

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_473/2013

Urteil vom 6. August 2013

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichterin Hohl, Bundesrichter Schöbi,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Claudia Giusto,
Beschwerdeführer,

gegen

Y._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Ruadi Thöni,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Elterliche Obhut,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 6. Mai 2013.

Sachverhalt:

A.

Y._____ ist nigerianische Staatsangehörige und lebt seit 1991 in der Schweiz. Sie ist Mutter von zwei 1986 geborenen Zwillingstöchtern, welche in Nigeria wohnen, sowie des 2007 geborenen Sohnes X._____, ebenfalls nigerianischer Staatsangehöriger, und der 2012 geborenen Tochter Z._____.

Am 14. Oktober 2009 wurde die Mutter vom Obergericht des Kantons Zürich wegen Drogenhandels zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Die bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug erfolgte am 11. September 2011. Y._____ wohnt heute mit der jüngsten Tochter Z._____ in einer 3-Zimmer-Wohnung in Zürich.

Mit Verfügung vom 20. April 2011 widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich die Niederlassungsbewilligung und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an.

B.

Bereits am 7. Mai 2008 war Y._____ im Rahmen des Strafvollzuges die Obhut über ihren Sohn X._____ entzogen und dieser am 31. Mai 2008 bei den Pflegeeltern A._____ untergebracht worden, wo er sich seither aufhält.

Am 23. Mai 2011 stellte die Mutter im Hinblick auf ihre vorzeitige Entlassung ein Gesuch um Wiederherstellung der elterlichen Obhut. Mit Beschluss vom 31. Januar 2012 wies die Vormundschaftsbehörde D._____ das Gesuch ab und bestätigte die Unterbringung bei der Pflegefamilie A._____.

Die hiergegen von der Mutter erhobene Beschwerde wies der Bezirksrat Dietikon mit Beschluss vom 8. Februar 2013 ab. Er hielt fest, zwar bestünden keine Hinweise, dass X._____ bei der Mutter gefährdet wäre, aber er habe sich in der Pflegefamilie gut integriert.

Nach ausführlicher mündlicher Anhörung der Mutter in der Verhandlung vom 6. Mai 2013 hiess das Obergericht des Kantons Zürich deren Beschwerde gut mit der Begründung, es bestünden keine

Anzeichen für eine Gefährdung des Kindeswohles, weshalb aufgrund des weggefallenen Entziehungsgrundes (Gefängnisaufenthalt) die elterliche Obhut grundsätzlich wiederherzustellen sei.

C.

Gegen das obergerichtliche Urteil vom 6. Mai 2013 erhob die Kindesvertreterin eine Beschwerde in Zivilsachen mit den Begehren um dessen Aufhebung und Rückweisung der Sache an das Obergericht zur ordnungsgemässen Vorladung und Wiederholung der Hauptverhandlung, zur Anhörung von X._____ und der Pflegeeltern sowie zur Klärung des Sachverhaltes unter Berücksichtigung aller Noven; eventualiter sei die Obhut weiterhin bei der Pflegefamilie A._____ zu belassen bzw. der Antrag der Mutter auf Wiedererteilung der Obhut abzuweisen. Sodann verlangt die Kindesvertreterin in entsprechender Aufhebung des angefochtenen Entscheides, dass sie für das obergerichtliche Verfahren mit Fr. 4'829.20 zu entschädigen bzw. eventualiter das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen sei. Ferner verlangt sie auch für das bundesgerichtliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege. Mit Präsidialverfügung vom 12. Juli 2013 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. In der Sache selbst wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist der kantonal letztinstanzliche Endentscheid über eine Kindesschutzmassnahme (Rückübertragung der Obhut auf die Mutter). Die Beschwerde in Zivilsachen ist gegeben (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

Die Rechtsanwendung kann umfassend beanstandet (Art. 95 f. BGG) und frei geprüft werden (Art. 106 Abs. 1 BGG). Für Verfassungsverletzungen gilt dagegen das strenge Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). An den obergerichtlich festgestellten Sachverhalt ist das Bundesgericht grundsätzlich gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG).

2.

Die Kindesvertreterin rügt eine Verletzung von Art. 133 lit. e ZPO. Sie macht geltend, in der Vorladung sei der Verfahrensgegenstand genau zu bezeichnen. Aufgrund der Verfügung vom 28. März 2013 und der gerichtlichen Vorladung sei sie davon ausgegangen, dass an der obergerichtlichen Verhandlung vom 6. Mai 2013 nur über den Antrag der Mutter betreffend vorsorgliche Massnahmen verhandelt werde. Dies habe sie der vorsitzenden Richterin zu Beginn der Verhandlung auch mitgeteilt. Die Richterin habe aber am geplanten Ablauf der Verhandlung festgehalten. Zwar habe man ihr zur Vorbereitung der Hauptverhandlung etwas Zeit eingeräumt; hierfür hätte sie sich aber seriöserweise nochmals mit den gesamten Verfahrensakten und der aktuellen Rechtsprechung auseinandersetzen müssen.

Gemäss Beschluss vom 28. März 2013 wurde eine mündliche Verhandlung angeordnet (Ziff. 1) und festgehalten, über das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen werde nach der mündlichen Verhandlung entschieden (Ziff. 2). Aus dem Kontext erhellt, dass damit einzig gemeint sein konnte, über die vorsorglichen Massnahmen werde nicht vor der Hauptsache, sondern mit dieser entschieden, nämlich im Anschluss an die mündliche Anhörung. Vollends klar wird dies aus der am 6. April 2013 versandten Vorladung, welche vorliegend als gegen Art. 133 lit. e ZPO verstossend bemängelt wird. In dieser Verfügung wurde die Verhandlungsart mit "Hauptverhandlung" bezeichnet; es konnte deshalb kein Zweifel darüber bestehen, dass in der Sache selbst entschieden würde.

War aber die Vorladungsverfügung korrekt ergangen und lag kein Verstoß gegen Art. 133 lit. e ZPO vor, so war das Obergericht auch nicht gehalten, vorerst einzig über die vorsorglichen Massnahmen zu entscheiden, nur weil die Kindesvertreterin die klaren Angaben in der Vorladung überlesen hatte. Vielmehr genügte es, wenn das Gericht ihr Zeit einräumte, um sich auch für das Plädoyer in der Hauptsache vorzubereiten, zumal sich vor Obergericht keine neue Situation ergab und die Kindesvertreterin das Kind durch alle drei Instanzen hindurch vertreten hatte, so dass sie mit den Akten und der relevanten Rechtsprechung vertraut sein musste.

3.

Die Kindesvertreterin behauptet eine Verletzung von Art. 314 Ziff. 1 ZGB. Sie verweist auf BGE 131 III 553 und macht geltend, das Obergericht hätte X._____ anhören müssen, weil dieser im Zeitpunkt der obergerichtlichen Verhandlung bereits über sechsjährig gewesen sei.

Der 2007 geborene X._____ hatte im Zeitpunkt der obergerichtlichen Verhandlung vom 6. Mai 2013 das Schwellenalter von sechs Jahren, ab welchem gemäss dem Leitentscheid BGE 131 III 553 E. 1.2.3 S. 557 die Anhörung von Kindern grundsätzlich möglich ist, knapp überschritten. An zitierter Stelle wurde allerdings betont, dass es sich dabei um eine Richtlinie handelt, und in E. 1.1 S. 554 jenes Entscheides wurde auch klargestellt, dass der Gehörsanspruch erst ab dem Stadium der

Urteilsfähigkeit den Charakter eines persönlichen Mitwirkungsrechts erhält, während er vorher exklusiv der Ermittlung des Sachverhalts dient. In jenem Fall erwies sich das Unterbleiben der Anhörung des neunjährigen Kindes als bundesrechtswidrig, weil sie ausdrücklich beantragt worden war (E. 1.2.4 S. 557 sowie E. 1.4 S. 559). In diesem Sinn wurde die Anhörung auch in der an den zitierten Leitscheid knüpfenden weiteren bundesgerichtlichen Rechtsprechung verstanden, d.h. vor Eintritt der Urteilsfähigkeit des Kindes muss dessen Anhörung als ein der Abklärung des Sachverhaltes dienendes Beweismittel ausdrücklich beantragt werden (Urteile 5C.209/2005 vom 23. September 2005 E. 3.1; 5A_117/2007 vom 11. Oktober 2007 E. 4.2; 5A_626/2009 vom 25. November 2009 E. 5.1;

5A_756/2009 vom 29. Januar 2010 E. 3.1; 5A_397/2011 vom 14. Juli 2011 E. 2.2 und 2.3). Daraus lässt sich selbstverständlich nicht der Umkehrschluss ziehen, dass ein Gericht ohne expliziten Antrag von der Anhörung eines noch nicht urteilsfähigen Kindes absehen müsste. Vielmehr klärt es den Sachverhalt von Amtes wegen ab (Art. 296 Abs. 1 ZGB); in diesem Rahmen hört es das Kind in Ausübung seines Ermessens an, soweit ihm dies für die Erstellung des Sachverhaltes tunlich erscheint.

Entgegen ihrer heutigen Behauptung hat die Kindesvertreterin keinen unbedingten Beweisantrag gestellt. Vielmehr hat sie in ihren Plädoyernotizen, auf welche sie sich heute beruft, festgehalten: "Allenfalls soll sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von X._____ verschaffen und ihn zu einer Kinderanhörung vorladen" (act. 15 S. 7). Damit hat sie die Kindesanhörung ausdrücklich ins Ermessen des Gerichtes gestellt.

Eine willkürliche antizipierte Beweiswürdigung rügt die Kindesvertreterin nicht. Sodann ist nicht ersichtlich, inwiefern das Obergericht sein Ermessen (Art. 4 ZGB) überschritten oder missbräuchlich angewandt haben sollte, namentlich indem die Einvernahme wesentliche neue Erkenntnisse hätte erwarten lassen oder anderweitig unabdingbar gewesen wäre; X._____ hatte aber die relevante Altersschwelle nur um wenige Monate überschritten und er war im Übrigen durch eine Rechtsanwältin vertreten, welche sich ausführlich zu allen relevanten Umständen äusserte (Situation bei der Mutter; Situation bei den Pflegeeltern; Person der Mutter; Person des Kindes). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Kindesvertreterin mit Bezug auf den Eventualantrag der Mutter auf Einholung eines neuen Gutachtens einen abweisenden Antrag gestellt hat, was in einem gewissen Widerspruch zu ihrem eigenen Antrag steht, allenfalls das Kind anzuhören.

4.

Die Kindesvertreterin macht weiter eine Verletzung von Art. 300 Abs. 2 ZGB geltend, indem das Obergericht die Pflegeeltern von X._____ nicht angehört habe.

Art. 300 Abs. 2 ZGB statuiert in erster Linie ein Anhörungsrecht der Pflegeeltern (vgl. Urteil 5C.176/2002 vom 8. November 2002 E. 4; Schwenzer, in: Basler Kommentar, N. 12 zu Art. 300 ZGB). Diese haben aber keine Anhörung verlangt.

Freilich können auch die Verfahrensbeteiligten die Anhörung der Pflegeeltern im Sinn eines Beweismittels verlangen. Vor Obergericht hat die Kindesvertreterin aber entgegen ihrer heutigen Behauptung keinen unbedingten Antrag in diesem Sinn gestellt. Ihre Formulierung in den Plädoyernotizen lautete wie folgt: "Allenfalls soll sich das Gericht einen persönlichen Eindruck von X._____ verschaffen und ihn zu einer Kinderanhörung vorladen. Zudem können die Pflegeeltern allfällige Fragen, wonach die beantragte Ausdehnung des Besuchskontaktes sowie auch die Rückübertragung der Obhut an die Beschwerdeführerin für X._____ aktuell eine Überforderung darstellen würde, beantworten" (act. 15 S. 7).

Indem die Kindesvertreterin die Befragung der Pflegeeltern in den Kontext der allfälligen Anhörung des Kindes stellte und die Befragung der Pflegeeltern gewissermassen als weitere Offerte anbot, legte sie auch diese ins Ermessen des Obergerichtes. Indem das Obergericht von seinem Ermessen dahingehend Gebrauch gemacht hat, dass es die Pflegeeltern nicht angehört hat, und es damit implizit davon ausgegangen ist, eine Anhörung sei nicht nötig, liegt angesichts der vorstehend geschilderten Umstände auch darin weder eine Ermessensüberschreitung noch eine (vorliegend ohnehin nicht geltend gemachte) willkürliche antizipierte Beweiswürdigung.

5.

Mit Bezug auf den relevanten Sachverhalt hat das Obergericht festgehalten, dass die Mutter sich nicht mehr im Strafvollzug befindet, sondern selbständig mit ihrem jüngsten Kind in einer Wohnung lebt. Gemäss dem Bericht der "B._____ GmbH" vom 29. August 2012 verfüge sie über eine ausgeprägte emotionale Kompetenz wie Fürsorglichkeit und Einfühlungsvermögen, um die Bedürfnisse eines Kindergartenkindes angemessen wahrzunehmen. Ihre Lebenssituation sei heute als stabil zu bezeichnen. Sie halte Vereinbarungen zuverlässig ein und zeige gute Planungskompetenzen. Sie pflege auch einen Freundes- und Bekanntenkreis, der als stabil bezeichnet werden könne und aus dem sie bei Bedarf Unterstützung erhalte. Das Obergericht ging

deshalb davon aus, dass heute nicht mehr die gleiche Situation wie bei dem im Zusammenhang mit dem Gefängnisaufenthalt erstellten Zuteilungsgutachten vorliegt.

Der Kindesvertreterin ist dahingehend zuzustimmen, dass das Gericht in Fachfragen nicht grundlos von Gutachten abweichen darf. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Gerichte die Ergebnisse eines Gutachtens unkritisch übernehmen dürften; vielmehr würdigt das Gericht ein Gutachten grundsätzlich frei (BGE 128 I 81 E. 2 S. 86; Urteil 5A_721/2011 vom 4. Januar 2012 E. 2.5). Von ausschlaggebender Bedeutung ist dabei, dass die Ergebnisse eines Gutachtens noch aktuell sind (vgl. BGE 133 III 553 E. 4 S. 555). Diesbezüglich ist nicht primär auf das formelle Kriterium des Alters des Gutachtens abzustellen; massgeblich ist vielmehr die materielle Frage, ob sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens gewandelt hat (BGE 134 IV 246 E. 4.3 S. 254). Wo dies der Fall ist, darf und muss das Gericht von den im Gutachten gezogenen Schlussfolgerungen abweichen (vgl. Urteil 5A_591/2008 vom 24. Oktober 2008 E. 3.2). Das Obergericht hat ausführlich begründet, wieso heute eine ganz andere Situation vorliegt und deshalb auf den aktuellen Bericht der "B. _____ GmbH" und nicht mehr auf das Gutachten aus dem Sommer 2011 abzustellen ist. Sodann hat das Obergericht die Mutter sehr ausführlich angehört. Es konnte sich somit ein persönliches und aktuelles

Bild von ihr machen. Insofern ist dem Obergericht aus methodischer Sicht nichts vorzuwerfen.

Was sodann die inhaltliche Würdigung der verschiedenen Beweismittel anbelangt (wozu insbesondere auch die ausführliche persönliche Befragung der Mutter durch das Obergericht gehört), so betrifft dies die Feststellung des Sachverhalts, welche für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich ist (Art. 105 Abs. 1 BGG). In dieser Hinsicht kann einzig eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung im Sinn von Art. 97 Abs. 1 BGG gerügt werden, welche mit der Rüge der willkürlichen Beweiswürdigung zusammenfällt (vgl. BGE 133 III 393 E. 7.1 S. 398). Diesbezüglich gilt das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG. Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt (BGE 134 I 83 E. 3.2 S. 88; 135 III 232 E. 1.2 S. 234).

Weder erhebt die Kindesvertreterin irgendwelche Willkürrügen noch macht sie eine Verletzung anderer verfassungsmässiger Rechte geltend. Sie beschränkt sich auf appellatorische Ausführungen, indem sie den Sachverhalt aus eigener Sicht schildert und kritisiert, dass das Obergericht nicht dem Gutachten aus dem Sommer 2011 gefolgt sei. Mangels tauglicher Rügen kann auf die diesbezüglichen Vorbringen der Kindesvertreterin nicht eingetreten werden.

Die weiteren (ebenfalls ausführlichen) Vorbringen der Kindesvertreterin im Zusammenhang mit dem relevanten Sachverhalt bzw. der Beweiswürdigung basieren zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln, welche im bundesgerichtlichen Verfahren unzulässig sind, soweit nicht erst der obergerichtliche Entscheid dazu Anlass gegeben hat (Art. 99 Abs. 1 BGG). "Anlass geben" im Sinn dieser Bestimmung meint aber entgegen der Ansicht der Kindesvertreterin nicht, dass der Entscheid entsprechende Wirkungen gezeitigt hat, sondern dass vor der Entscheidung kein Anlass bestand, eine bestimmte Tatsache im Verfahren einzuführen. Unter die Ausnahme vom grundsätzlichen Novenverbot können deshalb nur unechte Noven fallen, während echte Noven den von der Vorinstanz für das Bundesgericht gemäss Art. 105 Abs. 1 BGG verbindlich festgestellten Sachverhalt naturgemäss nicht betreffen und deshalb unzulässig sind (BGE 133 IV 342 E. 2.1 S. 343 f.). Der migrationsrechtliche Hintergrund als solcher würde unter die Kategorie des unechten Novums fallen, aber dazu haben sich sowohl die Kindesvertreterin wie auch das Obergericht bereits geäussert. Echte Noven sind hingegen betroffen mit dem Verweis der Kindesvertreterin auf nach dem angefochtenen Entscheid ergangene

Verfügungen des Migrationsamtes sowie auf einen psychologisch-psychiatrischen Bericht des Kantonsspitals C. _____ vom 4. Juni 2013; diese Beweismittel können gemäss vorstehenden Ausführungen im bundesgerichtlichen Verfahren keine Berücksichtigung finden.

6.

Weil die Kindesvertreterin mit Bezug auf den Sachverhalt bzw. die Beweiswürdigung nach dem Gesagten weder taugliche Rügen noch zulässige Noven vorgebracht hat, ist für die rechtlichen Erwägungen zwangsläufig von den Feststellungen im angefochtenen Entscheid auszugehen. Nach diesen lebt die Mutter heute gemeinsam mit ihrer jüngsten Tochter in einer stabilen Situation und könnte für ihren Sohn altersadäquat sorgen. Das Obergericht hat ferner darauf hingewiesen, dass X. _____ gemäss den Angaben der Beiständin seiner Mutter zugeneigt und auf sie zugegangen sei und er sich offensichtlich über die Begegnung gefreut habe.

Ausgehend von diesen Feststellungen hat das Obergericht in rechtlicher Hinsicht befunden, dass die Obhut grundsätzlich wieder herzustellen sei, nachdem die Mutter aus dem Strafvollzug entlassen worden sei und sie sich stabilisiert habe, so dass der Obhutsentziehungsgrund weggefallen sei. Vorliegend gehe es auch nicht um eine stete Umplatzierung oder um eine Verwurzelung mit

sozialpsychischer Elternstellung der Pflegeeltern. X._____ habe zu diesen zwar eine gute und enge Beziehung. Der Anspruch der leiblichen Mutter auf persönliche Betreuung des Kindes wie auch dessen Anspruch, bei dieser aufwachsen zu können, gehe dem Interesse, weiterhin bei Pflegeeltern zu leben, vor. Nicht von Belang sein könne, dass X._____ Schweizerdeutsch spreche und gerne Bratwurst sowie Fondue esse. Schliesslich gehe es auch nicht darum, frei abzuwägen, in welchem Land oder Kulturkreis er die besseren schulischen und beruflichen Perspektiven habe. Wohl hätte ein Obhutswechsel insbesondere bei einer Rückkehr ins Heimatland eine starke Veränderung der Lebenssituation zur Folge. Es handle sich aber um einen einmaligen Einschnitt und verhindere mit Blick auf die Wegweisung der Mutter auch, dass diese und das Kind dauerhaft getrennt würden, ohne dass eine Besuchsmöglichkeit aufrecht erhalten werden könnte.

Mit diesen Ausführungen ist das Obergericht den Leitlinien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt. Eine jede Neu-, Um- oder Rückplatzierung hat sich am Kindeswohl auszurichten und bedingt eine Abwägung zwischen den auf dem Spiel stehenden Interessen. Für die Rückplatzierung im Sinn von Art. 310 Abs. 3 ZGB gelten nicht die gleichen Kriterien wie für den Obhutsentzug gemäss Art. 310 Abs. 1 ZGB. Im Zusammenhang mit der Rückplatzierung ist zwar zu berücksichtigen, dass beim Obhutsentzug dem Verhältnismässigkeitsprinzip eine zentrale Rolle zukommt und dieses verletzt ist, wenn Massnahmen länger als notwendig aufrechterhalten bleiben. Indes ist zu bedenken, dass es bei langdauerndem Pflegeverhältnis zu einer Verwurzelung mit sozialpsychischer Elternstellung der Pflegeeltern kommen kann; jedenfalls stete Umplatzierungen sind diesfalls zu vermeiden und vielmehr kontinuierliche Verhältnisse anzustreben (zum Ganzen: Urteil 5P.166/2002 vom 15. April 2002 E. 4.3). In solchen Fällen vermag die Aufrechterhaltung der Trennung zwischen Mutter und Kind auch vor Art. 8 Ziff. 1 EMRK standzuhalten (vgl. Urteil Nr. 41153/98 des EGMR vom 1. März 2005 i.S. Fakhy vs Schweiz). Eltern, die sich trotz einer Fremdplatzierung um den Aufbau und die Pflege einer persönlichen Beziehung zu ihrem Kind bemüht haben, brauchen indessen nicht zu befürchten, dass Art. 310 Abs. 3 ZGB mit Erfolg gegen ihre ernsthafte Absicht, das Kind eines Tages wieder selbst zu betreuen und zu erziehen, angerufen werden könnte; entscheidend für die Frage der Zurücknahme durch die Mutter ist dabei, ob die seelische Verbindung zwischen ihr und dem Kind intakt ist und ob ihre Erziehungsfähigkeit und ihr Verantwortungsbewusstsein eine Übertragung der Obhut unter Beachtung des Kindeswohls rechtfertigen (BGE 111 II 119 E. 5 und 6 S. 123 ff.; Urteil 5C.28/2007 vom 3. April 2007 E. 2.2).

Bei der Gewichtung der vorstehenden Interessen sind der Anspruch des Elternteils auf persönliche Betreuung und das Interesse des Kindes an stabilen Beziehungen gegeneinander abzuwägen (vgl. BGE 111 II 119 E. 5 und 6 S. 124 f.). Dabei steht dem Sachgericht typischerweise ein Ermessen im Sinn von Art. 4 ZGB zu, bei dessen Überprüfung das Bundesgericht Zurückhaltung übt (132 III 97 E. 1 S. 99; 135 III 121 E. 2 S. 123 f.; spezifisch im Zusammenhang mit der Obhut: Urteile 5P.507/2006 vom 5. April 2007 E. 4.2; 5A_626/2009 vom 25. November 2009 E. 4.2).

Die Kindesvertreterin tut nicht dar, inwiefern das Obergericht von seinem Ermessen unsachgemässen Gebrauch gemacht hätte. Ihre rechtlichen Ausführungen basieren weitestgehend auf ihren eigenen Sachverhaltsschilderungen, welche mangels tauglicher Sachverhaltsrügen (dazu E. 5) ebenso wenig berücksichtigt werden können wie ihre appellatorischen Verweise auf verschiedene im angefochtenen Entscheid nicht direkt wiedergegebene Dokumente (insb. das seinerzeitige Strafurteil, das Gutachten betreffend Obhutsentzug vom Sommer 2011 sowie verschiedene Nova). Was sodann den migrationsrechtlichen Hintergrund anbelangt, so betrifft der Vorwurf, das Obergericht habe die genauen örtlichen und familiären Verhältnisse in Nigeria nicht abgeklärt, wiederum den Sachverhalt, in welcher Hinsicht keine verfassungsmässigen Rechte als verletzt angerufen werden (dazu E. 5).

Was das Rechtliche anbelangt, hat das Obergericht zutreffend erwogen, dass für die Zuteilung der Obhut migrationsrechtliche Überlegungen nicht zentral sein können. In der Tat geht es vielmehr um die Frage, ob der betreffende Elternteil für das Kind angemessen sorgen und ihm einen stabilen Rahmen bieten kann, so dass das Kindeswohl bei einer (Rück-) Übertragung nicht gefährdet erscheint, während schulische oder berufliche Perspektiven zwar bei der Frage, welchem der beiden Elternteile ein Kind bei ansonsten ähnlichen erzieherischen Fähigkeiten anzuvertrauen ist, ausschlaggebend sein können, nicht aber bei der Frage, ob ein Kind bei den leiblichen Eltern oder Dritten unterzubringen ist; ansonsten wären Kinder aus bildungsfernen Haushalten letztlich systematisch bei Dritten zu platzieren, um ihnen bessere berufliche Perspektiven zu bieten. Wie gesagt, kann es bei der Obhutfrage aber nicht um die Optimierung der ökonomischen Zukunftsperspektiven gehen, sondern um die altersadäquate Betreuung des Kindes bzw. um die Abwägung zwischen dem Anspruch der leiblichen Mutter auf persönliche Erziehung und einer allfälligen Gefährdung des Kindeswohls durch Eigenbetreuung.

Im angefochtenen Urteil und überhaupt in den Akten finden sich keine stichhaltigen Anhaltspunkte, wonach das Wohl von X._____ bei einem Zusammenleben mit seiner Mutter und seiner Halbschwester in der Schweiz oder bei einer gemeinsamen Rückkehr nach Nigeria gefährdet wäre.

Auf die Fragen des Obergerichts, wie ihre Zukunft im letzteren Fall aussähe, hat sie geantwortet: "Meine Familie würde mich unterstützen. Wir haben schon darüber geredet. Es gibt dort eine Wohnung, das ist kein Problem. Ich würde eine Arbeit suchen. [...] Ich könnte dort als Schneiderin oder Friseurin arbeiten. Die Waisenrente erhalte ich auch weiterhin, damit ist die Schule gesichert. Die Waisenrente für X._____ beträgt ca. Fr. 385.- pro Monat. Das Pensionskassenguthaben nehme ich auch mit" (Prot. S. 15). Dies lässt darauf schliessen, dass nicht nur bei einem Verbleib von Mutter und Kind in der Schweiz, sondern auch bei einer gemeinsamen Rückkehr nach Nigeria nicht von einer Gefährdung ausgegangen werden kann, welche eine Rückplatzierung zur Mutter ausschliesse.

Wenn das Obergericht in Abwägung all dieser Faktoren zum Schluss gekommen ist, dass eine Rückübertragung der Obhut an die Mutter angezeigt sei, so hat es das ihm zukommende Ermessen nicht verletzt. Somit hält der angefochtene Entscheid vor Bundesrecht stand.

7.

Für das obergerichtliche Verfahren hatte die Kindesvertreterin die unentgeltliche Rechtspflege verlangt. Das Obergericht ist darauf nicht eingetreten mit der Begründung, hierfür bestehe kein rechtliches Interesse; dem Kind könnten keine Gerichtskosten auferlegt werden und es bestehe kein Bedarf, die Rechtsanwältin als unentgeltliche Kindesvertreterin zu bestellen, weil sie bereits mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde D._____ vom 28. Juni 2011 als Vertretungsbeiständin im Sinn von aArt. 392 Ziff. 2 ZGB ernannt worden sei.

Die Kindesvertreterin führt diesbezüglich aus, dass die Vormundschaftsbehörde sie im Herbst 2012 gebeten habe, eine Honorarnote einzureichen, damit die aufgelaufenen Bemühungen entschädigt werden könnten. Bekanntlich sei die Tätigkeit der Vormundschaftsbehörden per Ende 2012 eingestellt worden, weshalb keine Möglichkeit mehr bestehe, das seither aufgelaufene Honorar bei dieser geltend zu machen. Wie dem Entscheid der KESB D._____ vom 30. Mai 2013 entnommen werden könne, sei sie zwar weiterhin als Prozessbeiständin bestellt worden, könnten aber die Kosten für die Vertretung ausserhalb von Verfahren bei der KESB nicht entschädigt werden. Deshalb habe sie vor Obergericht die unentgeltliche Rechtspflege verlangt. Eine Prozessbeiständin im Sinn von Art. 392 ZGB bzw. eine von der KESB bestellte Verfahrensvertreterin habe die Rechtstellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung im Sinn von Art. 118 ZPO.

Was den Entscheid der KESB D._____ vom 30. Mai 2013 anbelangt, so handelt es sich um ein unzulässiges echtes Novum im Sinn von Art. 99 Abs. 1 BGG. Ohnehin wurde darin nicht die Vergütung von Vertretungsleistungen ausgeschlossen, sondern lediglich in den Erwägungen festgehalten, dass die Kindesvertreterin sich um eine anderweitige Deckung der Verfahrens- und Anwaltskosten bemühe. Im Dispositiv wurde ihr der Auftrag erteilt, weiterhin X._____ zu vertreten, sowohl im Verfahren vor Obergericht als auch für allfällige Rechtsmittel; ferner wurde sie aufgefordert, nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens Mitteilung über die Mandatsführung zu machen.

Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht die Vertretung des Kindes an, unter Bezeichnung der vertretenden Person. Die Botschaft hält hierzu fest, dass diese Aufgabe neu dem Gericht und nicht mehr der Vormundschaftsbehörde zufallen soll (BBl 2006 S. 7367). Entgegen dieser Vorschrift organisierte und mandatierte vorliegend die Vormundschaftsbehörde und dann die KESB als Nachfolgebehörde die Kindesvertretung. Es hält vor Bundesrecht stand, wenn das Obergericht befunden hat, in diesem Fall bedürfe es keiner erneuten Ernennung durch das Gericht. Ebenso wenig ist Bundesrecht verletzt, wenn das Obergericht in der Folge keine Parteientschädigung zugesprochen hat, denn diesfalls steht die mandatierende Behörde in der Kostenpflicht und die vom Staat gewährte unentgeltliche Rechtspflege ist im Verhältnis zu anderen Kostenträgern subsidiär.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Mit Rücksicht auf das vorstehend Gesagte könnte das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege an sich auch für das bundesgerichtliche Verfahren abgewiesen werden. Indes bestellt das Bundesgericht als dritte Instanz dem Kind nur ganz ausnahmsweise von Amtes wegen eine Vertretung (als Beispiel: Urteil 5A_537/2012 vom 20. September 2012). Deshalb und auch zur Vereinfachung der Dinge rechtfertigt es sich, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen, unter Bezeichnung von Rechtsanwältin Claudia Giusto als unentgeltliche Vertreterin von X._____ (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und er wird durch Rechtsanwältin Claudia Giusto verbeiständet.

3.

Es werden keine Kosten erhoben.

4.

Rechtsanwältin Claudia Giusto wird für das bundesgerichtliche Verfahren aus der Gerichtskasse mit Fr. 1'500.-- entschädigt.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde D._____, der Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) und dem Migrationsamt des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 6. August 2013

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli