

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ150046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch.

Beschluss und Urteil vom 16. Oktober 2015

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Bewilligung zur Aufnahme eines Pflegekindes**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 10. Juli 2015 i.S. C. _____, geb. tt.mm.1999; VO.2015.24 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)

Erwägungen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin ist die allein sorgeberechtigte Mutter von C._____, geb. tt.mm.1999. Der Beschwerdegegner ist mit der Beschwerdeführerin verheiratet und lebt – von ihr getrennt – zusammen mit seinen Kindern und C._____ in ... (Winterthur). Die Beschwerdeführerin war am 7. Oktober 2014 aus der ehelichen Wohnung ausgezogen. Der tatsächliche Aufenthaltsort von C._____ befindet sich seither und bis heute beim Stiefvater. Mit Entscheid vom 19. Februar 2015 erteilte der Vizepräsident der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) der Bezirke Winterthur und Andelfingen dem Beschwerdegegner eine unbefristete Familienpflegebewilligung für C._____. Diese bildet Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

2. Am 19. März 2015 beantragte die Beschwerdeführerin beim Bezirksrat Winterthur, es sei der Entscheid der KESB Winterthur und Andelfingen vom 19. Februar 2015 aufzuheben und die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung an die KESB zurück zu weisen. Im weiteren verlangte sie die Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege für das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren (act. 7/1). Nach Einholung einer Vernehmlassung der KESB Winterthur und Andelfingen (act. 7/9) sowie der Beschwerdeantwort des Beschwerdegegners (act. 7/12) stellte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Beschwerdeantwort am 27. Mai 2015 zu (act. 7/15). Mit Urteil vom 10. Juli 2015 wies der Bezirksratspräsident des Bezirkes Winterthur die Beschwerde ab (act. 8/6 = act. 7/20 = act. 6). Der Entscheid wurde den Parteien am 13. bzw. am 14. Juli 2015 zugestellt (act. 7/21).

3. Am 29. Juli 2015 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde bei der Kammer. Sie stellt folgende Anträge (act. 2 S. 2):

"1. Das Urteil des Bezirkes Winterthur vom 10. Juli 2015 sei aufzuheben.

2. Die durch den Entscheid der KESB Bezirke Winterthur und Andelfingen vom 19. Februar 2015 erteilte Bewilligung zur Aufnahme eines Pflegekindes sei aufzuheben.
3. Es sei der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor Bezirksrat die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und der Unterzeichnende sei als ihr unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bezeichnen.
4. Die Kosten des Verfahrens vor Bezirksrat seien dem Beschwerdegegner zu auferlegen und es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner für das Verfahren bei der Vorinstanz keine Parteientschädigung schuldet.
5. Es sei der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und der Unterzeichnende sei als ihr unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bezeichnen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

Im weiteren stellte sie den Beweisantrag:

"Es sei beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein Bericht über die aktuellen migrationsrechtlichen Abklärungen betreffend den Beschwerdegegner einzuholen, der insbesondere Auskunft gibt zum aktuellen Stand des migrationsrechtlichen Verfahrens sowie zu allfälligen Vorstrafen des Beschwerdegegners im Ausland."

Nach Eingang der beigezogenen Akten der KESB (act. 8/1-6 und act. 9/1-52) und des Bezirksrates (act. 7/1-21) wurde dem Beschwerdegegner am 10. August 2015 Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (act. 10). Die Beschwerdeantwort erging fristgerecht am 14. September 2015 (act. 12 i.V.m. act. 11/2). Das Verfahren erweist sich heute als spruchreif. Der Beschwerdeführerin ist mit dem Entscheid ein Doppel der Beschwerdeantwort und der Beilagen zuzustellen.

II.

