

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ220054-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 24. November 2022

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y._____

sowie

1. **C.**_____,

2. **D.**_____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch lic. iur. Z._____

betreffend **Neuregelung elterliche Sorge, Obhut und persönlicher Verkehr**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 13. Juli 2022;
VO.2022.26 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-
Andelfingen)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben die gemeinsamen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2009, und D._____, geboren am tt.mm.2010. Sie waren nie miteinander verheiratet und leben seit Ende Februar 2017 getrennt.

2. Aufgrund von Polizeiberichten und einer Meldung des Vaters eröffnete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen (fortan KESB) im Mai 2017 erstmals ein Verfahren. Mit Entscheid vom 5. Dezember 2017 verzichtete sie auf die Errichtung von Kindesschutzmassnahmen. Als sich der Vater im Frühling 2019 bei der Polizei meldete, welche die KESB orientierte, ordnete diese eine Abklärung der familiären Verhältnisse an. Während dieser Zeit hatte die Mutter einen Zusammenbruch, worauf sich die Kinder vorübergehend beim Vater aufhielten und die Abklärungen um das Thema der Obhut erweitert wurden. Gestützt auf den Abklärungsbericht vom 10. Juni 2020 und die Anhörung der Kinder teilte die KESB mit Entscheid vom 16. Juni 2020 die Obhut der Mutter zu und ordnete eine Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft kombiniert mit einer sozialpädagogischen Familienbegleitung an.

3. Am 10. September 2021 reichte der Vater bei der KESB einen Antrag auf Zuteilung der alleinigen Obhut über die Kinder ein und berichtete, dass die Kinder am 5. Juli 2021 zu ihm gekommen seien und seither bei ihm leben würden. Mit Entscheid vom 22. September 2021 setzte die KESB lic. iur. Z._____ als Kinderverfahrensvertreterin ein und mit Entscheid vom 30. September 2021 teilte sie die Obhut über die Kinder im Sinne einer vorsorglichen Massnahme dem Vater zu und regelte den persönlichen Verkehr zwischen der Mutter und den Kindern für die Dauer des Verfahrens. Mit Entscheid vom 13. Oktober 2021 wurde ein psychiatrisches Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Mutter in Auftrag gegeben. Mit Eingabe vom 2. November 2021 informierte die Kinderverfahrensvertreterin über ihre Gespräche mit den Kindern. Am 8. November 2021 reichte die Beiständin den Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung vom 29. Oktober 2021 und eine eigene Stellungnahme ein. Am 17. Januar 2022 wurde das Erzie-

hungsfähigkeitsgutachten erstattet. Am 16. und am 23. Februar 2022 wurden die Kinder und die Parteien angehört. Mit Entscheid vom 22. März 2022 teilte die KESB daraufhin die Obhut über die Kinder dem Vater zu und regelte den persönlichen Verkehr zwischen der Mutter und den Kindern und passte die Aufträge der Beiständin an.

4. Eine Beschwerde der Mutter vom 25. April 2022 gegen den Entscheid der KESB vom 22. März 2022 wies der Bezirksrat Winterthur nach Einholung von Vernehmlassungen der KESB, der Kinderverfahrensvertreterin und des Vaters, zu denen die Mutter am 20. Juni 2022 Stellung nahm, mit Urteil vom 13. Juli 2022 ab und bestätigte den angefochtenen Entscheid der KESB unter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenüber der Mutter und Verzicht auf Erhebung einer Entscheidgebühr.

5. Gegen das Urteil des Bezirksrats vom 13. Juli 2022 (BR act. 18 = act. 7), das ihrem Vertreter am 15. Juli 2022 zugestellt wurde (vgl. BR act. 21 S. 2), erhob die Mutter mit Eingabe vom 9. August 2022 rechtzeitig Beschwerde bei der Kammer mit folgenden Anträgen:

1. Ziffer I des angefochtenen Urteils sei aufzuheben.
2. Die Obhut über die Kinder C._____, geb. tt.mm.2009, und D._____, geb. tt.mm.2010, sei der Beschwerdeführerin zuzuteilen, und der persönliche Verkehr zwischen dem Beschwerdegegner und seinen Kindern C._____ und D._____ sei zu regeln.
3. Eventualiter: Die Betreuungsanteile über die Kinder C._____ und D._____ seien hälftig den Parteien zuzuteilen.
4. Subeventualiter: Die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese nach Vervollständigung der Sachverhaltsabklärungen neu entscheide.
5. Der Beschwerdeführerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und es sei ihr ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners.

6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (KESB act. 1-211 = act. 9/1-211; BR act. 1-21 = act. 8/1-21). Es waren keine Stellungnahmen zur Beschwerde einzuholen (§ 66 Abs. 1 EG KESR). Der von der KESB nachgereichte Rechen-

schaftsbericht der Beiständin 31. Oktober 2022 (act. 11) wurde den Parteien zugestellt (act. 12/1-2 und act. 13/1-2). Die Mutter liess sich dazu vernehmen mit Eingabe vom 15. November 2022 (act. 14), die zusammen mit einem Doppel der Beschwerde mit dieser Entscheidung dem Vater zuzustellen ist. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Die KESB erwog, obwohl die Eltern seit Jahren wenige Gehminuten voneinander entfernt im selben Quartier wohnten und damit grundsätzlich optimale Bedingungen für eine alternierende Obhut herrschten, sei eine alternierende Obhut aufgrund des stark konfliktbehafteten Verhältnisses zwischen den Eltern mit dem Kindeswohl derzeit nicht vereinbar und sei infolgedessen die Obhut über die Kinder einem Elternteil zuzuteilen (KESB act. 197 S. 9).

Die KESB erwähnte das von ihr angeordnete Erziehungsfähigkeitsgutachten, das der Mutter die volle Erziehungsfähigkeit attestiere, und wies auf die Diskrepanz zu den übereinstimmenden Aussagen und Beobachtungen von Familienmitgliedern und Fachpersonen hin, und hielt fest, im Zweifel sei von der grundsätzlichen Erziehungsfähigkeit der Mutter auszugehen (KESB act. S. 10).

Die Mutter sei sehr engagiert, empathisch und um das Wohl der Kinder bemüht. Seit dem letzten Verfahren seien jedoch auch wiederholte Phasen bekannt, in welchen sie psychisch instabil sei und auffällig emotional und teilweise für Ausenstehende auch irrational reagiere. Aufgrund des klar geäusserten Wunsches der Kinder habe die KESB im Juni 2020 befürwortet, dass die Kinder mit begleitenden Unterstützungsmassnahmen zur Mutter zurückkehrten. Die Mutter habe jedoch nur phasenweise mit der Familienbegleitung eine gute und offene Zusammenarbeit gepflegt und diese seit April 2020 gänzlich verweigert, und sie habe die während des letzten Verfahrens begonnene Therapie entgegen ihrer damaligen Zusicherung schon nach kurzer Zeit wieder abgebrochen. Erst im Mai 2021 habe sie sich auf Druck der Beiständin bemüht, erneut therapeutische Unterstützung zu organisieren. Das Gutachten bestätige dieses Bild und empfehle bei einer Rück-

kehr der Kinder in die Obhut der Mutter die Weiterführung der Psychotherapie (KEBS act. 197 S. 11).

Der Vater zeige sich aktuell und auch während der letzten mütterlichen Krise im April 2020 verlässlich und präsent für seine Kinder. Trotz erschwelter Bedingungen durch die beiden plötzlichen Obhutswechsel der Kinder zu ihm habe er seine Verantwortung in allen Bereichen jeweils vorbildlich wahrgenommen und bekräftigte glaubhaft, dies auch in Zukunft tun zu wollen und die Kinder in der Beziehung zur Mutter bestmöglich zu unterstützen. Die involvierten Fachpersonen bestätigten seine Kooperation und Zuverlässigkeit über die ganze Dauer der Kindeschutzmassnahmen sowie seine Bereitschaft, Hand zu kindgerechten Lösungen zu bieten (KESB act. 197 S. 11).

Die vergangenen Monate, welche die Kinder beim Vater verbracht hätten, hätten sichtbar Ruhe in das Familiensystem gebracht. Beide Jungen fühlten sich beim Vater wohl und C._____ und insbesondere D._____ erklärten, sie würden gerne bei ihrem Vater wohnen, wenn eine alternierende Obhut nicht möglich sei (KESB act. 197 S. 12).

Die KESB erachte es für wichtig, dass sich die Kinder im Alltag auf ihre eigenen Bedürfnisse und Entwicklungsaufgaben konzentrieren könnten. Die Voraussetzungen dazu seien in der Obhut des Vaters konstanter gegeben. Sie stellte die Kinder deshalb unter seine Obhut (KESB act. 197 S. 12).

2. Für den Bezirksrat präsentierte sich die heutige Ausgangslage fast gleich wie im Jahr 2020 beim letzten Entscheid der KESB. Damals wie heute hatte die Mutter eine Krise, schien überfordert und nahm der Vater die Kinder bei sich auf. Beide Male zweifelten die involvierten Fachpersonen an der Erziehungsfähigkeit der Mutter, bejahten diese letztlich jedoch, während sie die Situation beim Vater für stabiler hielten. Der einzige Unterschied bestehe darin, dass sich die beiden Kinder im Jahr 2020 dahingehend geäußert hätten, wieder bei der Mutter wohnen zu wollen, während sie heute dazu tendierten, beim Vater zu bleiben. Diesem Kriterium komme daher entscheidende Bedeutung zu, vor dem die anderen in den Hintergrund treten müssten (act. 7 S. 13 f. E. 5.1).

Der Bezirksrat erwog weiter, die KESB habe zu Recht aus den Äusserungen der Kinder den Schluss gezogen, es entspreche ihrem Wunsch, in der Obhut des Vaters zu bleiben. Vor diesem Votum der urteilsfähigen Kinder verblassten die anderen Kriterien für die Obhutzuteilung. Das gelte zunächst für die Frage der Erziehungsfähigkeit. Es sei daher nicht zu beanstanden, dass die KESB die Erziehungsfähigkeit des Vaters nicht näher abklären liess, sondern mangels begründeten Verdachts für das Gegenteil von deren Vorhandensein ausgegangen sei. Weitere zu beachtende Kriterien wie beispielsweise die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse seien bei beiden Elternteilen offensichtlich vorhanden und auch hinsichtlich des Kriteriums der Möglichkeit der persönlichen Betreuung sei die Obhutzuteilung an den Vater nicht zu beanstanden (act. 7 S. 17 ff.).

Zusammenfassend schloss der Bezirksrat, mit Ausnahme der Präferenz der Jungen spreche keines der bundesgerichtlichen Kriterien zwingend für eine Obhutzuteilung an die Mutter oder den Vater und auch eine alternierende Obhut komme nicht in Frage. Aus den glaubhaften Äusserungen der Jungen entstehe der Eindruck, dass es derzeit ihrem Wohl am ehesten entspreche, wenn sie in der Obhut des Vaters blieben (act. 7 S. 25 E. 5.8).

3. Die Mutter wendet sich mit der Beschwerde gegen das entscheidende Gewicht, das der Bezirksrat dem Willen der Kinder zumass, und macht geltend, der Bezirksrat lege nicht dar, inwiefern sich die Verhältnisse derart verändert hätten, dass eine Umteilung der Obhut zur Wahrung des Kindeswohls notwendig sei. Die Mutter betont, dass eine Umteilung der Obhut, was der angefochtene Entscheid rechtlich darstelle, eine Gefährdung des Kindeswohls voraussetzt.

Veränderte Verhältnisse bestreitet die Mutter unter Verweis darauf, dass ein Meinungsumschwung der Kinder in der Literatur nicht als Beispiel für eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse genannt werde (act. 2 S. 3 f. und S. 5). Was eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse ist, hängt von diesen Verhältnissen ab und lässt sich nicht generell, sondern nur im Einzelfall feststellen. Der Verweis der Mutter auf die in der Lehre genannten Beispiele ist daher unbehelflich.

Der Entscheid der KESB vom 16. Juni 2020, mit dem die Obhut der Mutter zuge- teilt wurde, woran die Mutter festhalten möchte, erfolgte vor dem Hintergrund ei- ner Vereinbarung der Eltern aus dem Jahr 2010, dass die Kinder nach einer allfäl- ligen Trennung bei der Mutter verbleiben würden. Unter Verweis auf die starke Zuspitzung der elterlichen Konflikte nach der Trennung im Jahr 2017 und dass die Kinder nach einem Vorfall am 29. April 2020 vorübergehend zum Vater gezogen waren, bejahte die KESB damals veränderte Verhältnisse, welche eine Prüfung der Neuregelung der Obhut rechtfertigten (KESB act. 78 S. 9).

Dabei erkannte die KESB zwar einen Unterstützungsbedarf bei der Mutter, den diese jedoch sehe, und sie hielt es daher nicht für verhältnismässig, die Obhut der Mutter als Hauptbezugsperson der Kinder zu entziehen, ohne im Sinne der Sub- sidiarität zu versuchen, der Situation mit engen begleitenden und unterstützenden Massnahmen im Alltag zu begegnen (KESB act. 78 S. 11).

Die Ausgangslage der neuen Entscheidung erinnert äusserlich an die Situation im Jahr 2020: die Kinder kamen nach einer akuten Krise der Mutter von sich aus zum Vater. Diese unvorhergesehene Entwicklung, deren Wiederholung mit den im Jahr 2020 angeordneten Massnahmen hätte verhindert werden sollen, stellt - wie bereits damals (vgl. KESB act. 78 S. 9 unten) - eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse dar, welche eine Neu Beurteilung erfordert.

Liegt eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse vor, kommt es zu einer Neu Beurteilung im Lichte des Kindeswohls nach den gleichen Massstäben wie bei einer erstmaligen Regelung (vgl. BSK ZGB I-Schwenzer / Cottier, 7. Aufl. 2022, Art. 298d N 2). Sind die Voraussetzungen für eine Neuzuteilung erfüllt, braucht es daher entgegen der Auffassung der Mutter keine Gefährdung des Kindeswohls, damit es zu einer Änderung der bisherigen Regelung kommen kann.

Die Mutter anerkennt selber, dass die Meinung der mittlerweile 13- und 11- jährigen Kinder Gewicht habe (act. 2 S. 4). Wenn sich herausstellt, dass mit dem Kinderwillen ein Kriterium der damaligen Entscheidung geändert hat, mag der Eindruck entstehen, das sei die einzige Veränderung und die Ursache für die Neuzuteilung der Obhut. Nicht das ist jedoch der Grund für die erneute Prüfung,

sondern der Umstand, dass die Kinder wegen einer Krise der Mutter von sich aus zum Vater gekommen sind, was durch die mit der letzten Entscheidung angeordneten Unterstützungsmassnahmen hätte verhindert werden sollen und eine wesentliche Veränderung i.S. von Art. 298d Abs. 2 ZGB darstellt.

Die KESB hatte im Juni 2020 nur unter Verweis auf die Subsidiarität und zugunsten von Unterstützungsmassnahmen als mildere Massnahmen darauf verzichtet, die Obhut von der Mutter zum Vater umzuteilen, was sich im Licht der seitherigen Entwicklung, die zu dieser neuen Entscheidung führte, jedoch als ungenügend erwies. Vor diesem Hintergrund erscheint der neue Entscheidung nicht so sehr als Änderung, sondern als Konsequenz der früheren Entscheidung.

4. Wenn die Mutter der Vorinstanz vorwirft, sie habe ihren Entscheidung ausschliesslich auf die Meinungsäusserung der Kinder abgestützt und damit die Pflicht zur umfassenden Abklärung des Sachverhalts verletzt und den Kindern eine Entscheidungsmacht zugeschoben, die ihnen nicht zukomme (act. 2 S. 4 f.), stellt sie den vorinstanzlichen Entscheidung verkürzt dar. Die Vorinstanz berücksichtigte sehr wohl auch andere Kriterien (Erziehungsfähigkeit der Eltern, Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse, Möglichkeit der persönlichen Betreuung bzw. durch die Lebenspartnerin), kam jedoch zum Schluss, dort bestünden keine wesentlichen Unterschiede, so dass - wie bereits beim letzten Mal - die Meinung der Kinder ausschlaggebend war, bzw. deren Änderung, was zur vielleicht missverständlichen Formulierung von der entscheidenden Bedeutung der geänderten Präferenz der beiden Jungen führte, neben der alle anderen Kriterien in den Hintergrund treten müssten (act. 7 S. 14). Mit Blick auf das Ergebnis ist das richtig, und auf dem Weg dorthin hat der Bezirksrat - und vor allem auch die erstinstanzlich entscheidende KESB - alle wesentlichen Kriterien berücksichtigt, die sich hier jedoch nicht auswirken, weil es diesbezüglich zwischen den Eltern keine wesentlichen Unterschiede gibt.

5. Zu den Faktoren, bei denen es keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Parteien gibt und die sich deshalb auf das Ergebnis nicht auswirken, gehört auch die Unterstützung in schulischen Belangen. Die KESB durfte sich daher auf die Wiedergabe der Wahrnehmung der Kinder beschränken, die sich vom Vater in

der Schule besser unterstützt fühlen (vgl. act. 7 S. 21 E. 5.4), und durfte auf Abklärungen über den Umgang und das Engagement des Vaters im schulischen Umfeld verzichten (act. 2 S. 9 f. Ziff. 9).

6. Die Aussagen des Vaters, welche die Mutter als entlarvend bezeichnet und aus denen sie ableiten will, dass er den Kinderwillen manipuliere und dieser deshalb sogenannt induziert sei, sind aus dem Zusammenhang gerissen und werden ungenau wiedergegeben. Die Schilderung, der Vater habe die Kinder für die Anhörung bei der KESB "<instruiert>, was auch immer dies heissen mag" (act. 2 S. 5), beruht auf der Darstellung des Bezirksrats. Dem an dieser Stelle zitierten Protokoll der Anhörung vom 16. Februar 2021 ist zu entnehmen, dass der Vater die Kinderanhörung mit den Kindern vorbereitete, indem er das von der KESB wohl zu diesem Zweck zugeschickte Heft darüber, was eine Kinderanhörung ist, mit ihnen besprochen habe. Er habe ihnen gesagt, dass es wichtig sei, dass sie erzählten, was wirklich ihr Wunsch sei (KESB act. 186 S. 4 oben). Was an dieser Art der Vorbereitung bedenklich sein soll, ist unerfindlich.

Der Vater sagte in der Folge ausdrücklich, dass er die Zuteilung der Obhut an die Mutter gestützt auf den Willen der Kinder akzeptieren würde. Wenn er nun anfügte, die Kinder könnten dann aber nicht einfach so schnell wieder zu ihm zurückkommen, wenn es gerade mal schwierig wäre (KESB act. 106, darauf Bezug nehmend act. 2 S. 5), meinte er eine Wiederholung des Szenarios nach dem letzten Verfahren, als die Obhut auf Wunsch der Kinder der Mutter zugeteilt wurde - was er übrigens nicht angefochten hatte - und die Kinder danach trotzdem wieder zu ihm kamen. Dass der Vater nicht möchte, dass sich das wiederholt, ist nachvollziehbar und noch kein Anzeichen dafür, dass er die Kinder unter Druck setzt.

Der Eindruck der Mutter, der Kinderwillen sei von entscheidender Bedeutung (act. 2 S. 5), der aufgrund der bezirksrätlichen Begründung nachvollziehbar sein mag, ist aufgrund der Entscheidung der KESB zu relativieren, welche die sichtbare Ruhe im Familiensystem in den vergangenen Monaten, welche die Kinder beim Vater verbrachten, hervorhebt und die Voraussetzungen, dass sich die Kinder im Alltag auf ihre eigenen Bedürfnisse und Entwicklungsaufgaben konzentrieren

können, in der Obhut des Vaters konstanter für gegeben hält (KESB act. 197 S. 12 oben).

7. Die Mutter wirft der KESB vor, sie habe die Erziehungsfähigkeit des Vaters nicht abgeklärt. Dass die KESB von seiner Betreuungs- und Erziehungsfähigkeit ausgehe, sei eine willkürliche Annahme. Dem stellt sie ihre eigene Erziehungsfähigkeit gegenüber, die gutachterlich abgeklärt und bejaht worden sei (act. 2 S. 6 f.).

Es trifft zu, dass die Erziehungsfähigkeit der Mutter Thema eines Gutachtens war und dass aufgrund des Gutachtens davon auszugehen ist, dass die Mutter erziehungsfähig ist. Darauf hatte auch der Bezirksrat hingewiesen, der die in diesem Zusammenhang nach wie vor spürbaren Vorbehalte der KESB kritisiert hatte (act. 7 S. 17 E. 5.3). Daraus kann die Mutter letztlich nichts zu ihren Gunsten ableiten, wie der Bezirksrat richtig festhält, da die gutachterliche Bestätigung ihrer Erziehungsfähigkeit sie nicht auszeichnet, sondern lediglich festhält, dass keine Einschränkung vorhanden ist.

Wie der Bezirksrat mit Bezug auf den Vater feststellt, ist ohne begründeten Verdacht für das Gegenteil vom Vorhandensein der Erziehungsfähigkeit auszugehen (vgl. act. 7 S. 19). Dass die Erziehungsfähigkeit der Mutter begutachtet wurde, hatte mit dem Verdacht einer ernsten psychischen Störung einen konkreten Grund, der eine Begutachtung zweifellos rechtfertigte.

Das angebliche Verhalten des Vaters, das nach Meinung der Mutter eine Begutachtung seiner Erziehungsfähigkeit erfordere - gelegentlicher Alkohol- und Cannabiskonsum in der Freizeit - bewegt sich grundsätzlich im Normbereich des Verhaltens von Erwachsenen und erfordert keine Begutachtung der Erziehungsfähigkeit. Hinweise auf eine Suchtproblematik sind nicht vorhanden. Es ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass auch im Fall der Mutter zumindest der regelmässige Konsum von Cannabis anerkannt ist. Das war jedoch nicht der Grund für die Begutachtung ihrer Erziehungsfähigkeit. Die Vorfälle, welche die Beschwerdeführerin der Feststellung des Bezirksrats entgegen hält, wonach in jüngerer Zeit keine Vorwürfe betreffend Alkoholkonsum mehr erhoben worden seien, stammen

aus dem Abklärungsbericht des KJZ vom 20. Juni 2020 (KESB act. 70) und sind damit nicht mehr aktuell, wie der Bezirksrat schreibt (act. 7 S. 19 oben).

Der Rechenschaftsbericht der Beiständin vom 31. Oktober 2022 beschreibt das Umfeld der Kinder in der Obhut des Vaters als stabil und sicher, was ihre Entwicklung begünstige, und erwähnt, dass der Vater ihren Kontakt zur Mutter unterstütze (act. 11 S. 7). Dieses Zitat widerlegt die Kritik der Mutter, die Beiständin äussere sich mit keinem Wort dazu, wie die Kinder beim Vater betreut werden (act. 14 S. 3 Ziff. 6). Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Erziehungsfähigkeit, die weitere Abklärungen erfordern würden, sind beim Vater nicht erkennbar.

8. Dass die Kinder nach dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin ein schlechtes Gewissen haben, weil der Vater sie für das Scheitern einer früheren Beziehung verantwortlich machte, und dass sie Angst hätten, seiner neuen Lebenspartnerin Arbeit zu machen, erscheint zwar nicht unproblematisch, macht aber keine Abklärung der Erziehungsfähigkeit des Vaters notwendig, wie schon der Bezirksrat feststellte (act. 7 S. 19 E. 5.3).

Das Verhältnis der Kinder zur Lebenspartnerin des Vaters scheint dadurch nicht nachhaltig belastet worden zu sein. Die von der Mutter anerkannte positive Rolle der Lebenspartnerin des Vaters spricht nicht gegen, sondern für die Zuteilung der Obhut an den Vater. Der in diesem Zusammenhang erfolgte Hinweis des Bezirksrats auf die Unbeständigkeit menschlicher Beziehungen (act. 7 S. 21) ist zwar ein Allgemeinplatz, aber grundsätzlich zutreffend. Es kommt auf die gegenwärtigen Verhältnisse an und zu diesen gehört die Beziehung des Vaters zu seiner Lebenspartnerin. Aus der Abhängigkeit von der Unterstützung seiner Lebenspartnerin bei der Kinderbetreuung kann die Mutter nichts zu ihren Gunsten ableiten. Solchen Unwägbarkeiten ist über die Möglichkeit der Abänderung bei einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse Rechnung zu tragen.

9. Wie gezeigt wurde, haben der Bezirksrat und die KESB ihre Entscheidung nachvollziehbar begründet. Der Vorwurf der Mutter, es sei unklar, wie der Entscheidung der KESB zustande gekommen sei, was ihr rechtliches Gehör verletze (act. 2 S. 8 Ziff. 8.1), geht an der Sache vorbei.

Eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs erblickt die Mutter auch darin, dass der Entscheid bei den Anhörungen durch die KESB bereits festgestanden habe und dies den Parteien bei dieser Gelegenheit "unmissverständlich mitgeteilt" worden sei, was bedeute, dass der Entscheid zu diesem Zeitpunkt nicht mehr offen gewesen sei, so dass sie ihren Gehörsanspruch nicht mehr wirksam wahrnehmen können (act. 2 S. 8 f. Ziff. 8.1 f).

Der Bezirksrat hatte erwogen, dass eine wirksame Ausübung des rechtlichen Gehörs die Kenntnis nicht nur der Akten und der Vorbringen der übrigen Verfahrensbeteiligten, sondern auch der vorläufigen Überlegungen der Behörde voraussetze und dass die Offenlegung einer aufgrund von Aktenstudium und ersten Abklärungen unweigerlich entstehenden Entscheidungstendenz den Parteien erst ermögliche, sich damit auseinanderzusetzen (act. 7 S. 24 f. E. 5.7).

Entscheidungen in Verfahren der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind oft das Resultat eines längeren Abklärungsprozesses unter Einbezug der Betroffenen. Für die erfolgreiche Umsetzung von Massnahmen ist ihre Akzeptanz von grosser Bedeutung. Mit der Erläuterung in einer Anhörung oder der Zustellung eines Entscheidungswurfs sollen das Verständnis und die Kooperation gefördert und unangenehme Botschaften schonend überbracht werden. Dieses als "rechtliches Gehör" bekannte Vorgehen dient zugleich der Sachaufklärung und der Wahrung der Mitwirkungsrechte der Parteien (KOKES Praxisanleitung Kinderschutzrecht, Zürich / St. Gallen, S. 115 Rz 3.78; Fassbind in Rosch / Fountoulakis / Heck, Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, 2. A., Bern 2018, S. 182 ff. Rz 342 und 345).

Diesem Hintergrund ist bei der Anwendung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs in diesen Verfahren Rechnung zu tragen. Dass die KESB den Parteien bei der letzten Anhörung eine Entscheidungstendenz mitteilte und ihnen dadurch eine Auseinandersetzung mit dieser ermöglichte, stellt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs dar, sondern diene dessen Wahrnehmung. Dass die Entscheidung trotz der Einwendungen der Mutter so ausgefallen ist, ist in dieser Ausgangslage angelegt und bildet noch keinen Anlass, um an der Unvoreingenommenheit der KESB zu zweifeln. Eine Rückweisung an die KESB (was die Konsequenz der

Feststellung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre) würde zudem nichts an diesem Problem ändern. Die inhaltlichen Einwendungen der Mutter sind im Rechtsmittelverfahren zu prüfen, wie hier geschehen (vgl. oben S. 9 ff.).

10. Die Mutter hält den Vorinstanzen ferner vor, sie hätten die alternierende Obhut vorschnell verworfen (act. 2 S. 10 Ziff. 12).

Der Bezirksrat stellte optimistische Ansätze einer gelingenden Kooperation der ausserordentlichen Instabilität des Zusammenwirkens der Eltern seit der Trennung gegenüber und erwähnte, es gebe in dieser fragilen Situation seit einigen Monaten eine gewisse Stabilität, und schloss, würde man in dieser Situation das Experiment einer alternierenden Obhut wagen, ginge man das Risiko ein, dieses schwache Gleichgewicht zu zerstören, was nicht im Wohl der Kinder sei (act. 7 S. 22 f. E. 5.5).

Die Mutter beschränkt sich darauf, diese Schlussfolgerung anzugreifen, ohne sich mit der Begründung auseinanderzusetzen. Indem sie die Darstellung eines seit kurzer Zeit bestehenden Gleichgewichts bestreitet und die gegenwärtige Situation als unausgewogen bezeichnet (act. 2 S. 11 Ziff. 12.1), bestätigt sie indirekt die Einschätzung der Vorinstanz, dass die gegenwärtige Situation instabil sei.

Beide Kinder wünschen sich zwar eine alternierende Obhut, wie die Mutter betont (act. 2 S. 10 Ziff. 12.1), aber beide sehen das vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen als unrealistisch an, weil die Eltern nicht miteinander sprechen könnten und keine wirklichen Absprachen treffen würden, wie D._____ sagte (vgl. KESB act. 184 S. 2 und act. 185 S. 2). Wenn sich die Mutter auf den Willen der Kinder beruft, gibt sie diesen verkürzt wieder.

Die Einschätzung, dass die Eltern nicht absprachefähig seien, beruht demnach auch auf den desillusionierten Schilderungen der Kinder. Die Mutter vermag diesen Eindruck nicht zu widerlegen, indem sie auf einzelne funktionierende Absprachen verweist und sogleich betont, dass sie sich durch diese bisweilen etwas ausgenützt fühle (act. 2 S. 11 Ziff. 12.2), was an einer tragfähigen Basis für eine funktionierende alternierende Obhut zweifeln lässt. Der Umstand, dass die Eltern

auch heute schon miteinander kommunizieren, stellt noch keine genügende Voraussetzung dar, um eine alternierende Obhut anzuordnen, und vermag die bestehenden Bedenken nicht zu zerstreuen.

Mit Blick auf die Vorgeschichte und den mit der Zuteilung der Obhut an die Mutter verbundenen flankierenden Unterstützungsbedarf mit Besuchsbeistandschaft und Familienbegleitung, auf den der Bezirksrat in diesem Zusammenhang verweist (act. 7 S. 23) und der sich bei einer alternierenden Obhut vielleicht verlagern, aber nicht wesentlich verkleinern würde, kamen die Vorinstanzen zu Recht zum Schluss, dass eine alternierende Obhut nicht dem Kindeswohl entspricht.

11. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Einwendungen der Mutter gegen die Zuteilung der Obhut über die Kinder an den Vater nicht stichhaltig sind. Die Beschwerde ist daher abzuweisen und die vorinstanzlichen Entscheide sind zu bestätigen.

III.

1. Die Beschwerdeführerin beantragt die Bewilligung der unentgeltliche Rechtspflege. Sie belegt ihre Mittellosigkeit mit einem Budget der Sozialberatung der Stadt Winterthur, von der sie seit Jahren unterstützt werde. Auch wenn die Beschwerde ohne Einholung einer Beschwerdeantwort abgewiesen wurde, war sie nicht aussichtslos. Der Beizug eines Anwalts war unter den gegebenen Umständen geboten. Der Beschwerdeführerin ist daher die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

2. Ausgangsgemäss trägt die Beschwerdeführerin die Kosten des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens (Art. 106 ZPO). Diese sind auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Zuzugewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind die Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 123 ZPO zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Nachzahlungsanspruch verjährt nach zehn Jahren. Die Beschwerdeführerin ist auf die Nachzahlungspflicht hinzuweisen.

3. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen. Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin wird nach der Vorlage einer Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen für seine Bemühungen zu entschädigen sein (§ 23 Abs. 2 AnwGebV).
4. Zur Erwägung der Vorinstanz, es entspreche der ständigen Praxis in familienrechtlichen Verfahren, in denen es um die elterliche Sorge, Obhut oder Besuchsrecht gehe, die Verfahrenskosten hälftig zu teilen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (act. 7 S. 25 E. 6), ist anzumerken, dass die in der Lehre zur Begründung angeführte Überlegung, mit Blick auf das Kindesinteresse habe jede Seite gute Gründe für ihren Standpunkt (KuKo ZPO-Schmid / Jent, Art. 107 N 4), für das erstinstanzliche Verfahren in der Regel zutrifft, aber sich im Rechtsmittelverfahren nicht verallgemeinern lässt.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksrats Winterthur vom 13. Juli 2022 und der Entscheid der KESB Winterthur Andelfingen vom 22. März 2022 werden bestätigt.
2. Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr in der Person von RA lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Die Entscheidgebühr des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Kindesvertreterin, an den Beschwerdegegner sowie die Kindesvertreterin je unter Beilage eines Doppels von act. 2 und act. 14, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, je gegen Empfangsschein.

5. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: