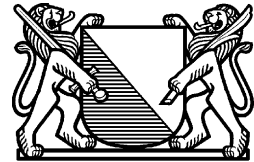


# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY180045-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## **Beschluss und Urteil vom 8. April 2019**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

**C.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 28. August 2018 (FP150039-K)**

**Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Winterthur**  
**vom 28. August 2018:**  
(Urk. 2 S. 12 f.)

- "1. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht von A.\_\_\_\_\_, geboren tt. Mai 1980, Staatsangehöriger von Kosovo (Kläger), und B.\_\_\_\_\_, geboren tt. September 1985, Staatsangehörige von Kosovo (Beklagte), über ihre Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2005, Staatsangehörige von Kosovo (weitere Verfahrensbeteiligte), wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme entzogen.
2. C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2005, Staatsangehörige von Kosovo (weitere Verfahrensbeteiligte), wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bis auf weiteres im Schulheim der Stiftung D.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_ untergebracht.  
  
C.\_\_\_\_\_ darf dort nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der Beiständin oder des Bezirksgerichts Winterthur weggenommen werden.
3. Die Beiständin erhält im Sinne vorsorglicher Massnahmen die zusätzlichen Aufgaben und besonderen Befugnisse nach Art. 308 Abs. 2 ZGB,
  - a) die Unterbringung zu begleiten;
  - b) in Zusammenarbeit mit den zuständigen Personen der Stiftung D.\_\_\_\_\_ den persönlichen Verkehr von A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ zu C.\_\_\_\_\_ unter Berücksichtigung von deren Wohl und Bedürfnissen neu zu regeln. Sollte eine einvernehmliche Regelung nicht möglich sein, ist dem Bezirksgericht Winterthur unverzüglich ein entsprechender Antrag zu stellen.
4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden mit dem Endentscheid geregelt.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Berufung)."

**Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 und Urk. 12 S. 2):

- "1. Es sei die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 28.08.2018 aufzuheben und den Kindseltern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ das Auf-

enthaltsbestimmungsrecht über ihre Tochter C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2005, zu belassen;

2. Eventualiter sei in Aufhebung der angefochtenen Verfügung das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_ den Kindseltern zu belassen und die Kindseltern anzuweisen, C.\_\_\_\_\_ bis auf weiteres in einer Tagesschule (ohne Übernachtung) einzuschulen;
3. Subeventualiter sei die angefochtene Verfügung vollumfänglich aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zugunsten des Klägers."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 20 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht o.V. vom 28. August 2018 aufzuheben und es sei den Kindeseltern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihre Tochter C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2005, zu belassen;
2. Eventualiter sei in Aufhebung der angefochtenen Verfügung das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_ den Kindseltern zu belassen und die Kindseltern anzuweisen, C.\_\_\_\_\_ bis auf Weiteres in einer Tagesschule (ohne Übernachtung) einzuschulen.
3. Subeventualiter sei bei der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich, Kinder- und Jugendambulatorium Bülach, ein Gutachten in Auftrag zu geben, welches
  - die Lebenssituation von C.\_\_\_\_\_ umfassend begutachtet;
  - die Erziehungsfähigkeit beider Elternteile abklärt;
  - die Beziehungen und Bindungen von C.\_\_\_\_\_ zu all ihren Familienmitgliedern abklärt;
  - die psychischen Bedürfnisse von C.\_\_\_\_\_ abklärt;
  - die geeigneten Massnahmen zur bestmöglichen Unterstützung von C.\_\_\_\_\_ aufzeigen (recte: aufzeigt).

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zugunsten der Beklagten."

der Verfahrensbeteiligten (Urk. 21):

(Verzicht auf eine Stellungnahme zur Berufung)

### Erwägungen:

#### **A. Sachverhalt / Prozessgeschichte**

1. Die Parteien heirateten am tt. Dezember 2003 und haben eine gemeinsame Tochter, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005 (Urk. 7/23/8). Mit Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirkes Dielsdorf vom 4. April 2008 wurde das Getrenntleben der Parteien geregelt und C.\_\_\_\_\_ unter die Obhut der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) gestellt (Urk. 7/23/4/3). Mit Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dielsdorf vom 5. Januar 2012 wurde die Ehe der Parteien geschieden (Urk. 7/23/18) und C.\_\_\_\_\_ unter die elterliche Sorge der Beklagten gestellt (Urk. 7/23/18 S. 2 f.). Im Oktober 2015 wurde das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Beklagten bezüglich C.\_\_\_\_\_ durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen zunächst mit superprovisorischer, hernach mit vorsorglicher Anordnung entzogen. C.\_\_\_\_\_ wurde beim Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) untergebracht und eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet. Ferner wurden diverse Abklärungen beim kjz F.\_\_\_\_\_ [Ort] in Auftrag gegeben (Urk. 7/12/81; Urk. 7/12/115; Urk. 7/12/146; Urk. 7/35).

2. Mit Eingabe vom 13. November 2015 machte der Kläger eine Abänderungsklage bei der Vorinstanz anhängig und beantragte im Wesentlichen die Unterstellung von C.\_\_\_\_\_ unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien und unter seine alleinige Obhut (Urk. 7/1 S. 2). Mit Verfügung vom 16. Juni 2016 gab die Vorinstanz diesen Anträgen vorsorglich für die weitere Dauer des Abänderungsverfahrens statt und ordnete die Weiterführung der Beistandschaft an, beinhaltend im Wesentlichen die Unterstützung der Eltern in ihrer Erziehungsverantwortung, die Unterstützung der Tochter in persönlicher und schulischer Entwicklung und Integration sowie die Installation und Überwachung einer Familienbegleitung

(Urk. 7/65 S. 32 ff.). Mit Massnahmeverfügung vom 28. August 2018 entzog die Vorinstanz den Eltern auf Antrag der Beiständin (Urk. 7/179) vorsorglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C.\_\_\_\_\_, ordnete deren Unterbringung bis auf Weiteres im Schulheim der Stiftung D.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_ an und beauftragte die Beiständin mit der Begleitung der Unterbringung sowie der Regelung des persönlichen Verkehrs der Eltern (Urk. 7/195 S. 12 f. = Urk. 2 S. 12 f.).

3. Dagegen erhob der Kläger am 10. September 2018 rechtzeitig (Urk. 7/197) Berufung mit den eingangs zitierten Anträgen (Urk. 1 S. 2). Gleichzeitig liess er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nachsuchen (Urk. 1 S. 3). Mittels Schreiben je vom 11. September 2018 wurden die Beklagte und die Verfahrensbeteiligte vom Eingang der klägerischen Berufung in Kenntnis gesetzt (Urk. 6/1, 2). Mit Verfügung vom 13. September 2018 wurde der Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegeben, welchem sie sich mit Eingabe vom 21. September 2018, eingegangen am 24. September 2018, anschloss (Urk. 8; Urk. 17). Am 18. September 2018 reichte der Kläger seine nunmehr rechtsgenügend unterzeichnete Berufungsschrift mit Beilagen ein (Urk. 11-16).

Auf die von der Beklagten gegen den angefochtenen Entscheid erhobene Berufung, worin sie ebenfalls um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersuchte, wurde gemäss Beschluss der Kammer vom 27. September 2018 nicht eingetreten (vgl. Prozess-Nr. LY180046-O: Urk. 8).

Mittels Präsidialverfügung vom 27. September 2018 wurde der vorliegenden Berufung die aufschiebende Wirkung erteilt und dementsprechend das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2005, für die Dauer des Berufungsverfahrens beim Kläger und der Beklagten sowie die Obhut beim Kläger belassen (Urk. 18). Alsdann wurde der Beklagten und der Verfahrensbeteiligten mittels Präsidialverfügung vom 4. Oktober 2018 je Frist zur Erstattung der Berufungsantwort anberaumt (Urk. 19). Mit Eingabe vom 17. Oktober 2018 liess die Beklagte die Berufung rechtzeitig beantworten und die eingangs erwähnten Anträge stellen. Überdies ersuchte auch die Beklagte um Bewilligung der unent-

geltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren (Urk. 20). Mittels Eingabe vom 25. Oktober 2018 teilte die Verfahrensbeteiligte innert Frist mit, dass sie auf eine Stellungnahme zur Berufung verzichte (Urk. 21). Mit Präsidialverfügung vom 25. Oktober 2018 wurden diese Eingabe den Parteien und die Berufungsantwort dem Kläger und der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 22). Mit Eingabe vom 14. November 2018 liess die Kindesvertreterin ihre Honorarnote einreichen (Urk. 23 und Urk. 24), welche den Parteien mittels Präsidialverfügung vom 15. November 2018 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 25).

Mit Beschluss der Kammer vom 28. November 2018 wurde eine Ergänzung des Berichts der psychiatrischen Universitätsklinik Zürich, Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, Ambulatorium Bülach, vom 28. November 2017 gemäss separatem Schreiben eingeholt sowie die Anhörung des Kindes C.\_\_\_\_\_ angeordnet und deren Durchführung an eine Gerichtsdelegation übertragen (Urk. 26). In der Folge teilte das Ambulatorium Bülach mit, dass der obergerichtliche Auftrag gemäss Schreiben vom 28. November 2018 (Urk. 27) so nicht angenommen werden könne. Einerseits müssten die Eltern das Ambulatorium Bülach zunächst von der ärztlichen Schweigepflicht entbinden, andererseits handle es sich um gutachterliche Fragen, welche einzig die Fachstelle zivilrechtliche Gutachten und Beratung beantworten könne (Urk. 28). Mit Präsidialverfügung vom 11. Dezember 2018 wurde den Parteien Frist angesetzt, um dem Gericht eine schriftliche Entbindung vom Arztgeheimnis gegenüber dem KJPP Bülach bzw. den dortigen Ärzten und weiteren Personen und insbesondere Dr. G.\_\_\_\_\_ einzureichen (Urk. 29). Mit Briefen je vom 17. Dezember 2018 wurden die Kindesvertreterin und C.\_\_\_\_\_ persönlich über die Durchführung der Kindesanhörung am 21. Januar 2019 in den Räumlichkeiten des Obergerichts in Kenntnis gesetzt (Urk. 30 und Urk. 31). Mittels Zuschriften je vom 17. Dezember 2018 (Urk. 32; Urk. 34) liessen die Parteien der Kammer rechtzeitig die Entbindungserklärungen (Urk. 33; Urk. 35) zukommen. Mit Schreiben vom 18. Dezember 2018 wurden die elterlichen Entbindungen vom Arztgeheimnis betreffend C.\_\_\_\_\_ dem Ambulatorium Bülach weitergeleitet und es wurde um Beantwortung der gemäss Schreiben vom 28. November 2018 gestellten Fragen ersucht, soweit es sich dabei um eine

blasse Ergänzung des Untersuchungsberichts vom 28. November 2017 handle (Urk. 36).

Am 21. Januar 2019 wurde C.\_\_\_\_\_ angehört (Prot. II S. 15-18). Mittels Beschluss der Kammer vom 24. Januar 2019 wurde die Einholung eines Amtsberichts der Klassenlehrerin C.\_\_\_\_\_s betreffend deren aktuelle schulische Situation angeordnet. Ferner wurden die Parteien auf einen Wechsel im Spruchkörper (Ersetzung des altershalber ausgeschiedenen Oberrichters Dr. H.A. Müller durch Oberrichter lic. iur. A. Huizinga) hingewiesen (Urk. 38). Gemäss Schreiben vom 24. Januar 2018 wurde die Klassenlehrperson um Erteilung einer schriftlichen Auskunft im Sinne von Art. 190 ZPO (Fragenkatalog) ersucht (Urk. 39). Mittels Brief vom 31. Januar 2019 bezog das Ambulatorium Bülach Stellung zu den obergerichtlichen schriftlichen Anfragen vom 28. November und 18. Dezember 2018 (Urk. 40). Mittels Zuschrift vom 8. Februar 2019 beantwortete die Klassenlehrperson C.\_\_\_\_\_s die ihr gemäss Schreiben vom 24. Januar 2018 gestellten Fragen (Urk. 41).

Mit Präsidialverfügung vom 11. Februar 2019 wurde den Parteien und der Verfahrensbeteiligten je Frist anberaumt, um sich zu den Berichten des Ambulatoriums und der Klassenlehrperson sowie zur Kindsanhörung zu äussern (Urk. 42). Am 20. Februar 2019 erreichte das Gericht eine TP-Rechnung der Psychiatrischen Universitätsklinik bezüglich des Arztberichts des Ambulatoriums Bülach (Urk. 43). Mit Zuschriften je vom 22. Februar 2019 bezogen die Parteien rechtzeitig Stellung zu den beiden neuen Berichten und der Kindsanhörung (Urk. 44 und Urk. 45). Nach erstreckter Frist (vgl. Urk. 46) äusserte sich schliesslich auch die Kindsvertreterin fristgerecht mit Zuschrift vom 12. März 2018 (recte: 2019) und reichte ihre (aktualisierte) Honorarnote ein (Urk. 47 und Urk. 48). Mit Präsidialverfügung vom 21. März 2019 wurden die Stellungnahmen je der Gegenpartei bzw. der Kindsvertreterin zur Kenntnisnahme zugestellt. Ferner wurde den Parteien die aktualisierte Honorarnote der Kindsvertreterin mit der Möglichkeit zur Stellungnahme zugestellt sowie zur Kenntnisnahme die TP-Rechnung der Psychiatrischen Universitätsklinik. Und schliesslich wurde den Parteien die Phase der Urteilsberatung angezeigt

(Urk. 49). Mit Schreiben vom 1. April 2019 verzichtete der Kläger auf eine Stellungnahme zur Honorarnote der Kindsvertreterin (Urk. 50).

## **B. Prozessuales / Vorbemerkungen**

1. Betreffend die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen, die analoge Anwendbarkeit der Normen über die Eheschutzmassnahmen, die summarische Natur des Verfahrens und das Erfordernis der blossen Glaubhaftmachung der tatsächlichen Begebenheiten kann auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden. Das Nämliche gilt betreffend die in Kinderbelangen herrschende Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 276 ZPO; Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO; Urk. 2 S. 4 f.).

Zu ergänzen ist dabei lediglich, dass der unbeschränkte Untersuchungsgrundsatz eine Durchbrechung des numerus clausus der Beweismittel bewirkt: Es gilt der sog. Freibeweis (Art. 168 Abs. 2 ZPO). Dies bedeutet, dass das Gericht auch Beweismittel berücksichtigen kann, die nicht in den vorgeschriebenen Formen erhoben worden sind (BK ZPO-Hurni, Art. 296 ZPO N 75 f. mit weiteren Hinweisen). Es kann "nach eigenem Ermessen auf unübliche Art Beweise erheben und von sich aus Berichte einholen" (BGE 122 I 53 E. 4a). Der Bericht des Ambulatoriums Bülach der psychiatrischen Universitätsklinik Zürich, Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie, vom 28. November 2017 (Urk. 7/148) ist daher ohne weiteres prozessual verwertbar (vgl. demgegenüber: Urk. 7/166 S. 5). Das Nämliche gilt für die seitens der Kammer eingeholten weiteren Berichte (Urk. 40 und Urk. 41).

2. Die Berufung ist ein eigenständiges Verfahren (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1).

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Im Bereich des vorliegend anwendbaren strengen Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 ZPO (betreffend sämtliche Kinderbelange) können die Parteien mit der Berufung jedoch Noven vortragen, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

### **C. Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts / Platzierung des Kindes in einem Schulheim**

1. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, Experten des Ambulatoriums Bülach der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich (PUK) hätten bei C.\_\_\_\_\_ eine reaktive Bindungsstörung des Kindesalters, eine Lese- und Rechtschreibstörung sowie eine expressive Sprachstörung diagnostiziert. Die Experten würden bei ihr einen deutlichen Nachreifungs- und Förderbedarf ausmachen, welchem im aktuellen Schul- und Familienkontext nicht genügend nachgekommen werden könne. Entsprechend würden sie eine interne Beschulung - d.h. eine Heim- oder Internatslösung mit Übernachtung unter der Woche - empfehlen, um für die positive Entwicklung des Kindes eine enge schulische Begleitung und ein möglichst spannungsarmes soziales Umfeld zu gewährleisten. Daneben sei C.\_\_\_\_\_ weiterhin psychotherapeutisch zu begleiten (Urk. 2 S. 7; Urk. 7/148). Weiter führte die Vorinstanz aus, alle bisher getroffenen Massnahmen (Familienbegleitungen beider Eltern, Hausaufgabenhilfe und weitere Massnahmen durch die Schule, Psychotherapie, Beistandschaft) hätten nicht zur ausreichenden Unterstützung C.\_\_\_\_\_s durch die Eltern geführt, was sich auch in deren mangelhaften Unterstützung beim nunmehr unausweichlichen Schulwechsel zeige. Insgesamt seien damit beide Eltern ihrer Verantwortung und Erziehungspflicht nicht nachgekommen und würden durch die Weigerung zur Entscheidung von Ausbildungsfragen, fehlende Förderung im emotionalen und schulischen Bereich sowie die Verweigerung der Zusammenarbeit mit den unterstützenden Stellen das Wohl ihres Kindes gefährden (Urk. 2 S. 9 f.). Angesichts des frisch begonnenen Schul-

jahres sowie der Wichtigkeit von Schulbildung für Kinder und der unbestrittenermassen dringend angezeigten Psychotherapie ertrage die Weiterführung bzw. Herstellung einer für C.\_\_\_\_\_ angemessenen Ausbildung und Unterstützung im sozial-emotionalen Bereich keinen Aufschub, zumal C.\_\_\_\_\_ vor der Aufnahme einer Berufsausbildung stehe. Die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern sowie die Heimeinweisung (unter der Woche) seien daher zunächst vorsorglich anzuordnen. Die Parteianträge betreffend weitere Abklärung der familiären Verhältnisse sowie der Wünsche und Bedürfnisse von C.\_\_\_\_\_ seien in der Folge eingehend zu prüfen (Urk. 2 S. 11 f.).

**2.1.** Der Kläger bringt im Rahmen seiner Berufung im Wesentlichen vor, C.\_\_\_\_\_ sei mit der Einweisung in ein Sonderschulheim nicht einverstanden und sträube sich vehement dagegen. Sie habe wegen der drohenden Fremdplatzierung ihm gegenüber sogar Suizidgedanken geäußert. Der Wille der 13-jährigen C.\_\_\_\_\_ sei zu beachten und sie sei zur Frage der Heimplatzierung persönlich anzuhören, was die Vorinstanz unterlassen und damit das rechtliche Gehör verletzt habe. Die Unterbringung in ein Heim sei ultima ratio. Zunächst seien mildere Massnahmen, wie die Weisung, dass C.\_\_\_\_\_ eine Tagesschule (ohne Übernachtung) besuchen solle, zu prüfen. Auch dies habe die Vorinstanz pflichtwidrig unterlassen. Die Eltern und C.\_\_\_\_\_ seien betreffend eine Tagesschule denn auch kooperationswillig und kooperationsbereit. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht sei ihnen daher zu belassen (Urk. 12 S. 4 ff.).

**2.2.** Die Beklagte hält dafür, C.\_\_\_\_\_ habe immer wieder ausgeführt, nicht in ein Schulinternat übertreten zu wollen. Sie hege angesichts der drohenden Fremdplatzierung sogar Suizidgedanken. Ohne eine, bislang unterbliebene, persönliche Anhörung der mittlerweile 13-jährigen Tochter zur Frage einer Fremdplatzierung, sei eine solche zufolge Verletzung des rechtlichen Gehörs ohnehin nicht möglich. Die Vorinstanz habe weitere, allenfalls mildere Massnahmen, namentlich den Besuch einer Tagesschule, in ihrem Entscheid nicht geprüft und gegenüber Erfolgsaussichten einer Unterbringung von C.\_\_\_\_\_ in einem Schulinternat abgewogen. Hinzu trete, dass der vorinstanzliche Entscheid nicht auf einer ausreichenden Entscheidungsgrundlage beruhe, weil keine umfassende Begutachtung

von C.\_\_\_\_\_ erstellt worden sei. Es sei daher nicht möglich, darzulegen, was für konkrete schulische Massnahmen für C.\_\_\_\_\_ erforderlich wären und es sei somit auch nicht geklärt worden, ob eine Tagesschule (mit integrierter Aufgabenhilfe) denselben Erfolg bringen würde. Auch eine allfällige Rückkehr zur Beklagten sei nicht geprüft worden. Grundlegend wäre vorerst einmal eine umfassende Abklärung von C.\_\_\_\_\_ und ihren Bedürfnissen sowie der dazu führenden Massnahmen (Urk. 20 S. 4 ff.).

**2.3.** Die Verfahrensbeteiligte verzichtete auf eine Stellungnahme zur Berufung, wies jedoch darauf hin, dass sich an ihrem Standpunkt, wonach sie am liebsten bei der Mutter und am zweitliebsten beim Vater leben wolle, nichts geändert habe. Keinesfalls möchte sie in ein Schulinternat eintreten (Urk. 21 S. 1).

**3.1.** Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern von sich aus nicht für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindesschutzbehörde bzw. vorliegend das Gericht die geeigneten Massnahmen zum Schutze des Kindes (vgl. Art. 315b Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Es kann insbesondere die Eltern oder das Kind ermahnen, ihnen bestimmte Weisungen für die Pflege, Erziehung oder Ausbildung erteilen und eine geeignete Person oder Stelle bestimmen, der Einblick und Auskunft zu geben ist (Art. 307 Abs. 1 und 3 ZGB). Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat das Gericht es den Eltern wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen (Art. 310 Abs. 1 ZGB "Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts"). Das Aufenthaltsbestimmungsrecht ist Teil der elterlichen Sorge (Art. 301a ZGB). Wird den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen, so verbleibt ihnen zwar die elterliche Sorge, doch verlieren sie wichtige Befugnisse, welche ihnen durch diese verliehen sind. Das Familienleben wird durch den Entzug der Befugnis zu Obhut bzw. Aufenthaltsbestimmung wesentlich einschneidender berührt als durch ambulante Massnahmen. Es wird "die wechselseitige Freude von Eltern und Kindern an der Gesellschaft des anderen" unterbrochen. Es ist deshalb auch unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 Abs. 1 lit. d EMRK die Stufenfolge von Kindesschutzmassnahmen zu wahren, weshalb besondere Anforderungen an die familienexterne Betreuung des Minderjährigen zu stellen sind. Diese Voraussetzungen liegen aber vor, wenn nur

die Einweisung in ein Jugendheim erlaubt, die Entwicklung des Kindes in geordnete Bahnen zu lenken (Grundsatz der Verhältnismässigkeit). Die Wegnahme bzw. der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist nur zulässig, wenn der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden kann und das Kind in seiner körperlichen, geistigen und sittlichen Entwicklung nicht anders geschützt werden kann, was das Subsidiaritätsprinzip deutlich zum Ausdruck bringt und den Vorrang ambulanter, die Familiengemeinschaft respektierender, vor stationärer Massnahme unterstreicht. Ambulanter Betreuung von Eltern und Kind ist nach Möglichkeit gegenüber einer stationären Massnahme der Vorzug zu geben, da die Lösung der Schwierigkeiten den Einbezug der systemischen Interaktionen unter den Beteiligten und ihres jeweiligen Umfelds voraussetzt. Der Obhutsentzug setzt aber nicht voraus, dass ambulante Massnahmen versucht wurden, aber erfolglos blieben, sondern nur (aber immerhin), dass aufgrund der Umstände nicht damit gerechnet werden kann, es lasse sich die Gefährdung mit solchen abwenden. Da auch der Obhutsentzug Risiken einschliesst (ob das Kind in einer Stressphase die Umplatzierung ertrage und die Integration am Pflegeplatz gelingt, dieser geeignet sei oder allenfalls eine Umplatzierung erfolgen muss, ob die Reintegration bei den Eltern wieder möglich werde), sind einschneidende Veränderungen nur nach fachkundiger Abklärung anzuordnen (vgl. BSK-Breitschmid, Art. 307 N 8 und Art. 310 N 1-4, je mit weiteren Hinweisen).

**3.2.** Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid im Wesentlichen auf den Untersuchungsbericht des Ambulatoriums Bülach, Psychiatrische Universitätsklinik Zürich, vom 28. November 2017 (Urk. 7/148), sowie den Abklärungsbericht des kjz H.\_\_\_\_\_ [Ort] vom 10. März 2016 (Urk. 7/35).

Im Oktober 2015 wurde C.\_\_\_\_\_ zufolge ihrer Gefährdung im Umfeld der Beklagten (häusliche Gewalt durch deren Ehemann) durch die zuständige Kinderschutzbehörde zum Kläger umplatziert (vgl. Urk. 7/115). Der Abklärungsbericht des kjz H.\_\_\_\_\_ vom 10. März 2016 durchleuchtete die damaligen Lebensumstände von C.\_\_\_\_\_ sorgfältig und umfassend. Er erscheint heute jedoch überholt. Insbesondere war darin von einer Fremdplatzierung C.\_\_\_\_\_s in einem Schulheim noch keine Rede (Urk. 7/35).

Der Bericht des Ambulatoriums Bülach vom 28. November 2017 wurde aufgrund einer durch die damalige Familienbegleiterin väterlicherseits, I.\_\_\_\_\_, im Einverständnis mit dem Kläger, erfolgte Zuweisung von C.\_\_\_\_\_ erstellt. Als Grund für die Anmeldung werden "Konflikte mit Gleichaltrigen in der Schule, nächtliches Einnässen, Lern- sowie Schulschwierigkeiten allgemein" angegeben (Urk. 7/148 S. 1). Laut dem Bericht weise C.\_\_\_\_\_ im sprachlichen, sozialen wie auch emotionalen Bereich Entwicklungsdefizite auf. Im Vordergrund stehe eine Bindungsstörung. Es habe sich gezeigt, dass C.\_\_\_\_\_ schon früh mit verunsichernden Bindungserfahrungen konfrontiert worden sei. Im Zusammenhang mit dem Wohnortwechsel von der Beklagten zum Kläger habe C.\_\_\_\_\_ regressive Phänomene gezeigt (Einnässen, Einkoten), welche aktuell gebessert seien. C.\_\_\_\_\_ sei seit Jahren einem ausgeprägten Loyalitätskonflikt zwischen ihren getrennten Eltern ausgesetzt. Sie sei emotional deutlich belastet und sei gedanklich vor allem mit Beziehungsthemen beschäftigt. Im Schulkontext würden Lernschwierigkeiten, mangelnde Zuverlässigkeit und Pünktlichkeit und Schwierigkeiten in der Beziehungsgestaltung zu den Klassenkameradinnen beschrieben. Ihre schulischen Leistungen entsprächen nicht ihrem kognitiven Potential. Sie weise einen deutlichen Nachreifungs- und Förderbedarf für ihre weitere Entwicklung vor allem im sprachlichen, sozialen und emotionalen Bereich auf. Im aktuellen Schul- und Familienkontext könne diesem Förderbedarf nicht in genügendem Masse nachgekommen werden. Es werde deshalb eine interne Beschulung in einer entsprechenden Institution empfohlen. C.\_\_\_\_\_ sei für eine positive Entwicklung auf eine enge schulische Begleitung und ein möglichst spannungsarmes soziales Umfeld angewiesen, in welchem sie sich auf ihre eigenen anstehenden Entwicklungsaufgaben konzentrieren und Leistungsmotivation aufbauen könne. Zusätzlich sei eine psychotherapeutische Begleitung indiziert (Urk. 7/148 S. 5 f.). Anlässlich des Telefonats mit der Vorinstanz vom 16. Januar 2018 präziserte die den Bericht mitverfassende Psychologin, lic. phil. J.\_\_\_\_\_, mit dem Begriff "interne Beschulung" sei eine Heim- oder Internatslösung gemeint, wobei C.\_\_\_\_\_ unter der Woche in der Institution wohne und übernachte. Der Beginn des neuen Schuljahres (2018/2019) erachte sie vorliegend als sinnvollen Zeitpunkt für die Umsetzung der Empfehlungen (Urk. 7/149).

Obschon eine reaktive Bindungsstörung des Kindesalters (F94.1) diagnostiziert und als vordergründig erachtet wurde, weil, wie sich anamnestisch gezeigt habe, C.\_\_\_\_\_ schon früh mit verunsichernden Bindungserfahrungen konfrontiert gewesen sei (Urk. 7/148 S. 5), fehlen im Bericht jegliche Angaben dazu, wie sich diese Bindungsstörung mit der empfohlenen Heimunterbringung unter der Woche vertragen soll, zumal C.\_\_\_\_\_ dadurch erneut aus einem ihr nun vertrauten sozialen Umfeld beim Kläger herausgerissen würde, wo sie seit über drei Jahren lebt und es ihr laut eigenen Angaben gefällt (Urk. 7/126 S. 4; Prot. II S. 16). Auch dem Ergänzungsbericht des Ambulatoriums Bülach vom 31. Januar 2019 lässt sich dazu nichts Konkretes entnehmen. Es wird lediglich darauf hingewiesen, die Empfehlung der internen Beschulung sei ausgesprochen worden, wohl wissend, dass die Unterbringung in einer entsprechenden Institution für ein Kind mit Bindungsstörung keine optimale Lösung sei. Eine aktuelle Empfehlung werde nicht abgegeben, weil der letzte Kontakt mit der Familie am 10. Januar 2018 zwecks Besprechung des Berichts vom 28. November 2017 stattgefunden habe (Urk. 40 S. 1). Bereits durch die Umplatzierung zum Kläger im Oktober 2015 hat sich laut dem kjz Bericht das Befinden von C.\_\_\_\_\_ in emotionaler Hinsicht zusätzlich und zunehmend verschlechtert. Die vorbestehende Verunsicherung hat weiter zugenommen. C.\_\_\_\_\_ habe verhalten, befangen und beim abschliessenden Gespräch niedergeschlagen und entmutigt gewirkt. Sie vermisste ihre Mutter stark (Urk. 7/35 S. 10), obschon sie diese im Rahmen des ausgedehnten Besuchsrechts (jeden Mittwochnachmittag und drei Wochenende im Monat, vgl. Urk. 7/65) gleichwohl noch häufig sah. Auch das Einnässen und Einkoten stand im Zusammenhang mit dem Wohnortswechsel (Urk. 7/148 S. 6 oben). Die im Raum stehende Unterbringung in einem Schulinternat belastet C.\_\_\_\_\_ (Urk. 7/160 S. 2; Urk. 6/187 S. 2; Urk. 12 S. 4 f.; Urk. 20 S. 4; Urk. 21 S. 1; Prot. II S. 17). Es ist schwer nachvollziehbar, inwiefern der diagnostizierten Bindungsstörung C.\_\_\_\_\_s dadurch begegnet werden soll, indem die weiteren funktionierenden Bindungen von C.\_\_\_\_\_ - nebst den Beziehungen zu den beiden Elternteilen sind inzwischen namentlich noch die Beziehungen zu den mittlerweile geborenen Halbschwestern K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ und dem kürzlich geborenen Halbbruder M.\_\_\_\_\_ (vgl. Prot. II S. 16) dazugekommen - gekappt werden sollen und sie aus ihrem Fami-

liennetz herausgerissen werden soll (vgl. Urk. 7/187 S. 4; Urk. 7/186 S. 2). Im Bericht und auch in dessen Ergänzung fehlt eine sorgfältige Abwägung zwischen den Folgen der Fremdplatzierung hinsichtlich der Bindungsstörung und dem Nutzen einer solchen Heimunterbringung in schulischer Hinsicht (Nachreifungs- und Förderbedarf) sowie im Hinblick auf die Entschärfung des Loyalitätskonflikts. Zudem wurden die familiären Beziehungen von C.\_\_\_\_\_ zu ihren Eltern und insbesondere den weiteren Familienangehörigen, namentlich den beiden Halbschwestern K.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2015, und L.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2016, und dem im mm.2018 geborenen Halbbruder M.\_\_\_\_\_ (Prot. II S. 16) und der Stiefmutter und dem Stiefvater N.\_\_\_\_\_ nicht näher untersucht. Die Lebensumstände bei der Beklagten, welche offenbar kürzlich wieder in eine neue Wohnung umgezogen ist (Urk. 7/191 S. 2; Urk. 45 S. 3 f.), wurden überhaupt nicht thematisiert. Thema waren vor allem die schulischen Schwierigkeiten und dass diesen am besten im Rahmen einer Heimlösung begegnet werden könne. Allerdings erfolgte auch hier keine vertiefte Abklärung, nachdem offenbar lediglich am 28. August 2017 ein Telefonat mit der Lehrperson geführt wurde (Urk. 7/148 S. 4). Abgesehen von dem Protokollauszug der Primarschulpflege O.\_\_\_\_\_ [Ortschaft] vom 22. Mai 2018, worin für C.\_\_\_\_\_ der Sonderschulstatus sowie die Zuweisung in ein Sonderschulheim gesprochen wurden, wobei sich diese Massnahmen wiederum auf den Abklärungsbericht des Ambulatoriums stützten (Urk. 7/180), waren keine schulischen Unterlagen aktenkundig.

Weder im Rahmen der Abklärung noch von Seiten der Schule (soweit aktenkundig) wurde im Übrigen eingehend geprüft, inwiefern ambulante Massnahmen, wie etwa die Einweisung in eine Sondertageschule bzw. die Anordnung einer in die Regelklasse integrierten Sonderschulung mit einer ergänzenden psychologischen Therapie, im Hinblick auf den schulischen Nachreifungs- und Förderbedarf nicht erfolgsversprechend sein könnten, sondern vielmehr gerade eine derart einschneidende Massnahme wie die empfohlene interne Beschulung vonnöten sein soll. C.\_\_\_\_\_ pflegt zu beiden Elternteilen unbestrittenermassen eine gute und vertrauensvolle Beziehung (u.A. Urk. 7/35 S. 13 f.; Urk. 7/157 S. 9 f.). Zwar vermag weder der Kläger noch die Beklagte C.\_\_\_\_\_ in schulischer Hinsicht adäquat zu unterstützen. Insbesondere kam C.\_\_\_\_\_ trotz den vielfältigen Massnahmen

(Familienbegleitungen, Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft, Hausaufgabenhilfe, integrative Förderung) während des gesamten Abänderungsverfahrens offenbar immer wieder zu spät zur Schule, war oft müde und erschien ohne benötigte Ausrüstung und Hausaufgaben (vgl. Urk. 2 S. 11 mit Hinweisen). Allerdings rechtfertigt solches noch keine Fremdplatzierung unter der Woche.

Es kann auch nicht pauschal gesagt werden, die Eltern hätten die Zusammenarbeit mit den unterstützenden Stellen verweigert. Vielmehr führte selbst die Beiständin, P.\_\_\_\_\_, in ihrem Rechenschaftsbericht vom 14. Februar 2018 aus, die Eltern würden grundsätzlich gut mit ihr kooperieren (Urk. 7/157 S. 9). Auch die beiden sozialpädagogischen Familienbegleitungen funktionierten über längere Zeit gut (vgl. Urk. 7/104; Urk. 7/107; Urk. 7/132/1-2; Urk. 7/133), bis sie dann mangels weiterer Mitwirkung der Eltern (vgl. Urk. 7/147, der Kläger habe die Begleitung nicht mehr gewollt, die Beklagte sei kaum erreichbar gewesen) auf Ersuchen der Beiständin (Urk. 7/157 S. 11) mittels Verfügung der Vorinstanz vom 28. Mai 2018 eingestellt wurden, zumal sie auch aus Sicht des Kindeswohles nicht mehr notwendig erschienen (Urk. 7/175; Urk. 7/160).

Dem von der Kammer eingeholten Bericht der Klassenlehrperson von C.\_\_\_\_\_, Q.\_\_\_\_\_, vom 8. Februar 2019, kann entnommen werden, dass die Gemütslage von C.\_\_\_\_\_ schwankend sei. Mal gehe es ihr gut und dann sei sie wieder sehr betrübt. Man merke, dass sie zu Hause wenig unterstützt werde und vieles selber schaffen müsse. Ihre schulischen Leistungen seien in vielen Bereichen ungenügend. Sie sei schlecht auf Prüfungen vorbereitet und die Hausaufgaben würden unzuverlässig erledigt. Grundsätzlich wolle C.\_\_\_\_\_ leisten und frage zwischendurch nach einem Tipp oder komme einmal früher, um noch etwas zu fragen oder noch zusätzlich zu üben. Seit dem Klassenlager anfangs der 6. Klasse sei C.\_\_\_\_\_ nunmehr besser in der Klasse integriert und auch mit mehr Mädchen der Klasse zusammen. Die Zusammenarbeit mit dem Vater gestalte sich eher schwierig. Die Zuteilungsempfehlung für die Oberstufe laute Abteilung B und in der Mathe das tiefste Niveau III. Falls schützende oder stützende Massnahmen beschlossen würden, wäre es wichtig, diese auf die Zeit nach Abschluss der 6.

Klasse zu planen, damit C.\_\_\_\_\_ ihre Schulzeit in der Primarschule noch gemeinsam mit den anderen Kindern abschliessen könne (Urk. 41).

Zwar wurde C.\_\_\_\_\_ von der Vorinstanz am 6. September 2017 angehört, allerdings stand damals das Thema Fremdplatzierung noch nicht im Raum (Urk. 7/126). Beim Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern ist das Kind jedoch zwingend anzuhören (vgl. Art. 310 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 314a Abs. 1 ZGB; vgl. auch Art. 298 ZPO). Das Anhörungsrecht des Kindes hat persönlichkeitsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Charakter, bezweckt also dem Kind die Wahrnehmung höchstpersönlicher Rechte zu ermöglichen und zugleich den objektiven Sachverhalt und alle im Kindesinteresse liegenden tatsächlichen Umstände festzustellen (Schwander, OFK-ZPO, ZPO 298 N 3). Die erneute Anhörung von C.\_\_\_\_\_ zur für sie einschneidenden Frage der Fremdplatzierung sowie auch zwecks Aktualisierung der Verhältnisse war aus prozessökonomischen Gründen im Berufungsverfahren durchzuführen. Anlässlich der Kindsanhörung vom 21. Januar 2019 erschien C.\_\_\_\_\_ der Gerichtsdelegation als sympathisches, eher zurückhaltendes Mädchen, welches breitwillig alle Fragen beantwortete und seine Meinung klar äusserte. Sie führte aus, Deutsch, Mathematik und Französisch möge sie nicht sehr gerne. In ihrer Klasse fühle sie sich wohl und habe auch drei Freundinnen. Sie vergesse nicht mehr sehr häufig, die Hausaufgaben zu erledigen und sei auch noch nie zu spät zur Schule gekommen. Sie denke, dass sie sich in der Schule verbessert habe und wohl in die Sekundarstufe B, Niveau 3, eingeteilt werde. Sie lebe immer noch beim Vater in O.\_\_\_\_\_ in der 3,5-Zimmerwohnung mit der Stiefmutter, der Halbschwester K.\_\_\_\_\_ und dem kürzlich geborenen Halbbruder M.\_\_\_\_\_. Mit der Stiefmutter habe sie ein gutes Verhältnis. Sie könne zu Hause auch ungestört Hausaufgaben machen. Insgesamt gehe es ihr beim Vater gut. Die Mutter, welche in den Kanton Aargau umgezogen sei, sehe sie jedes zweite Wochenende von Freitag bis Sonntag. Diese hole sie jeweils mit dem Auto von der Schule ab. Die Mutter habe eine grosse Wohnung, worin auch der Stiefvater N.\_\_\_\_\_ und ihre Halbschwester L.\_\_\_\_\_ lebten. Mit dem Stiefvater verstehe sie sich viel besser als früher. Die Mutter sei erneut schwanger und arbeite zurzeit nicht. Sie vermisse ihre Mutter und würde gerne bei ihr wohnen, sofern sie nicht die Schule wechseln müsste. Den Vater würde sie

dann am Mittwoch oder am Wochenende besuchen gehen. Das Schulheim in E.\_\_\_\_\_ habe sie besucht. Sie möchte aber nicht dorthin, weil sie nicht ihre jetzige Klasse wechseln wolle. Sie möchte in ihrer Klasse bleiben. Sie habe sich jetzt auch verbessert in der Schule. Zudem könnte sie auch nach der Schule noch einen Stützunterricht besuchen. Sie möchte eine Therapie machen (Prot. II S. 15-18).

**3.3.** Zusammenfassend erscheint der Bericht des Ambulatoriums Bülach vom 28. November 2017 (Urk. 7/148) samt der wenig ergiebigen Ergänzung vom 31. Januar 2019 (Urk. 40) im Hinblick auf die Frage der Verträglichkeit der Bindungsstörung mit der empfohlenen Heimeinweisung nicht schlüssig und setzt sich mit der Möglichkeit einer vorzuziehenden ambulanten Massnahme nicht explizit auseinander. Überdies wurden auch die familiären Bindungen C.\_\_\_\_\_s nicht eingehend untersucht. Zudem liegt dieser Bericht nunmehr ein Jahr und vier Monate zurück. Inzwischen hat sich jedoch die schulische Situation von C.\_\_\_\_\_ jedenfalls dahingehend verbessert, dass sie sozial in der Klasse Anschluss gefunden hat und immerhin in die (ordentliche) Sekundarstufe B eingestuft werden kann. Sie bekommt zwar nach wie vor diverse schulische Unterstützungsmassnahmen (integrative Förderung in Mathematik, Hausaufgabenhilfe, Lernzentrum; Urk. 41 S. 1), von einer Sonderbeschulung ist zurzeit jedoch keine Rede mehr. Vielmehr empfiehlt sogar die Klassenlehrperson allfällige Massnahmen erst nach Abschluss der 6. Primarschulklasse zu planen, damit C.\_\_\_\_\_ ihre Schulzeit in der Primarschule noch gemeinsam mit den anderen Kindern abschliessen könne. Positiv ist auch zu verzeichnen, dass sich C.\_\_\_\_\_, wenngleich sie ihre schulische Situation etwas zu beschönigen scheint (Prot. II S. 16, 18), von sich aus in der Schule mehr bemüht, indem sie sich bei der Lehrerin hinsichtlich Tipps erkundigt oder manchmal auch früher zur Schule kommt, um noch etwas zu fragen oder zusätzlich zu üben. Zwischendurch geht sie auch ins Lernzentrum (Urk. 41 S. 1 f.). C.\_\_\_\_\_ lehnt eine Fremdplatzierung ab. Insgesamt geht es ihr beim Vater gut, auch wenn sie lieber zur Mutter ziehen möchte, sofern diese in die Nähe von O.\_\_\_\_\_ ziehen würde (Prot. II S. 16 ff.). Ab einem Alter von zirka elf bis zwölf Jahren ist auch dem Wunsch des betroffenen Kindes angemessen Rechnung zu tragen (Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. A., Bern 2014,

Rz. 2.11). Der Wunsch der 13-jährigen C.\_\_\_\_\_ ist somit angemessen zu berücksichtigen.

Nach dem Gesagten ist eine akute, eine Fremdplatzierung rechtfertigende, Kindswohlfährdung nicht (mehr) ersichtlich. Im Gegenteil hat sich eine gewisse Verbesserung bzw. Normalisierung jedenfalls der sozialen schulischen Situation von C.\_\_\_\_\_ ergeben und sie wird die reguläre Oberstufe besuchen können. Im Rahmen der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen besteht somit zurzeit kein (dringlicher) Handlungsbedarf mehr. C.\_\_\_\_\_ soll die 6. Primarschulklasse in O.\_\_\_\_\_ beenden können. Die Anordnung einer Fremdplatzierung erscheint momentan weder indiziert noch verhältnismässig.

In Gutheissung der Berufung ist somit die Verfügung der Vorinstanz vom 28. August 2018 aufzuheben und den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihre Tochter C.\_\_\_\_\_ zu belassen.

**4.** Anzumerken bleibt, dass sich zurzeit kein Wechsel der Obhut über C.\_\_\_\_\_ vom Kläger auf die Beklagte aufdrängt. C.\_\_\_\_\_ geht es beim Kläger insgesamt gut (Prot. II S. 16). Die Lebensumstände der Beklagten erscheinen unklar. Obschon sie C.\_\_\_\_\_ in Aussicht gestellt hatte, in die Umgebung von O.\_\_\_\_\_ zu ziehen (Prot. II S. 17), bezogen sie und ihr Ehemann N.\_\_\_\_\_ offenbar per Februar 2019 eine neue Wohnung im Aargau (vgl. Urk. 45 S. 3 f.). Zudem ist die Beklagte erneut schwanger. Auch das Verhältnis zwischen C.\_\_\_\_\_ und dem Stiefvater bedarf vertiefter Abklärung (vgl. Urk. 45 S. 5). Die Obhut über C.\_\_\_\_\_ verbleibt somit weiterhin beim Kläger, während der Beklagten ein Besuchsrecht zusteht (vgl. Urk. 7/65). Die Vorinstanz wird im Rahmen des Hauptprozesses zu ergründen haben, ob die Obhut beim Kläger verbleiben oder der Beklagten zuzuteilen sein wird.

Sodann ist die erneute Anordnung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung, wie sie nunmehr offenbar der Kläger und die Kindsvertreterin für sinnvoll erachten (vgl. Urk. 45 S. 3; Urk. 47 S. 5) abzulehnen. Die bei beiden Eltern angeordneten Familienbegleitungen brachten in der Vergangenheit mit Sicht auf das Kindwohl

nichts und wurden, nachdem beide Eltern nicht mehr mitwirkten, schliesslich mit Verfügung der Vorinstanz vom 28. Mai 2018 aufgehoben (vgl. Urk. 7/175).

5. Unbestritten ist indes seit Längerem, dass C.\_\_\_\_\_ einer kinderpsychologischen Therapie bzw. psychotherapeutischen Begleitung bedarf. Eine solche erfolgte bislang indes lediglich im Rahmen der Abklärungen des Ambulatoriums Bülach ab Juni 2017 (Urk. 7/148 S. 1, 6; Urk. 7/119 S. 6; Urk. 7/138 S. 3; Urk. 7/160 S. 3; Urk. 7/161). C.\_\_\_\_\_ führte anlässlich der Kindsanhörung selbst aus, dass sie eine Therapie machen möchte (Prot. II S. 18). Gestützt auf Art. 307 ZGB ist daher für C.\_\_\_\_\_ eine psychotherapeutische Begleitung anzuordnen. Der Beiständin ist dementsprechend der zusätzliche Auftrag und die besondere Befugnis nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zu erteilen, diese therapeutische Begleitung in die Wege zu leiten.

#### **D. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Vorinstanz behielt die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vor (Urk. 2 S. 12; Art. 104 Abs. 3 ZPO). Weiterungen erübrigen sich daher.

2. Im Berufungsverfahren liessen beide Parteien die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Belassung des Aufenthaltsbestimmungsrechts über C.\_\_\_\_\_ bei den Eltern beantragen (Urk. 1 S. 2; Urk. 20 S. 2). Ausgangsgemäss wird somit keine Partei kostenpflichtig (Art. 106 Abs.1 ZPO), weshalb die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ausser Ansatz fällt. Auch die weiteren Kosten für die Kindsvertretung und die Ergänzung des Berichts des Ambulatoriums Bülach (Fr. 120.–, vgl. Urk. 43) gehören zu den Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. c und e ZPO) und sind dem Verfahrensausgang entsprechend aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Die Kosten der Kindsvertreterin sind dabei antragsgemäss auf Fr. 2'141.45 festzusetzen (vgl. Urk. 48; Art. 105 Abs. 1 ZPO; § 1 AnwGebV; BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2; Fr. 2'108.– Honorar [9,58 h x Fr. 220] + Fr. 66.05 Barauslagen [Urk. 48] + Fr. 167.40 [7.7 % MWST.] - Fr. 200.– [Entschädigung der Kindsvertreterin für ihre Bemühungen im identischen Verfahren Prozess-Nr. LY180046 gemäss Erledigungsbeschluss vom 27. September 2018, vgl.

Prozess-Nr. LY180046-O: Urk. 8 S. 8 Dispositivziffer 5]). Parteientschädigungen sind keine geschuldet.

## **E. Unentgeltliche Rechtspflege**

1. Beide Parteien ersuchten im Berufungsverfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung (Urk. 12 S. 3; Urk. 20 S. 3). Weil sie im Berufungsverfahren keine Kosten zu tragen haben, werden ihre Gesuche bezüglich Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gegenstandslos und sind entsprechend abzuschreiben.

2. Da keine Parteientschädigungen zuzusprechen sind, sind jedoch ihre Anträge betreffend Bewilligung der unentgeltlichen Rechtsvertretung nach wie vor zu prüfen. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Um dem Gericht die Beurteilung des Gesuchs zu ermöglichen, muss die gesuchstellende Partei ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse darlegen und belegen. Es gilt der beschränkte Untersuchungsgrundsatz, die gesuchstellende Partei hat aber umfassend mitzuwirken (Mohs, OFK-ZPO, ZPO 119 N 2). Nach der Rechtsprechung zum verfassungsmässigen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat das Gericht allenfalls unbeholfene Personen auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege benötigt. Wer durch einen Rechtsanwalt vertreten wird, kann nicht als unbeholfen gelten (BGer 4A\_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2).

2.1. Der anwaltlich vertretene Kläger vermag seiner Mitwirkungspflicht knapp zu genügen. Zwar ist sein aktueller Verdienst noch unklar (er arbeitet offenbar seit 1. Juli 2018 bei der Firma R.\_\_\_\_\_ GmbH, wo er ab September 2016 schon einmal im 50 % Pensum arbeitete und Fr. 27'000.– brutto plus Fr. 3'000.– Spesen pro Jahr verdiente [vgl. Urk. 4/3 = Urk. 16/3]), allerdings ist nicht davon auszugehen, dass ihm nach der Deckung seines Bedarfs und des Bedarfs seiner Familie (nicht erwerbstätige Ehefrau, C.\_\_\_\_\_, K.\_\_\_\_\_ und M.\_\_\_\_\_) samt den laufenden Steuern ein Überschuss verbleibt, welcher ihm die Bezahlung seines Rechts-

vertreters innert Jahresfrist ermöglichen würde, zumal er in der Vergangenheit maximal durchschnittlich Fr. 5'330.20 netto pro Monat verdiente (Urk. 12 S. 7; Urk. 16/3; Urk. 7/2/6; Urk. 7/29/1; Urk. 7/60/1-5; vgl. auch Urk. 7/67 S. 3; Urk. 7/60/9 S. 3). Seine Mittellosigkeit erscheint daher glaubhaft. Weil auch die weiteren Voraussetzungen der fehlenden Aussichtslosigkeit und Notwendigkeit anwaltlicher Vertretung erfüllt sind, ist dem Kläger im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu bewilligen und Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

**2.2.** Die Beklagte macht geltend, wie aus den Akten der Vorinstanz hervorgehe, sei sie finanziell auf Unterstützung angewiesen. Sie selber verfüge über kein Einkommen, da sie nicht erwerbstätig sei. Sie sei lange von der Sozialhilfe der Gemeinde S.\_\_\_\_\_ unterstützt worden. Aktuell beziehe sie in ihrer neuen Wohnsitzgemeinde (T.\_\_\_\_\_) keine Sozialhilfe mehr. Ihr Ehemann sei jedoch phasenweise immer wieder arbeitslos. Sie lebe mit ihrer Familie am Rande des Existenzminimums und könne das vorliegende Berufungsverfahren nicht finanzieren (Urk. 20 S. 6).

Zwar lebte die Beklagte seit Februar 2015 von der Sozialhilfe (vgl. Urk. 7/67 S. 4) und hat hohe Schulden und Beteiligungen (vgl. Urk. 7/12/115 S. 7; Urk. 7/35 S. 3). Aktuell ist sie jedoch nicht mehr fürsorgeabhängig und scheint vom Einkommen ihres Ehemannes zu leben. Der Ehemann der Beklagten hat sie mit Blick auf die eheliche Beistands- und Unterstützungspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB) auch hinsichtlich der Finanzierung von Prozessen zu unterstützen. Diesbezüglich vermochte die Beklagte jedoch weder das Einkommen ihres Ehemannes noch dessen geltend gemachte phasenweise Arbeitslosigkeit substantiiert zu behaupten geschweige denn zu belegen. Das Nämliche gilt für den aktuellen Bedarf der Familie. Auch bezüglich allfälliger regelmässiger Schuldentilgungen äusserte sich die Beklagte mit keinem Wort. Sie lässt lediglich ausführen, selber über kein Einkommen zu verfügen, weil sie nicht erwerbstätig sei (Urk. 20 S. 6). Indessen erhellt aus dem Rechenschaftsbericht der Beiständin vom 14. Februar 2018, dass die Beklagte eine Anstellung bei der U.\_\_\_\_\_ mit unregelmässigen Arbeitszeiten gefunden habe (Urk. 7/157 S. 11 unten; vgl. auch Urk. 7/137 [Einsatzvertrag

V.\_\_\_\_\_] ). Zu diesem temporären Arbeitsverhältnis sagte die Beklagte allerdings nichts.

Mit ihren knappen, durch keinerlei Belege untermauerten Angaben kommt die anwaltlich vertretene Beklagte ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht hinreichend nach. Im Falle prozessualer Nachlässigkeit ist keine Nachfrist zur Behebung der Mängel anzusetzen. Vielmehr ist das beklagte Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren ohne weiteres abzuweisen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Die Gesuche der Parteien um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren werden als gegenstandslos erledigt abgeschlossen.
2. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtsverteidigung gewährt und es wird ihm Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtsvertretung im Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Winterthur vom 28. August 2018 wird aufgehoben und den Eltern A.\_\_\_\_, geboren tt. Mai 1980, Staatsangehöriger von Kosovo (Kläger), und B.\_\_\_\_, geboren tt. September 1985, Staatsangehörige von Kosovo (Beklagte), wird das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihre Tochter C.\_\_\_\_, geboren tt.mm.2005, Staatsangehörige von Kosovo (weitere Verfahrensbeteiligte), belassen.

2. Es wird für C.\_\_\_\_\_ im Sinne einer vorsorglichen Massnahme eine psychotherapeutische Begleitung angeordnet. Der Beiständin wird der zusätzliche Auftrag und die besondere Befugnis nach Art. 308 Abs. 2 ZGB erteilt, diese therapeutische Begleitung unverzüglich in die Wege zu leiten.
3. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren fällt ausser Ansatz.
4. Die weiteren Kosten betragen:

Fr. 120.–	Kosten Ergänzungsbericht Ambulatorium Bülach
<u>Fr. 2'141.45</u>	Kosten Kindsvertretung
<b><u>Fr. 2'261.45</u></b>	<b>Total</b>
5. Die weiteren Kosten werden auf die Gerichtskasse genommen.
6. Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als Kindsvertreterin für das Berufungsverfahren mit Fr. 2'141.45 aus der Gerichtskasse entschädigt.
7. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Verfahrensbeteiligte, an letztere und die Beklagte je unter Beilage eines Doppels bzw. einer Kopie von Urk. 50, an die Vorinstanz sowie an die Beiständin P.\_\_\_\_\_, Kinder- und Jugendhilfezentrum (kjz), F.\_\_\_\_\_, ... [Adresse].
9. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG bzw. 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.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 8. April 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
am