Das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen richtet sich primär nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen (Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [EG KESR] und Gerichtsorganisationsgesetz [GOG]), subsidiär gelten die Bestimmungen der ZPO (Art. 450f ZGB; § 40 EG KESR). Für Beschwerden gegen Entscheide des Bezirksrates ist gemäss § 30 GOG das angerufene Obergericht zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 64 EG KESR). Die Beschwerdeführerin ist als allein sorgeberechtigte Mutter von C._____ zur Beschwerdeführung ohne weiteres legitimiert (vgl. Art. 450 Abs. 2 ZGB). Die Beschwerde ging innert Frist, mit Anträgen

versehen und schriftlich begründet bei der Beschwerdeinstanz ein. Dem Eintreten steht nichts entgegen.

III.

1. Vorbringen der Parteien und vorinstanzlicher Entscheid

1.1 Wie bereits im ersten Beschwerdeverfahren macht die Beschwerdeführerin geltend, die unbefristete Bewilligung zum Verbleib von C._____ in der Familienpflege seines Stiefvaters sei klar widerrechtlich, verletze ihre Befugnisse als Inhaberin der elterlichen Sorge und insbesondere ihr Aufenthaltsbestimmungsrecht für den Sohn C._____. Es sei rechtlich nicht haltbar, eine Bewilligung zur Aufnahme eines Pflegekindes zu erteilen, obwohl weder die Zustimmung der Inhaberin der elterlichen Sorge vorliege noch ihr die Obhut in einem Kindesschutzverfahren entzogen worden sei. Entgegen der Auffassung im bezirksrätlichen Entscheid gehe es nicht um die generelle Beurteilung der Eignung eines Pflegeplatzes; vielmehr müsse der individuell-konkrete Fall mit seinen tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten beurteilt werden; die Rechte der Inhaberin der elterlichen Sorge dürften im Verfahren über die Erteilung einer Pflegeplatzbewilligung nicht einfach ausgeklammert werden, als würden sie nicht existieren. Die Erteilung der Pflegebewilligung laufe de facto auf eine behördliche Fremdplatzierung hinaus; diese dürfe gegen den Willen der Inhaberin der elterlichen Sorge nur unter den Voraussetzungen und im Verfahren des Obhutsentzuges im Sinne von Art. 310 Abs. 1 ZGB vorgenommen werden. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, mit der Erteilung der Pflegebewilligung werde sie daran gehindert ihre elterlichen Befugnisse wahrzunehmen, was mit dem Ziel von Art. 1a der Pflegekinderverordnung (PAVO) vom 19. Oktober 1977 (Stand 1. Januar 2014), wonach beim Entscheid vorrangig das Kindeswohl zu berücksichtigen sei, nicht vereinbar sei (act. 2 S. 3 -5 Ziff. 1 - 4). Die Beschwerdeführerin bestreitet weiter unter Angabe verschiedener Begründungen, dass der Beschwerdegegner für gute Pflege, Erziehung und Ausbildung des Kindes genügend Gewähr im Sinne von Art. 5 PAVO biete. Sie bezeichnet den Abklärungsbericht des kjz Winterthur vom 28. Januar 2015 als einseitig und tendenziös. Die Sachverhaltsfeststellung erweise sich als mangelhaft und unvollständig; es sei geboten, den migrationsrechtlichen Hinter-

grund des vorliegenden Falles sowie allfällige Vorstrafen des Beschwerdegegners im Ausland in die Beurteilung einzubeziehen (act. 2 S. 5-7 Ziff. 6 und 7). Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin das Vorgehen der KESB, welche ihren Entscheid gestützt auf den Abklärungsbericht gefällt habe, ohne dass sie, die Beschwerdeführerin, Gelegenheit gehabt hätte, zum Abklärungsbericht bzw. zur Frage der Pflegebewilligung Stellung zu nehmen. Hierin liege eine Verweigerung des Anspruchs auf rechtliches Gehörs, was auch zur Aufhebung der Pflegebewilligung führen müsse (act. 2 S. 5 Ziff. 5).

1.2 Der Beschwerdegegner beantragt die Abweisung der Beschwerde und weist darauf hin, dass C._____ an seinem tatsächlichen Wohnsitz als Wochenaufenthalter gemeldet sei. Er hält dafür, die der Inhaberin der elterlichen Sorge zustehende primäre Entscheidungskompetenz werde unter Umständen durch das Kindeswohl, den Persönlichkeitsschutz des Kindes und die Handlungsfähigkeit des Kindes beschränkt: C._____ sei ein 16-jähriger junger Mann, der mit halbem Fuss im Erwerbs- und Erwachsenenleben stehe und mehrfach klar geäussert habe, dass er bei seinem Stiefvater und seinen Stiefgeschwistern leben möchte. C._____ sei in der Lage zu entscheiden, wo er leben möchte, und das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter sei insoweit beschränkt, ohne dass es für die Erteilung der Pflegeplatzbewilligung eines Obhutsentzuges bedürfe. Es entspreche vorliegend dem Kindeswohl, dass C._____ sich bei ihm, dem Beschwerdegegner, aufhalte, und es seien auch die Voraussetzungen von Art. 5 PAVO erfüllt. Er verweist sodann auf seine nunmehr bis am 22. März 2016 verlängerte Aufenthaltsbewilligung B (act. 13/2) und weist die von der Beschwerdeführerin im Übrigen erhobenen Einwände zurück (act. 12).

1.3 Die Vorinstanz hielt im angefochtenen Entscheid dafür, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Beschwerdeführerin nicht Gegenstand des Verfahrens sei. Sie prüfte einzig, ob der Beschwerdegegner die Voraussetzungen für die Erteilung einer Pflegebewilligung gemäss Art. 5 PAVO erfülle, was sie in Übereinstimmung mit den Beobachtungen der Fachpersonen und den Aussagen von C._____ in Bestätigung des Entscheides der KESB Winterthur und Andelfingen vom 19. Februar 2015 bejahte. Sie wies darauf hin, dass die Beschwerdeführerin

nicht geltend gemacht habe, C._____ wäre in der Pflegefamilie nicht gut versorgt oder die Abklärungen des kJz Winterthur seien unrichtig festgestellt worden. Die in der Gefährdungsmeldung der Beschwerdeführerin geäusserten Befürchtungen würden in einem neuen Verfahren der KESB behandelt (act. 6).

2. Vorgeschichte

Für C._____ besteht seit dem 18. Dezember 2006 eine Beistandschaft, mit Beschluss vom 27. August 2014 übernahm die KESB Winterthur und Andelfingen die Beistandschaft von der KESB Bülach Süd und erteilte der Beistandsperson im Rahmen von Art. 308 Abs. 1 ZGB die Aufträge (a) C._____ und seine Mutter in der aktuellen Lebenssituation mit Rat und Tat zu unterstützen und (b) für eine förderliche Entwicklung von C._____ in persönlicher, schulischer sowie später beruflicher Hinsicht besorgt zu sein. Sodann errichtete die KESB Winterthur und Andelfingen zusätzlich eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB mit den besonderen Befugnissen, (a) im Interesse von C._____, der jeweiligen Situation entsprechend, die notwendigen Vorkehrungen hinsichtlich Pflege, Erziehung und Ausbildung zu treffen, (b) hinsichtlich aller Aufträge Rücksprache mit den involvierten Fachpersonen der Schule betreffend die schulische Situation C._____'s zu nehmen, (c) sich vor Ort ein Bild über die aktuelle Wohn-/Aufenthaltssituation von C._____ zu machen, (d) mit C._____ und seiner Mutter zu versuchen, zwecks Wiederaufnahme der Beziehung zwischen dem Sohn und der Mutter, klärende Gespräche zu führen und schliesslich (e) zuhanden der KESB Bericht zu erstatten. Zur Beiständin wurde D._____, kJz Winterthur, ernannt (act. 9/30).

Einen ersten Verlaufsbericht erstellte die Beiständin am 9. Dezember 2014. Sie hielt die widersprüchliche Haltung der Beschwerdeführerin mit Bezug auf das Getrenntleben fest und dass die Beschwerdeführerin Gleichgültigkeit mit Bezug auf den Verbleib des Sohnes geäussert habe. Weiter hielt sie fest, dass C._____ unmissverständlich zu verstehen gegeben habe, beim Stiefvater und den Stiefgeschwistern bleiben zu wollen, dass seitens der Schule eine Verbesserung der Situation von C._____ festgestellt worden sei, seit der Beschwerdegegner die Verantwortung übernommen habe, und dass sie, die Beiständin, bei einem neuerlichen Wechsel für C._____ eine Gefahr sehe und sie deshalb zur Unterstützung

schnellstmöglich einen Pflegevertrag erstelle und nötigenfalls Antrag auf Obhutsentzug stellen würde (act. 9/35). Am 17. Februar 2015 stellte die Beiständin bei der KESB Winterthur und Andelfingen den Antrag, es sei ihr der Auftrag zu erteilen, für einen Pflegevertrag und die Finanzierung der Unterbringung von C._____ besorgt zu sein sowie dessen Unterhaltsanspruch zu regeln. Des weiteren seien nach Art. 306 Abs. 3 ZGB die elterlichen Rechte der Kindsmutter in Bezug auf einen Ferienaufenthalt einzuschränken (act. 9/38). Am 20. Februar 2015 hob die KESB Winterthur und Andelfingen das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Beschwerdeführerin über C._____ für die Dauer vom 20. Februar bis 4. März 2015 auf und erlaubte dem Stief- und Pflegevater mit C._____ in dieser Zeit Ferien in Serbien zu verbringen (act. 9/40 S. 4 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Die KESB nahm weiter Vormerk, dass gemäss Beiständin die Kindsmutter einem Verbleib von C._____ beim Stiefvater und dessen Kinder ambivalent gegenüberstehe und auch die Unterhaltsregelung noch nicht geklärt sei (act. 9/40 Dispositiv-Ziffer 3). Gemäss Aktennotiz vom 20. Februar 2015 (act. 9/41) wurde der Entscheid den Parteien mündlich am Telefon eröffnet. Die Beschwerdeführerin soll gegenüber der KESB dabei gesagt haben, sie wünsche ein Gespräch, weil sie Probleme mit der Beiständin habe; sie habe "gestern" ein Schreiben geschickt. Es wurde der Beschwerdeführerin gemäss dieser Aktennotiz in Aussicht gestellt, dass man sich mit ihr in Verbindung setzen werde (a.a.O.).

Am 6. Februar 2015 hatte das kJz Winterthur im Namen des Beschwerdegegners die Erteilung der Bewilligung zur dauerhaften Aufnahme des Pflegekindes C._____ beantragt (separat geführtes Verfahren der KESB Winterthur und Andelfingen, act. 8/1 und act. 8/1/1-5). Diesem liegt ein Abklärungsbericht des kJz Winterthur vom 28. Januar 2015 über das Pflegekind und die Pflegefamilie bei (act. 8/1.1), ebenso ein von der Beiständin unterzeichneter "Bericht und Antrag der fallführenden Fachperson" vom 6. Januar 2015, welchem zu entnehmen ist, dass die definitiv aus der Familienwohnung ausgezogene Mutter akzeptiere, dass ihr Sohn beim Stiefvater und dessen Kinder bleiben möchte, und sie selbst kein Interesse habe, mit C._____ zu wohnen. Es wird auf ein Zerwürfnis zwischen Mutter und Sohn hingewiesen. Der Jugendliche wünsche keinen Kontakt zu seiner Mutter und die Mutter mache auch keine Anstalten, sich ihrem Sohn wieder

anzunähern (act. 8/1.2 S. 4). Im Abklärungsbericht vom 28. Januar 2015 kommt die zuständige Betreuerin des KJZ Winterthur gestützt auf ihre Abklärungen zur Einschätzung, dass die Platzierung von C._____ bei der Familie A._____ optimal sei. C._____ fühle sich wohl. Herr A._____ sei ein sehr zuverlässiger und warmerherziger Mensch und würde C._____ ein warmes Zuhause bieten, Freiheiten lassen, aber auch Struktur, Halt und Orientierung geben (act. 8/1.1 S.4). Gestützt auf diese Grundlagen erging alsdann am 19. Februar 2015 der angefochtene Entscheid des Vizepräsidenten der KESB Winterthur und Andelfingen (act. 8/2).

Vom 6. Februar 2015 datiert eine Gefährdungsmeldung der Beschwerdeführerin an die KESB, in welcher diese u.a. mitteilt, dass sie seit ihrem Wegzug aus der Familienwohnung am 7. Oktober 2014 keinen Kontakt mehr mit dem Sohn habe aufnehmen können, dass sie möchte, dass ihr Sohn bei ihr lebe und sie in diesem Zusammenhang im KESB-Bericht vom August 2014 falsch wieder gegeben worden sei (act. 9/43). Der Begleitbrief zur Gefährdungsmeldung datiert vom 8. Februar 2015, beides soll bei der KESB Winterthur und Andelfingen am 24. Februar 2015, mithin nach Erlass des angefochtenen Entscheides, eingetroffen sein (act. 9/43, vgl. auch Vernehmlassung KESB im ersten Beschwerdeverfahren, act. 7/9).

3. Würdigung

3.1 Aus den Akten ergibt sich, dass der Entscheid der KESB vom 19. Februar 2015, mit welchem dem Beschwerdegegner die unbefristete Pflegebewilligung für C._____ erteilt wurde, erging, ohne dass die Beschwerdeführerin als Inhaberin der alleinigen elterlichen Sorge sich dazu hätte äussern können. Sie erhielt auch keine Gelegenheit zu den von der Behörde eingeholten Berichten Stellung zu nehmen. Durch den Entscheid ist die Beschwerdeführerin in ihren elterlichen Rechten massiv tangiert, was der Beschwerdegegner nicht in Frage stellt. Er geht allerdings davon aus, dass sich die Beschwerdeführerin dies gefallen lassen müsse (act. 12 S. 3). Die Beschwerdeführerin rügt zu Recht, dass das Vorgehen ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt (act. 2 S. 5 Ziff. 5); hiezu äusserte sich der Beschwerdegegner nicht.

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Klärung des Sachverhaltes, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Zum Gehörsanspruch gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines ihn belastenden Entscheides zur Sache zu äussern (BGer 5A_359/2009 vom 4. August 2009 E. 2.2 mit Hinweis auf BGer 5A_780/2008 vom 9. Februar 2009 E. 2.2). Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV ist formeller Natur. Seine Verletzung führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels grundsätzlich zu dessen Gutheissung und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides. Eine Heilung des Mangels kommt nach der Rechtsprechung bei nicht besonders schwerwiegender Verletzung in Betracht. Vorliegend, wo die Beschwerdeführerin vor dem Entscheid der KESB gänzlich vom Verfahren ausgeschlossen war, ist von einer schwerwiegenden Gehörsverletzung auszugehen, was eine Heilung des Mangels grundsätzlich ausschliesst (BGer 5A_359/2009 vom 4. August 2009 E. 3; BGE 133 I 201 E. 2.2). Der angefochtene Entscheid des Bezirksratspräsidenten und der diesem zugrunde liegende Entscheid des Vizepräsidenten der KESB Winterthur und Andelfingen sind daher aufzuheben, ohne dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Gründe geprüft werden müssten.

3.2 Auch in materieller Hinsicht erweist sich die Beschwerde aber klarerweise als begründet:

3.2.1 Die Pflegekinderverordnung PAVO statuiert die Bewilligungspflicht für die Aufnahme von Pflegekindern und regelt u.a. die Voraussetzungen für die Erteilung der Bewilligung. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht moniert, bleiben die Elternrechte gemäss Art. 1 Abs. 3 lit. a PAVO ausdrücklich vorbehalten. Diese Elternrechte (deren Inhalt und Ausübung) sind in Art. 301 ff. ZGB geregelt und stehen den Eltern als Pflichtrecht höchstpersönlich zu. Für die Ausübung der elterlichen Sorge bildet das Kindeswohl oberste Maxime. Steht das Kindeswohl in Gefahr, kann deshalb die Kindesschutzbehörde zum Schutze des Kindes Massnahmen gemäss Art. 307 ff. ZGB ergreifen.

Wesentlicher Bestandteil der elterlichen Sorge bildet auch das Recht, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen. Auch dieses Recht kann nur im Fall einer Kindeswohlgefährdung durch Entscheid des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde von der elterlichen Sorge gelöst werden (SCHWENZER/COTTIER, BSK ZGB I, 5. Aufl., Art. 296 N 2 ff. und N 8a; Art. 301 N 9 ff.).

3.2.2 Gemäss Bericht der Beiständin vom 6. Januar 2015 soll die Beschwerdeführerin vorliegend akzeptiert haben, dass ihr Sohn beim Beschwerdegegner bleiben wolle; sie selbst habe kein Interesse, mit C._____ zu wohnen (act. 8/1.2 S. 4). Dies bestreitet die Beschwerdeführerin in ihren Beschwerden ausdrücklich (act. 7/1 S. 3 und act. 2 S. 3), und es ergibt sich diese Bestreitung auch aus ihrer Gefährdungsmeldung, welche sie bereits Anfang Februar 2015 an die KESB gerichtet hat (act. 9/43), die aber offenbar erst nach Fällung des angefochtenen Entscheides dort eingegangen ist. Da die KESB die Beschwerdeführerin vor ihrem Entscheid nicht anhörte, konnte sie das von der Beiständin Dargelegte nicht verifizieren. Aus der Anhörung der Beschwerdeführerin im Verfahren der KESB Winterthur und Andelfingen betreffend Übernahme der Beistandschaft von der KESB Bülach Süd vom 23. Juli 2014 ergibt sich aber immerhin, dass die Beschwerdeführerin klar sagte, dass eine Lösung, bei welcher ihr Sohn weiterhin mit seinem Stiefvater und den Stiefgeschwistern zusammen lebe, wie dieser es wünsche, für sie nicht in Frage komme (act. 9/21 S. 2). Stand bei dieser Sachlage im Zeitpunkt des Entscheides der KESB jedenfalls nicht fest, dass die Beschwerdeführerin einverstanden war, dass ihr Sohn beim Beschwerdegegner und dessen Kindern verbleibt, dann verletzte die KESB die Elternrechte der Beschwerdeführerin mit der Erteilung der Pflegebewilligung, weil gegen oder ohne Willen der Berechtigten eine faktische Fremdplatzierung des Sohnes nur bei Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung und einer gestützt darauf angeordneten Kindesschutzmassnahme in Form eines Obhutsentzuges zulässig gewesen wäre.

3.2.3 Im Zeitpunkt des bezirksrätlichen Entscheides stand aufgrund der Gefährdungsmeldung sowie der Beschwerde selbst fest, dass die Beschwerdeführerin gegen die Erteilung der Pflegebewilligung opponierte. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz konnte die Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht von der

Frage der Pflegebewilligung separiert werden, weil eine solche nur erteilt werden kann, wenn die Elternrechte gewahrt bleiben, was nicht der Fall war, weil die Beschwerdeführerin sich nicht einverstanden erklärte und ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht für C._____ im hierfür notwendigen Verfahren nicht beschränkt oder abgesprochen worden war. Der Beschwerdeführerin wurde zwar mit Verfügung der KESB Winterthur und Andelfingen vom 20. Februar 2015 das Aufenthaltsbestimmungsrecht für C._____ entzogen. Dieser Entzug galt indes einzig für die Ferienreise vom 20. Februar bis 5. März 2015 (act. 9/40) und war nicht von Dauer, wie der Beschwerdegegner in seinen Beschwerdeantworten vor Vorinstanz und auch im vorliegenden Verfahren glauben machen will (act. 7/12 S. 2 und act. 12 S. 2). Wenn sich die KESB Winterthur und Andelfingen wie auch der Bezirksratspräsident darauf beschränken zu prüfen, ob beim Beschwerdegegner die Voraussetzungen für die Erteilung einer Pflegebewilligung gemäss Art. 5 PAVO vorhanden sind, ohne auch nur in Erwägung zu ziehen, ob das der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen allein zustehende höchstpersönliche Recht der elterlichen Sorge dies zulässt, stellt dies eine schwere Verletzung der Elternrechte dar, die ebenfalls zur Aufhebung der Entscheide führen muss.

3.2.4 Anzumerken bleibt, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Eltern auch gegenüber dem Kind besteht, was bedeutet, dass auch in diesem Fall nur das Anrufen der Kindesschutzbehörde in Betracht kommt, wenn sich das Kind den elterlichen Anordnungen widersetzen will (SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., Art. 301 N 13). Der Kindeswille ist zwar auch in diesem Bereich entsprechend der wachsenden Reife des Kindes zu berücksichtigen; dem Kind kommt indes keine Entscheidbefugnis zu, wie sich dies als Konsequenz aus der Auffassung des Beschwerdegegners ergäbe.

3.3 Der Erteilung der Pflegeplatzbewilligung fehlt es nach dem Gesagten an einer zentralen Voraussetzung, weshalb die Entscheide aufzuheben sind. Es erübrigt sich bei dieser Sachlage, weitergehende Voraussetzungen zu prüfen und insbesondere auf die zwischen den Parteien umstrittene Eignung des Beschwerdegegners im Sinne von Art. 5 PAVO näher einzugehen. Entsprechend fehlt es an einem Rechtsschutzinteresse für prozessuale Weiterungen im Sinne des von der

Beschwerdeführerin beantragten Beizuges eines Berichtes des Migrationsamtes des Kantons Zürich. Auf den Antrag ist nicht einzutreten.

4. Unentgeltliche Rechtspflege

4.1 Die Beschwerdeführerin beantragt einerseits die Aufhebung des bezirksrätlichen Entscheides soweit ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen wurde und andererseits Gewährung ebendieser unentgeltlichen Rechtspflege für beide Beschwerdeverfahren. Sie verweist dabei im vorliegenden Verfahren auf die im ersten Beschwerdeverfahren gemachten Ausführungen und die dort eingereichten Belege und macht geltend, dass sich die finanziellen Verhältnisse seither nicht verändert hätten (act. 2 S. 7).

4.2 Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, wer nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um ein gerichtliches Verfahren zu führen, und ein Rechtsbegehren stellt, das nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Ein Anspruch auf gerichtliche Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes besteht sodann, wenn dies zur Wahrung der Rechte als notwendig erscheint, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

4.3 Die Vorinstanz erachtete die Mittellosigkeit als ausgewiesen. Dem ist gestützt auf die vorinstanzlich eingereichten Akten zuzustimmen, wobei anzumerken ist, dass sich aus den Vorbringen zusammen mit den eingereichten Belegen die geltend gemachte Schuldenhöhe nicht klar ergibt und einzig eine Zahlung an das Kreditinstitut ausgewiesen ist (act. 7/2/7). Auch ohne diesen Betrag erscheint die Mittellosigkeit der Beschwerdeführerin indes glaubhaft. Die Voraussetzung der fehlenden Aussichtslosigkeit ist nach dem Gesagten ebenfalls gegeben. Gleiches gilt für die Erforderlichkeit der anwaltlichen Vertretung, zumal der Beschwerdegegner auch anwaltlich vertreten ist. Obsiegt die Beschwerdeführerin in beiden Beschwerdeverfahren, dann werden deren Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos, soweit sie die Gerichtskosten betreffen. Beim Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist sodann zu beachten, dass die Beschwerdeführerin für das bezirksrätliche Verfahren weder vor Vorinstanz noch in ihrer Beschwerde im vorliegenden Verfahren eine Ent-

schädigung verlangt hat; ihr diesbezügliches Gesuch der unentgeltlichen Vertretung ist damit ebenfalls gegenstandslos. Demgegenüber ist ihr für das vorliegende Verfahren ihr Rechtsvertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, unter Berücksichtigung der Entschädigung, welche vom Beschwerdegegner erhältlich zu machen ist.

IV.

1. Obsiegt die Beschwerdeführerin sowohl mit ihrem Hauptantrag auf Aufhebung der vorinstanzlichen Entscheide sowie – grundsätzlich – mit ihren Gesuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters, dann entfällt auch die ihr auferlegte Kostenpflicht für das bezirksrätliche Verfahren und für das Beschwerdeverfahren. Diese Kosten sind dem unterliegenden Beschwerdegegner, der in beiden Beschwerdeverfahren die Abweisung der Beschwerden beantragt hatte, aufzuerlegen. Die KESB Winterthur und Andelfingen hat auf die Erhebung einer Gebühr verzichtet (act. 7/2/2). Festzuhalten ist, dass die Höhe der Entscheidgebühr des ersten Beschwerdeverfahrens im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beanstandet wurde und angemessen erscheint. Sie ist wiederum in dieser Höhe festzusetzen. Die Entscheidgebühr für das vorliegende Verfahren ist bei einem Rahmen von in der Regel CHF 300.00 und CHF 13'000.00 (§ 5 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010) auf CHF 1'000.00 festzusetzen.

2. Ausgangsgemäss ist der Beschwerdegegner grundsätzlich auch zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für die beiden Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Für das vorliegende Verfahren ist diese auf CHF 1'500.00 festzusetzen (§ 5 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 sieht bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten einen Rahmen von in der Regel CHF 1'400.00 bis CHF 16'000.00 vor; es ist zudem § 13 Abs. 2 AnwGebV zu berücksichtigen). Der Ersatz der Mehrwertsteuer entfällt, weil dieser nicht verlangt wurde (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006 Ziff. 2.1.1). Mit Bezug auf das bezirksrätliche Verfahren beantragt die Beschwerdeführerin einzig die Feststellung, dass sie dem Beschwerdegegner keine Parteientschädigung bezahlen müs-

se, welcher Antrag nach dem vorstehenden Ausgang des Verfahrens mit der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides gutzuheissen ist. Eine Entschädigung für sich hat die Beschwerdeführerin, wie gesehen, nicht verlangt, weshalb ihr auch keine zuzusprechen ist. Da die Beschwerdeführerin für jenes Verfahren für sich heute keine Entschädigung verlangt und dies auch vor Vorinstanz nicht getan hat (act. 7/1 S. 2), ist von einer entsprechenden Verpflichtung abzusehen.

Es wird beschlossen:

1. Auf den Antrag der Beschwerdeführerin, es sei beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein Bericht über die migrationsrechtliche Situation des Beschwerdegegners einzuholen, wird nicht eingetreten.
2. Die Gesuche der Beschwerdeführerin, es sei ihr für das bezirksrätliche sowie für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, werden abgeschrieben soweit diese die Gerichtskosten betreffen.
Ebenfalls abgeschrieben wird das Gesuch der Beschwerdeführerin, es sei ihr für das bezirksrätliche Verfahren ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.
3. Der Beschwerdeführerin wird für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren ihr Rechtsvertreter, Rechtsanwalt X._____, als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung mit dem nachstehenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. Das Urteil des Bezirksratspräsidenten des Bezirkrates Winterthur vom 10. Juli 2015 (VO.2015.24/3.02.00) sowie der Entscheid des Vizepräsidenten der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen vom 19. Februar 2015 werden aufgehoben.
2. Die Entscheidgebühr des bezirksrätlichen Verfahrens wird auf Fr. 400.00, diejenige des vorliegenden Beschwerdeverfahrens auf Fr. 1'000.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten beider Beschwerdeverfahren werden dem Beschwerdegegner auferlegt.
4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 12 und 13, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde 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.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: