne die Anerkennung seines Sohnes nicht davon abhängig machen, dass die Vormundschaftsbehörde beiden Eltern die gemeinsame elterliche Sorge gleichzeitig übertrage.
C.
Den Entscheid des Bezirksrats zogen X._____ und Y._____ am 30. Juli 2004 an das Obergericht des Kantons Zürich weiter. Sie reichten neu Unterlagen ein, welche belegten, dass X._____ nicht - wie bisher angegeben - ausschliesslich Schweizer Bürger, sondern französisch-schweizerischer Doppelbürger ist, und dass er das Kind bereits vor dessen Geburt in Frankreich anerkannt hatte. Im Verlauf des obergerichtlichen Verfahrens nahm das Amt für Gemeinden des Kantons Luzern am 11. Oktober 2004 die in Frankreich erfolgte Anerkennung der Vaterschaft im Sinne von Art. 260 Abs. 3 ZGB in Verbindung mit Art. 11 Abs. 5 und Art. 23 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 (ZStV; SR 211.112.2) entgegen. Das Obergericht ging daher in seinem Beschluss vom 10. November 2004 neu von einer gültigen Anerkennung der Vaterschaft im Sinne von Art. 73 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) durch X._____ aus. Das Obergericht führte aus, mit dieser Anerkennung sei die Grundlage für die von der Vormundschaftsbehörde angeordnete Beistandschaft teilweise dahingefallen, nämlich hinsichtlich ihrer gestützt auf Art. 309 ZGB überbundenen Aufgaben, für die Feststellung des Kindesverhältnisses sorgen
zu müssen und die Mutter in der nach den Umständen gebotenen Weise zu beraten und zu betreuen. Es entband daher die Beiständin in teilweiser Gutheissung des Rekurses von diesen Aufgaben. Dagegen bleibe es dabei, dass beinahe 1 ½ Jahre nach der Geburt des Kindes noch kein gemäss Art. 287 Abs. 1 ZGB von der Vormundschaftsbehörde genehmigter Unterhaltsvertrag vorliege. Im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB erscheine es mithin als gerechtfertigt, dem Kind einen Beistand zur Wahrung seines Unterhaltsanspruchs zu bestellen. Insoweit sei daher die Bestellung eines Beistandes zu bestätigen. Nicht übersehen werde vom Obergericht, dass die Rekurrenten sich auf den Standpunkt stellten, sie hätten eine im Sinne von Art. 298a Abs. 1 ZGB genehmigungsfähige Vereinbarung eingereicht. Sollte sich die Vormundschaftsbehörde dieser Auffassung anschliessen und den Rekurrenten die gemeinsame elterliche Sorge übertragen, so würde die Beistandschaft wieder dahinfallen. Die Gesuche beider Rekurrenten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wies das Obergericht ab und auferlegte die Kosten den Rekurrenten.
D.
Gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. November 2004 hat X._____ mit Eingabe vom 12. Dezember 2004 Berufung eingelegt mit den Anträgen, der angefochtene Beschluss sowie die diesem zugrunde liegenden Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde und des Bezirksrats seien aufzuheben und auf die Errichtung einer Beistandschaft für A._____ definitiv zu verzichten. Sämtliche Kosten seien der Staats- und der Stadtkasse aufzuerlegen, es sei ihm zudem für sämtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei ihm, seinem Sohn A._____ und dessen Mutter eine Entschädigung zuzusprechen. Es sind keine Antworten eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Gegenstand des Verfahrens ist ausschliesslich die Frage, ob die Errichtung einer Beistandschaft zur Gewährleistung der Unterhaltsleistungen an das ausserehelich geborene Kind gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB rechtmässig ist. Beim angefochtenen Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich handelt es sich um einen Endentscheid eines oberen kantonalen Gerichts in einer nicht vermögensrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeit (Art. 48 Abs. 1 und Art. 44 lit. d OG). Gegen diesen Beschluss ist die Berufung grundsätzlich zulässig und zwar auch durch den leiblichen Vater des zu verbeiständenden Kindes. Nicht eingetreten werden kann dagegen auf die Berufung, soweit damit auch die unterinstanzlichen Entscheide angefochten werden.

1.2 Mit Berufung kann geltend gemacht werden, der angefochtene Entscheid beruhe auf Verletzung des Bundesrechts mit Einschluss der durch den Bund abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge (Art. 43 Abs. 1 OG). Soweit der Berufungskläger daher geltend macht, Bestimmungen des ZGB, des IPRG oder des Übereinkommens vom 5. Oktober 1961 über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA; SR 0.211.231.01) seien verletzt worden, kann auf seine Berufung eingetreten werden. Wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger ist dagegen die staatsrechtliche Beschwerde vorbehalten (Art. 43 Abs. 1 OG; BGE 129 III 750 E. 2.2, 2.4). Soweit der Berufungskläger daher geltend macht, er werde in Missachtung von Art. 8 Abs. 2 und 3 BV aufgrund seines Geschlechts diskriminiert, kann auf seine Beschwerde nicht eingetreten werden. Das Gleiche gilt für die Rüge, der angefochtene Entscheid stehe im Widerspruch zu menschenrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK). Die EMRK wird wegen ihrem verfassungsrechtlichen Inhalt verfahrensmässig den verfassungsmässigen Rechten gleichgestellt, so dass deren Verletzung mit staatsrechtlicher Beschwerde
zu rügen ist (BGE 101 Ia 67; BGE 122 III 404 S. 406 E. 2; 124 III 1 E. 1b, 205 E. 3b). Insofern der Berufungskläger eine Verletzung von Art. 8 und 14 EMRK rügt, kann auf die Berufung nicht eingetreten werden. Lediglich soweit den verfassungsrechtlichen Anforderungen oder denjenigen der EMRK im Rahmen verfassungskonformer Auslegung von Bundesrecht Rechnung getragen werden kann, sind seine Einwände zu berücksichtigen (vgl. BGE 129 II 249 E. 5.4 S. 263; BGE 128 V 20 E. 3a S. 24; 125 I 65 E. 3b, 127 E. 10b S. 158 f., 369 E. 2 S. 374).

2.

Gemäss der schweizerischen gesetzlichen Ordnung steht die elterliche Sorge von Gesetzes wegen der Mutter zu, wenn die Eltern nicht verheiratet sind (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Daran ändert nichts, wenn der Vater das Kind gültig anerkennt. Haben die Eltern sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt, so überträgt ihnen die Vormundschaftsbehörde auf gemeinsamen Antrag die elterliche Sorge, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Art. 298a Abs. 1 ZGB). Die gemeinsame Sorge der Eltern setzt demnach eine entsprechende Verfügung der Vormundschaftsbehörde voraus. Es liegt gegenwärtig - aus welchen Gründen auch immer - keine Übertragung der elterlichen Sorge an die beiden Eltern durch die Vormundschaftsbehörde vor. Der Beschwerdeführer weist selber darauf hin, dass zu seinem diesbezüglichen Antrag bis heute keine beschwerdefähige Verfügung vorliege, obwohl er mit der Mutter des gemeinsamen Kindes seit 13 Jahren zusammen sei und mit ihr seit 1995 ununterbrochen in häuslicher Gemeinschaft lebe, seinen Sohn vor dessen Geburt anerkannt habe und für diesen mit seiner Partnerin zusammen in harmonischer Weise sorge. Auch die Vorinstanz hat im
angefochtenen Entscheid festgehalten, dass das Gesuch um Erteilung des gemeinsamen Sorgerechts noch hängig sei. Das Bundesgericht hat im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen, ob die Übertragung des Sorgerechts an beide Eltern zulässig wäre, denn Gegenstand des Verfahrens ist - wie ausgeführt - einzig die Frage, ob die Errichtung einer Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB rechtmässig sei. Der Berufungskläger räumt selber ein, die Errichtung der Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB sei eine unmittelbare Folge der Nicht-Erteilung des Sorgerechts. Eine Beistandschaft nach dieser Bestimmung werde nur errichtet, wenn das gemeinsame Sorgerecht nicht zustande gekommen sei. Er macht mit Recht nicht geltend, bei fehlendem gemeinsamem Sorgerecht sei bis zur gültigen Regelung des Unterhaltsanspruchs die Errichtung einer Beistandschaft gesetzwidrig, sondern er begnügt sich mit der Rüge, die Beistandschaft sei verfassungs- und EMRK-widrig, weil ihm das Sorgerecht aus Rechtsgleichheitsgründen und wegen des Diskriminierungsverbots gleich wie der Mutter mit der Geburt des Kindes zugefallen sei. Und zwar sei ihm das Sorgerecht ohne zusätzliche Bedingungen zugefallen. Die Erteilung des Sorgerechts dürfe nicht an einen gemeinsamen Antrag
von Mutter und Vater oder an die Überprüfung des Kindeswohls, an einen Vertrag über Unterhalt und Betreuung oder an die Genehmigung dieses Vertrags durch die Vormundschaftsbehörde geknüpft werden. Die Mutter von A._____ habe das Sorgerecht von Gesetzes wegen ohne Einhalten dieser Bedingungen erhalten. Das gleiche Recht stehe auch ihm zu. Diese Auffassung widerspricht offensichtlich und unbestrittenermassen der schweizerischen gesetzlichen Ordnung, so dass eine verfassungskonforme Auslegung der genannten Bestimmungen zur Erreichung des vom Berufungskläger geforderten Ziels ausser Betracht fällt. Die Rüge, es sei aus diesem Grunde die Beistandschaft aufzuheben, ist daher unbegründet. Ob die schweizerische gesetzliche Ordnung der Bundesverfassung oder der EMRK entspricht, kann im vorliegenden Berufungsverfahren nicht geprüft werden (oben E. 1.2). Es kommt hinzu, dass Bundesgesetze gemäss Art. 191 BV für das Bundesgericht massgebend sind, so dass der Überprüfung der Verfassungsmässigkeit und der EMRK-Konformität von Bundesgesetzen

durch das Bundesgericht ohnehin enge Grenzen gesetzt sind.
3.
Der Berufungskläger beruft sich auf Art. 18 Abs. 1 des für die Schweiz am 26. März 1997 in Kraft getretenen Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte der Kinder (KRK; SR 0.107) und macht geltend, durch die Nichterteilung des gemeinsamen Sorgerechts und als Folge davon durch die Anordnung der Beistandschaft werde es ihm und der Mutter erschwert, den Sohn A._____ gemeinsam aufzuziehen.
3.1 Gemäss Art. 18 Abs. 1 KRK b̈emühen sichd̈ie Vertragsstaaten n̈ach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind. Für die Erziehung und Entwicklung des Kindes sind in erster Linie die Eltern oder gegebenenfalls der Vormund verantwortlich. Dabei ist das Wohl des Kindes ihr Grundanliegen.D̈iese Bestimmung verlangt nicht, dass das Sorgerecht bei unverheirateten Eltern von Gesetzes wegen beiden Eltern übertragen wird und nicht an eine genehmigungsfähige Vereinbarung zwischen den Eltern geknüpft werden darf, welche das Wohl des Kindes beachtet. Sie verbietet ebenso wenig die Errichtung einer Beistandschaft, solange die Unterhaltspflicht des Vaters nicht rechtsgültig geklärt ist. Die Botschaft des Bundesrats zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes (BBl 1994 V S. 1 ff., S. 43) weist darauf hin, dass weder aus dem Text noch aus der Entstehungsgeschichte von Art. 18 KRK ein Automatismus gemeinsamer elterlicher Verantwortung auch für unverheiratete oder geschiedene Eltern abzuleiten sei. Die Rüge ist daher unbegründet.
3.2 Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob Art. 18 KRK überhaupt direkt anwendbare Rechte verbürgt oder ob die Vorschrift zu wenig bestimmt ist, um einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch zu begründen (vgl. Botschaft S. 20; BGE 123 III 445 E. 2b/bb S. 449; vgl. BGE 124 III 90 E. 3a S. 91). Weiter braucht nicht entschieden zu werden, ob gegebenenfalls der Anspruch nicht nur dem Kind, sondern auch dem Vater zusteht (vgl. dazu Botschaft S. 17 und 20 f.; vgl. BGE 126 II 377 E. 5 S. 388 ff.). Immerhin kann in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, dass das KRK nicht die Diskriminie-rung der Väter, sondern diejenige der Kinder vermeiden will (Botschaft S. 15). Schliesslich braucht auch nicht entschieden zu werden, ob ein solches Recht im Berufungsverfahren überhaupt eingefordert werden kann, oder ob die durch das KRK eingeräumten direkt durchsetzbaren Ansprüche nicht gleich wie die EMRK-Gewährleistungen im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren durchzusetzen sind (vorne E. 1.2).
4.
Der Berufungskläger führt weiter aus, sein Sohn A._____ und er selber verfügten neben der schweizerischen auch über die französische Staatsbürgerschaft. Nach französischem Recht (Art. 372 Abs. 2 Code civil) hätten beide Eltern ab Geburt das gemeinsame Sorgerecht für A._____, da sie ihn beide vor seinem ersten Geburtstag anerkannt hätten und zum Zeitpunkt der Anerkennung in häuslicher Gemeinschaft lebten. Von der Vorinstanz werde auch nicht bestritten, dass er nach seinem Heimatrecht und auch demjenigen von A._____ seit dessen Geburt das Sorgerecht für ihn habe. Das Obergericht mache aber geltend, dass die Eltern-Kind-Beziehung gemäss Art. 82 Abs. 1 IPRG ausschliesslich dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes unterstehe. Weiter meine die Vorinstanz, dass die elterliche Sorge zu den Eltern-Kind-Beziehungen gehöre und nicht etwa als Kindesschutzmassnahme im Sinne von Art. 85 IPRG zu betrachten sei. Diese Auffassung treffe nicht zu. Das Sorgerecht gehöre nur solange zu den allgemeinen Eltern-Kind-Beziehungen, als keine (gerichtliche oder vormundschaftliche) Kindesschutzmassnahme im Spiel sei. Sobald es jedoch zu einer Kindesschutzmassnahme komme, sei der Vorbehalt von Art. 82 Abs. 2 IPRG massgeblich, so dass Art. 85 IPRG und Art. 3 MSA zur Anwendung gelangten. Die vormundschaftlich angeordnete Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB sei aber zweifellos eine solche Kindesschutzmassnahme, so dass Art. 85 IPRG und Art. 3 MSA anzuwenden seien. Nach Art. 3 MSA würden aber Ex-Lege-Gewaltverhältnisse des Heimatlandes zwingend anerkannt.
4.1 Es trifft zu, dass es sich bei der vorliegend zu beurteilenden Beistandschaft um eine Schutzmassnahme im Sinne des 5. Kapitels des IPRG handelt. Gemäss Art. 85 Abs. 1 IPRG gilt deshalb sowohl in Bezug auf die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte als auch für das anwendbare Recht und die Anerkennung ausländischer Entscheide das MSA. Nach Art. 1 MSA sind grundsätzlich die Gerichte und Verwaltungsbehörden des Staates, in dem ein Minderjähriger seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, zuständig, Massnahmen zum Schutze der Person oder des Vermögens des Minderjährigen zu treffen. Nach Art. 2 MSA treffen die nach Art. 1 zuständigen Behörden die in ihrem innerstaatlichen Recht vorgesehenen Massnahmen (lex fori). Da sich der gewöhnliche Aufenthaltsort von A._____ unbestrittenermassen in der Schweiz befindet, sind nach diesen Bestimmungen grundsätzlich sowohl die schweizerischen Behörden zuständig als auch das schweizerische ma-

terielle Recht anwendbar.
4.2 Allerdings steht Art. 1 MSA unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Bestimmung von Art. 3 MSA. Gemäss dieser Bestimmung wird ein Gewaltverhältnis, das nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, dem der Minderjährige angehört, kraft Gesetzes besteht, in allen Vertragsstaaten anerkannt. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, dass A._____ über zwei Heimatrechte verfügt, nämlich über das französische Heimatrecht, welches offenbar bei den gegebenen Verhältnissen das Sorgerecht von Gesetzes wegen den Eltern gemeinsam zukommen lässt, und über das schweizerische Heimatrecht, welches das Sorgerecht zunächst von Gesetzes wegen der Mutter und erst aufgrund einer Verfügung der Vormundschaftsbehörde beiden Eltern einräumt. Der Berufungskläger vertritt die Auffassung, bei dieser Sachlage habe das Gericht eine Interessenabwägung zwischen der rechtlichen Situation in der Schweiz und in Frankreich vorzunehmen. Dies trifft nicht zu. Besitzt eine Person mehrere Staatsangehörigkeiten, so ist für die Bestimmung des anwendbaren Rechts die Angehörigkeit zu dem Staat massgebend, mit dem die Person am engsten verbunden ist (effektive oder vorherrschende Staatsangehörigkeit). Dies gilt sowohl kraft autonomer Auslegung des MSA
(Siehr, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich 2004, N. 57 zu Art. 85; ebenso Schwander, Basler Kommentar zum IPRG, N. 51 zu Art. 85) als auch nach dem schweizerischen internationalen Privatrecht (Art. 23 Abs. 2 IPRG). Die engste Verbundenheit ist im Einzelfall zu konkretisieren, wobei der Wohnsitz und der gewöhnliche Aufenthalt einer Person sowie der familiäre Mittelpunkt der Lebensführung von besonderer Bedeutung sind (Keller/Kren Kostkiewicz, Zürcher Kommentar zum IPRG, N. 9 ff. zu Art. 23). Da A._____ in der Schweiz geboren ist und seither hier mit seinen Eltern wohnt, ist auch gemäss Art. 3 MSA das schweizerische Recht massgebend und die Rüge, es sei zu Unrecht nicht das französische Recht angewendet worden, unbegründet (vgl. Art. 43a Abs. 1 lit. a OG).
5.
Der Berufungskläger wendet sich schliesslich dagegen, dass ihm vor den kantonalen Behörden teilweise die Verfahrenskosten auferlegt worden seien, obwohl er teilweise obsiegt habe, und dass ihm die unentgeltliche Rechtspflege verweigert worden sei. Die Verteilung der Verfahrenskosten und das Gewähren der unentgeltlichen Rechtspflege vor den kantonalen Behörden richtet sich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Ordnung nach kantonalem Recht. Eine bundesrechtliche Vorschrift zu den kantonalen Kosten besteht nur für den Fall, dass das angefochtene Urteil durch das Bundesgericht abgeändert wird (Art. 157 OG). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Da mit Berufung nur die Verletzung von Bundesrecht, nicht aber diejenige von kantonalem Recht oder Verfassungsrecht gerügt werden kann, ist auf die Berufung in diesem Punkt nicht einzutreten (Art. 43 Abs. 1 OG).
6.
6.1 Die Berufung muss aus diesen Gründen abgewiesen werden, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt der Berufungskläger die Gerichtskosten (Art. 156 Abs. 1 OG). Eine Parteientschädigung ist weder für ihn noch für die am bundesgerichtlichen Verfahren nicht beteiligte Mutter und das Kind geschuldet (Art. 159 OG).
6.2 Der Berufungskläger beantragt auch für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Das Bundesgericht gewährt einer bedürftigen Partei, deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, auf Antrag Befreiung von der Bezahlung der Gerichtskosten. Ein Verfahren ist nicht aussichtslos, wenn berechtigte Hoffnung besteht, es zu gewinnen, d.h. wenn Gewinnaussichten und Verlustgefahren sich ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist dabei, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen oder aber davon absehen würde (BGE 122 I 267 E. 2b S. 271; 119 Ia 251 E. 3b S. 253; 109 Ia 5 E. 4 S. 9; 105 Ia 113 ff.). Als aussichtslos sind nach der Rechtsprechung demgegenüber Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (BGE 119 Ia 251 E. 3b S. 253).

Das wesentliche Anliegen des Beschwerdeführers besteht darin, die elterliche Sorge entgegen der klaren schweizerischen gesetzlichen Ordnung ohne Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde zu erhalten. Es handelt sich vorab um ein politisches Anliegen, welches gegebenenfalls von den politischen Behörden verwirklicht werden kann und in rechtlichen Verfahren auch angesichts der bundesgerichtlichen Bindung an die Bundesgesetze als nur schwer durchsetzbar erscheint. Es kommt hinzu, dass das Anliegen fälschlicherweise im Berufungsverfahren und nicht im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren vorgetragen worden ist. Im Weiteren ist Gegenstand

des vorliegenden Verfahrens nicht der Streit um das Sorgerecht, sondern um die Errichtung der Beistandschaft, was die Erfolgsaussichten ebenfalls schmälert. Insgesamt muss das Verfahren vor Bundesgericht als aussichtslos bezeichnet werden. Es kommt hinzu, dass sich der Berufungskläger bei vernünftiger Überlegung konstruktiv um das gemeinsame Sorgerecht gemäss Art. 298a ZGB bemühen würde anstatt einen aussichtslosen Prozess gegen die gesetzlich vorgesehene Beistandsschaft zu führen. Das Gesuch muss aus diesem Grund abgewiesen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Berufungskläger auferlegt.
4.
Parteientschädigungen sind keine zu sprechen.
5.
Dieses Urteil wird dem Berufungskläger und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 26. Januar 2005
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: