

# ZH\_OBERGERICHT LC230021 vom 23. Oktober 2023

ZH Obergericht, 2023-10-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LC230021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC230021)

FR: ZH\_OBERGERICHT LC230021 du 23 octobre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LC230021 del 23 ottobre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien haben am tt. Dezember 2008 geheiratet. Sie haben einen gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2011. Im März 2019 trennten sie sich. Mit Eheschutzurteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dietikon, summarisches Verfahren, vom 9. Juli 2019 wurde C.\_\_\_\_\_ unter der gemeinsamen Obhut der Parteien belassen und es wurde eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für ihn angeordnet (act. 3/50). Hinsichtlich des detaillierten Verlaufs des Eheschutzverfahrens sowie des späteren Eheschutzabänderungsverfahrens wird auf die beigezogenen Akten (act. 3/1-62: Eheschutzverfahren Prozess Nr. EE190017 und act. 4/1-56: Eheschutzabänderungsverfahren Prozess Nr. EE200017) verwiesen.

#### E. 1.1

Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO innert 30 Tagen seit Eröffnung eines Entscheides schriftlich und begründet bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen. Mit ihr können sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO); zu Letzterer zählt ebenso die unrichtige Anwendung des pflichtgemässen Ermessens. Die Berufung erhebende Partei trifft eine Begründungslast. Sie hat substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig ist und wie er geändert werden muss (BGer 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3 und 5A\_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3).

#### E. 1.2

Die Berufungsinstanz kann die vorgebrachten Mängel in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei und uneingeschränkt prüfen (freie bzw. volle Kognition; BGE 138 III 374 ff. E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr aufwerfen; vielmehr hat sich die Berufungsinstanz grundsätzlich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung erhobenen Beanstandungen zu beschränken und darf sich auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen sie sich hat leiten lassen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 4A\_418/2017 vom 8. Januar 2018 E. 2.3). In Kinderbelangen hat die Berufungsinstanz – im Rahmen der Beanstandungen – wie im erstinstanzlichen Verfahren den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (Art. 296 Abs. 1 ZPO); es gilt die strenge Untersuchungsmaxime. Sie kann daher auch im Rechtsmittelverfahren von sich aus Untersuchungen anstellen (BGE 144 III 377 E. 7.1.4) und selbst ohne formelle Anträge entscheiden (BGE 128 III 411 E. 3.1). Der Nachforschungsgrundsatz führt dazu, dass Noven in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren unbeschränkt bis

zum Beginn der Urteilsberatung

- 22 - zuzulassen sind (BGer 5A\_800/2019 vom 9. Februar 2021 E. 2.2 und BGE 144 III 349 E. 4.2.1; OG ZH LY160050 vom 18. April 2017 E. II./3.2).

### **E. 1.3**

Der Beklagte erhob die Berufung innert 30-tägiger Rechtsmittelfrist am letzten Tag der Frist entgegen der zutreffenden Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid versehentlich bei der Vorinstanz, welche diese dem zur Behandlung zuständigen Obergericht des Kantons Zürich umgehend überwies (act. 346 und 331/4). Durch eine rechtzeitig versehentlich beim iudex a quo eingereichte Rechtsmitteleingabe wird die Rechtsmittelfrist gewahrt (BGE 140 III 636 E. 3.5- 3.7). Die Berufungsschrift enthält Anträge sowie eine Begründung derselben (vgl. Art. 311 ZPO). Der Beklagte ist durch den vorinstanzlichen Entscheid beschwert, weil die Vorinstanz mit ihrem Entscheid seinen Rechtsbegehren nicht vollumfänglich entsprach. Ein Vorschuss wurde zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege nicht verlangt. Auf die Berufung ist somit einzutreten. 2. Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Da sich die Berufung gegen die Dispositiv-Ziffern 5, 6b, 15, 16 und 19 des angefochtenen Entscheids richtet und in der Berufungsantwort keine Anschlussberufung erhoben wurde, ist vorab mit Beschluss vorzumerken, dass das vorinstanzliche Urteil in den übrigen Ziffern mit Ablauf der Frist für Berufungsantwort in Teilrechtskraft erwuchs.

### **E. 2**

Am 1. Juli 2020 reichten die Parteien dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Dietikon (Vorinstanz) ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (act. 1) und schlossen am gleichen Tag eine Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens (act. 2 und 6). Im Verlaufe des Scheidungsprozesses liess die Vorinstanz eine sozialpädagogische Intensivabklärung von C.\_\_\_\_\_ durch die KOFA (Kompetenzorientierte Familienarbeit Winterthur GmbH) durchführen, welche ihren Bericht am 7. Dezember 2020 erstattete (act. 31). Nach Einholung weiterer Auskünfte, der Einvernahme von Zeugen, der Anhörung von C.\_\_\_\_\_ sowie der Befragung beider Parteien (Prot. Vi S. 20 ff.) ordnete die Vorinstanz mit Verfügung vom 10. Mai 2021 für die Dauer des Verfahrens die alternierende Obhut über C.\_\_\_\_\_ an und legte Betreuungsdarlehen von zwei Wochen bei der Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Klägerin) und einer Woche beim Beklagten und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) fest (act. 116). Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich und verlangte die alternierende Obhut über C.\_\_\_\_\_ zu gleichen, jeweils wöchentlichen Betreuungsdarlehen. Die I. Zivilkammer des Obergericht des Kantons Zürich wies die Berufung mit Urteil vom 19. Juli 2021 ab, soweit sie darauf eintrat (LY210023-O; act. 129).

- 19 - Auf Gesuch des Beklagten (act. 138) und nach Anhörung von C.\_\_\_\_\_ (act. 181) änderte die Vorinstanz die vorsorglichen Betreuungsmodalitäten mit Verfügung vom 12. Januar 2022 während den Betreuungswochen des Beklagten leicht ab (Verzicht auf Mittagshort), belliess indessen die Betreuungsdarlehen der Parteien im bisherigen Umfang. Dem Beklagten und seinem Bruder, I.\_\_\_\_\_, wurde ein Rayonverbot rund um das Schulhaus von C.\_\_\_\_\_, den Schulweg und den Wohnort der Klägerin auferlegt und es wurde auf Wunsch des Kindes eine Ausnahmeregelung zum Kontaktverbot formuliert,

wonach der Beklagte zweimal zu festen Zeiten telefonisch Kontakt aufnehmen dürfe, wenn C.\_\_\_\_\_ bei der Klä- gerin weilt. Die Parteien wurden überdies angewiesen, C.\_\_\_\_\_ innert Stunden- frist zum betreuenden Elternteil oder zur Schule zurückzuschicken, wenn er den nicht betreuenden Elternteil aufsucht (act. 222). Während des aufwändigen Hauptverfahrens holte die Vorinstanz ein fach- psychiatrisches Gutachten der psychiatrischen Universitätsklinik Zürich (PUK) zur Erziehungsfähigkeit des Beklagten, zum Entwicklungsstand von C.\_\_\_\_\_ und zur geeigneten Obhutsform (act. 245) sowie ein psychologisches Gutachten der PUK über die Erziehungsfähigkeit beider Parteien sowie die empfohlene Obhut (nach- folgend Familien-Gutachten; act. 246) ein und hörte C.\_\_\_\_\_ erneut an (act. 283 und 311). Für die Einzelheiten des erstinstanzlichen Verfahrens wird auf die Aus- führungen im angefochtenen Urteil sowie die Vorakten verwiesen (act. 349 S. 7 ff.; act. 1-344). Mit Urteil vom 11. April 2023 (act. 330 = act. 348 = act. 349 [Aktenexemplar], jeweils E. I./1. ff.) schied die Vorinstanz die Ehe der Parteien und beliess die ge- meinsame elterliche Sorge. Die Obhut über C.\_\_\_\_\_ wurde beiden Parteien über- tragen und die Betreuung abwechselnd während zwei aufeinanderfolgenden Wo- chen durch die Klägerin und anschliessend eine Woche durch den Beklagten bei- behalten, wobei der Wechsel von der Klägerin zum Beklagten jeweils am Samstagsabend 18.00 Uhr und derjenige vom Beklagten zur Klägerin am Montag- morgen Schulbeginn stattzufinden habe (Dispositiv-Ziff. 4 und 5). Zudem wurde eine detaillierte Betreuungsregelung während der Schulferien getroffen (Disposi- tiv-Ziff. 6), den Parteien verschiedene Weisungen erteilt sowie die Beistandschaft

- 20 - und Psychotherapie für C.\_\_\_\_\_ beibehalten. Gleichzeitig verbot die Vorinstanz den Parteien, C.\_\_\_\_\_ in den Betreuungswochen der anderen Partei zu kontaktie- ren, sprach gegenüber dem Beklagten ein Rayonverbot aus (Dispositiv-Ziff. 15) und wies die Parteien für den Fall an, dass sich C.\_\_\_\_\_ nicht an die angeordnete Betreuungsregelung halten und den nicht betreuenden Elternteil aufsuchen sollte, C.\_\_\_\_\_ innert Stundenfrist zum betreuenden Elternteil oder zur Schule zurück- zubringen (Dispositiv-Ziff. 16; vgl. im Einzelnen vorstehend aufgeführtes Urteil der Vorinstanz). Schliesslich wurde der Beklagte zu Kinderunterhaltsbeiträgen von monatlich CHF 498.– verpflichtet (Dispositiv-Ziff. 19).

### **E. 3**

Vorab ist in formeller Hinsicht festzuhalten, dass auf die Berufung nicht nä- her einzugehen ist, soweit sich der Beklagte in allgemeiner Weise zum Prozess- verlauf oder zu rechtlichen Grundsätzen äussert oder Erwägungen des angefoch- tenen Entscheid wiederholt (u.a. act. 347 Rz 4-12, 14 f.), ohne dabei konkrete Kri- tik am angefochtenen Urteil zu erheben.

### **E. 4**

ZGB) zu entscheiden (BGer 5A\_463/2022 vom 22. Mai 2023 E. 3.2). Das Ober- gericht auferlegt sich bei Ermessensentscheiden einer gewissen Zurückhaltung und setzt ihr Ermessen nicht einfach anstelle desjenigen der Vorinstanz. Aufzu- heben und zu korrigieren sind stets Ermessensentscheide, die im Ergebnis unbil- lig und ungerecht sind. Beim Entscheid über die Betreuungsanteile gilt das Kindeswohl als oberste Maxime (BGer 5A\_463/2022 vom 22. Mai 2023 E. 3.2). Anders als dies bei der gemeinsamen elterlichen Sorge der Fall ist, handelt es sich bei der alternierenden Obhut nicht um den vom Gesetz vorgegebenen Regelfall. Das Gesetz verpflichtet das Gericht bloss dazu, die Möglichkeit dieser Form der Betreuung zu prüfen, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt (Art. 298 Abs. 2ter ZGB). Das Ge- richt hat die konkreten Umstände des Einzelfalles zu

berücksichtigen und eine den Besonderheiten angepasste Lösung zu finden. Es darf nicht pauschal auf eine grob standardisierte Praxis abstellen (vgl. BGE 144 III 10 E. 7.2; 130 III 585 E. 2.1, vgl. auch BGE 147 III 121 E. 3.2.3; BGer 5A\_139/2020 vom 26. November 2020 E. 3.3.3, BGer 5A\_463/2022 vom 22. Mai 2023 E. 3.2, 5A\_800/2022 vom 28. März 2023 E. 5.4.2). Bei der alternierenden Obhut übernehmen beide Elternteile einen wesentlichen Teil der Betreuung, ohne dass jedoch stets eine hälftige Aufteilung der Betreuungszeiten vorzusehen ist (vgl. BGer 5A\_463/2022 vom 22. Mai 2023 E. 3.3).

#### **E. 4.1**

Was die Obhut betrifft, hatte die Klägerin vor Vorinstanz die alleinige Obhut, eventuell die Beibehaltung der bisherigen Betreuungsregelung (abwechslungsweise zwei Wochen bei der Klägerin und eine Woche beim Beklagten) verlangt. Der Beklagte sei nicht in der Lage, C.\_\_\_\_\_ bei der Betreuung und Erziehung

- 23 - nachhaltig Struktur zu geben und Grenzen zu setzen. Zudem fehle es bereits an der für die alternierende Obhut nötigen Kommunikationsfähigkeit und -willigkeit (act. 252 S. 6 ff. Rz 9 ff.).

#### **E. 4.2**

Demgegenüber beantragte der Beklagte erstinstanzlich, C.\_\_\_\_\_ sei unter seine alleinige Obhut zu stellen, eventualiter unter die alternierende Obhut mit gleichen Betreuungsanteilen der Parteien. Es entspreche insbesondere dem Wunsch von C.\_\_\_\_\_, mehr Zeit mit ihm zu verbringen. Die Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Parteien sei für die alternierende Obhut ausreichend (act. 264 S. 14 ff. und act. 288 S. 7 f.).

#### **E. 4.3**

Der Kindesverfahrensvertreter beantragte vorinstanzlich, die alternierende Obhut beizubehalten, wobei C.\_\_\_\_\_ während zwei aufeinanderfolgenden Wochen von der Klägerin und danach eine Woche vom Beklagten zu betreuen sei. Nachdem es C.\_\_\_\_\_ aufgrund der elterlichen Konflikte sehr schlecht gegangen sei, habe sich die Situation im Mai 2022 zu bessern begonnen (act. 284).

#### **E. 4.4.1**

Die Vorinstanz hielt fest, weder im fachpsychiatrischen noch im Familien-Gutachten sei die Erziehungsfähigkeit des Beklagten als dermassen eingeschränkt beurteilt worden, dass eine alternierende Obhut nicht in Frage käme. Zu bedenken sei, dass der KOFA-Bericht, welcher dem Beklagten die Erziehungsfähigkeit weitgehend abspreche, deutlich älter als die Gutachten der PUK sei und nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Beklagte in der Zwischenzeit seine Erziehungsfähigkeiten habe verbessern können. Das Familien-Gutachten habe zwar beim Beklagten nach wie vor Defizite in der Erziehungsfähigkeit erkannt, welchen jedoch mit flankierenden Massnahmen begegnet werden könne. Gemäss der Gutachten seien beide Parteien grundsätzlich erziehungsfähig, womit eine Grundvoraussetzung für die alternierende Obhut mit Hilfe flankierender Massnahmen zu bejahen sei (act. 349 S. 16 Rz 3.2.2.1 ff.). Im Weiteren erwog die Vorinstanz, die Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft sei aufgrund der zahlreichen dokumentierten Ereignisse zwischen den Parteien und dem anhaltenden Elternkonflikt nicht ohne Weiteres anzunehmen,

- 24 - zumal auch das Familien-Gutachten festhalte, die mangelnde Kooperations- und Kommunikationsfähigkeit der Parteien spreche gegen die alternierende Obhut. Die

Vorinstanz ging indes davon aus, dass mit engmaschigen Regeln und der Unterstützung durch die Beiständin das nötige Mindestmass an Kommunikation für die alternierende Obhut gerade noch erzeugt werden könne (act. 349 S. 18 f. E. 3.2.3.1 ff.). Auch die weiteren Voraussetzungen für die alternierende Obhut erachtete die Vorinstanz als gegeben. Diese entspreche den bisher gelebten Verhältnissen sowie dem mehrfach geäusserten Wunsch von C.\_\_\_\_\_ und dessen Kindesverfahrensvertreter (act. 349 S. 19 f. E. 3.2.4 mit Verweis auf act. 283 S. 5; act. 284 S. 11 Rz 46, act. 311 S. 3). Die Vorinstanz berücksichtigte im Weiteren, C.\_\_\_\_\_ befinde sich zwar in einem erheblichen Loyalitätskonflikt, welcher ihn sehr belastete und sein Wohlergehen gefährde (act. 349 S. 20 Rz 3.3.3, mit Verweis auf Abklärungsbericht kjz-Dietikon act. 4/46 S. 7 und S. 9, KOFA-Bericht act. 31 S. 21, Verlaufsbericht Beiständin act. 64, Familien-Gutachten act. 246 S. 51). Auch der Kindesverfahrensvertreter habe berichtet, dass es C.\_\_\_\_\_ nicht gut gehe (act. 349 S. 20 Rz 3.3.3, mit Verweis auf act. 284 S. 3 f. Rz 11). Allerdings habe C.\_\_\_\_\_ an der Anhörung vom 29. September 2022 einen merklich besseren Eindruck hinterlassen, was die Beiständin im Bericht vom 13. Oktober 2022 bestätigt und erklärt habe, C.\_\_\_\_\_ sei zwischen April und Anfang Oktober 2022 nicht mehr in der Betreuungszeit der Klägerin zum Beklagten gelaufen (act. 349 S. 21 Rz 3.3.4, mit Verweis auf act. 292). Nach der Hauptverhandlung vom 30. September 2022 mit erfolglosen Vergleichsgesprächen der Parteien habe sich die Situation allerdings wieder verschlimmert und die Beiständin habe verschiedene Besuchsregelverstösse von C.\_\_\_\_\_ angezeigt. An der nochmaligen gerichtlichen Anhörung von C.\_\_\_\_\_ am 13. Januar 2023 habe sich der Loyalitätskonflikt erneut offenbart; C.\_\_\_\_\_ habe dem Gericht Geheimnisse anvertraut, welche gemäss seinem Wunsch nicht in den Anhörungsbericht aufgenommen worden seien. Gleichwohl habe C.\_\_\_\_\_ dem Gericht damals grundsätzlich einen guten Eindruck hinterlassen. Die Vorinstanz schloss, das gelebte Betreuungsmodell habe bis zur Hauptverhandlung gut funktioniert. Trotz des bestehenden Loyalitätskonflikts und gegebener Kindeswohlgefährdung sei den Ergebnissen im Familien-Gutachten zu folgen, wonach

- 25 - sich der Loyalitätskonflikt des Kindes bei alleiniger Obhut eines Elternteils eher verstärken und dadurch riskiert würde, dass sich C.\_\_\_\_\_ von einem Elternteil abwenden und eine Allianz mit dem anderen bilden würde (act. 349 S. 21 f. Rz 3.3.4 ff., mit Verweis auf act. 246 S. 60).

#### **E. 4.4.2**

Zu den Betreuungsanteilen führte die Vorinstanz aus, das Familien-Gutachten stütze die Empfehlung, gleiche Betreuungsanteile anzuordnen, auf den stabilen und autonom gebildeten Willen von C.\_\_\_\_\_ sowie auf die Annahme, der Loyalitätskonflikt des Kindes werde bei gleichen Betreuungsanteilen verringert (act. 349 S. 24 E. 3.5.2, mit Verweis auf act. 246 S. 60 ff.). Seit Erstellung der Gutachten seien allerdings weitere Erkenntnisse gewonnen worden, welche einen autonom gebildeten Willen von C.\_\_\_\_\_ klar in Frage stellten. Es sei offenkundig, dass C.\_\_\_\_\_ in seinen Willensäusserungen beeinflusst werde. Entscheidend für die Aufteilung der Betreuung sei überdies, dass die Defizite des Beklagten in der Erziehungsfähigkeit gravierender ausfielen als diejenigen der Klägerin. Der Beklagte könne sich insbesondere nicht in die Kinderperspektive einfinden und C.\_\_\_\_\_ das Sicherheitsgefühl vermitteln, welches dieser inmitten des hochstritten Paarkonflikts dringend benötige. Dies rechtfertige höhere Betreuungsanteile der Klägerin im Alltag, zumal sie C.\_\_\_\_\_ in alltäglichen Angelegenheiten mehr Stabilität gebe, in schulischer

Hinsicht über bessere Ressourcen verfüge und C.\_\_\_\_\_ hier mehr unterstützen könne (act. 349 S. 25 f. E. 3.5.5 ff). Das bisher gelebte Betreuungssystem habe grundsätzlich gut funktioniert und auch C.\_\_\_\_\_ habe im September 2022 bestätigt, dass er es gut finde, wie es momentan sei (act. 349 S. 26 E. 3.5.8 mit Verweis auf act. 283 S. 5). Die bisherige Betreuungsaufteilung sei deshalb zu belassen. Da sich die Defizite des Beklagten vor allem auf die Betreuung im Alltag bezögen, rechtfertige es sich, die Übergabezeiten an den Wochenenden zugunsten des Beklagten abzuändern, damit die Wochenenden unter den Parteien hälftig aufgeteilt würden (act. 349 S. 26 f. E. 3.5.10).

#### **E. 4.4.3**

Der Beklagte bringt in der Berufung gegen die angeordnete Betreuungsergelenung vor, die Vorinstanz habe zwar richtig festgestellt, dass gemäss Empfehlung im Familien-Gutachten die alternierende Obhut angeordnet werden soll. Sie sei aber ohne triftige Gründe und deshalb willkürlich von den gutachterlichen Feststellungen abgewichen (act. 347 Rz 16 und 32). Die Vorinstanz nehme zu

- 26 - Unrecht an, durch die Äusserungen von C.\_\_\_\_\_ in der Kinderanhörung sei eine gegenüber dem Gutachten veränderte Sachlage entstanden. Bereits im Familien-Gutachten sei nicht ausgeschlossen worden, dass die Eltern C.\_\_\_\_\_ beeinflussen. Das Familien-Gutachten sei somit in Kenntnis allfälliger Beeinflussung des Kindes durch die Parteien zum Schluss gekommen, der Wunsch von C.\_\_\_\_\_ nach gleichmässiger Betreuung sei autonom und stabil gebildet. Indem die Vorinstanz das Gegenteil annehme, verletze sie Art. 157 ZPO (act. 347 Rz 18 mit Hinweis auf act. 246 S. 60 f.). Der Beklagte moniert weiter, die beiden Gutachten der PUK hätten ihm Erziehungsfähigkeit mit leichten Abweichungen attestiert. Trotz gewisser Einschränkungen hätten die Gutachter eine alternierende Obhut mit gleichen Betreuungsanteilen der Parteien befürwortet (act. 347 Rz 19 ff.). Die Klägerin weise ebenfalls Mängel in der Erziehungsfähigkeit auf. Die Vorinstanz habe sich aber nur mit seinen Einschränkungen befasst und damit den Sachverhalt unvollständig bzw. geradezu willkürlich festgestellt. Das Familien-Gutachten gehe davon aus, dass die Parteien unterschiedliche Stärken und Schwächen in der Erziehungsfähigkeit hätten, weshalb die gleichmässige Betreuung das Kindeswohl am meisten gewährleiste (act. 347 Rz 24 mit Verweis auf act. 246 S. 42 und 59 f.). Das Familien-Gutachten habe die hälftige Betreuung mit der Überlegung bejaht, dadurch dürfte der Loyalitätskonflikt von C.\_\_\_\_\_ vermindert werden (act. 347 Rz 27). Die von der Vorinstanz angeführten besseren Deutschkenntnisse sowie die höheren schulischen und erzieherischen Ressourcen der Klägerin seien unwesentlich. Die Klägerin unterstütze C.\_\_\_\_\_ bei den Hausaufgaben nicht, lasse ihn viel alleine und oft bis in die Nacht Computerspiele spielen. Das Familien-Gutachten habe festgestellt, dass C.\_\_\_\_\_ durch die Autonomieförderung der Klägerin überfordert sei. Die schulischen Leistungen von C.\_\_\_\_\_ seien trotz mehr Betreuung durch die Klägerin nicht besser geworden. Die schulischen Defizite seien gemäss Familien-gutachten auf den Loyalitätskonflikt, in welchem sich C.\_\_\_\_\_ befinde, zurückzuführen, welcher sich erst bei hälftigen Betreuungsanteilen verbessern dürfte (act. 347 Rz 29 mit Verweis auf act. 246 S. 56). Die Vorinstanz sei auch zu Unrecht davon ausgegangen, das Betreuungsmodell habe bis zur Hauptverhandlung funktioniert. Es sei aktenkundig, dass C.\_\_\_\_\_ bereits vor der Hauptverhandlung

- 27 - diverse Male von der Klägerin zum Beklagten gerannt sei. Das zeitweilige Funktionieren habe vielmehr daran gelegen, dass der Beklagte C.\_\_\_\_\_ vor der Verhandlung beruhigt habe, die Chancen auf eine gleichmässige Betreuung würden gut stehen. Nach der

Hauptverhandlung, an welcher die vorgesehene Betreuungsregelung in Aussicht gestellt worden sei, sei für C.\_\_\_\_\_ eine Welt zusammengebrochen und er habe sich geweigert, die von der Vorinstanz in Aussicht gestellte Betreuungsregelung zu akzeptieren (act. 347 Rz 31). An diesen Ausführungen hält er auch in seiner Stellungnahme vom 22. September 2023 fest (act. 359 Rz 2 ff.).

#### **E. 4.4.4**

Die Klägerin ist mit der vorinstanzlichen Betreuungsregelung einverstanden und beantragt die Abweisung der Berufung. C.\_\_\_\_\_ werde vom Beklagten noch immer stark unter Druck gesetzt. Die heutige Lösung mit etwas verlängerten Wochenenden beim Beklagten entspreche dem Wunsch des Kindes. Die Klägerin habe C.\_\_\_\_\_ den Inhalt des angefochtenen Urteils erklärt, was er sehr positiv aufgenommen habe. Die bisherige Betreuungsregelung habe sich am besten bewährt und sei für C.\_\_\_\_\_ am einfachsten zu bewältigen. Im Übrigen bestreitet sie, C.\_\_\_\_\_ bei den Aufgaben nicht zu unterstützen und ihn in der Nacht Computerspiele spielen zu lassen. Die Vorinstanz habe zu Recht neben den Gutachten der PUK die weiteren Beweismittel gewürdigt und den autonomen Willen von C.\_\_\_\_\_ in Frage gestellt. C.\_\_\_\_\_ habe die Betreuungsregelung akzeptiert und für gut befunden. Wenn die Situation nach der Hauptverhandlung wieder eskaliert sei, sei dies alleine dem Verhalten des Beklagten geschuldet (act. 354 Rz 18 ff.).

#### **E. 4.5**

Auch der Kindesverfahrensvertreter zeigt sich mit der vorinstanzlichen Betreuungsregelung vollumfänglich einverstanden, welche im Wesentlichen seinen erstinstanzlich gestellten Anträgen entspricht. C.\_\_\_\_\_ habe am 5. Juni 2023 gegenüber der Lehrperson (weinend) offenbart, elternseitig werde Druck auf ihn ausgeübt, sich gegen die Betreuungsregelung zur Wehr zu setzen und bei der betreuenden Mutter wegzulaufen. Der Kindesverfahrensvertreter beantragt, es seien bei der Beiständin und der Lehrerin sachdienliche Informationen über die Druckversuche einzuholen (act. 352).

- 28 -

#### **E. 4.6**

Wird die Obhut nicht nur einem Elternteil zugewiesen, sondern eine alternierende Obhut vorgesehen, gilt es die Betreuungsanteile jedes Elternteils festzulegen. Dabei lässt sich nicht objektiv und abstrakt umschreiben, welche Ordnung zu treffen ist. Vielmehr ist im konkreten Einzelfall nach gerichtlichem Ermessen (Art.

#### **E. 4.7.1**

Die Vorinstanz hat unter Beachtung der zutreffenden Rechtsgrundsätze sowie in Berücksichtigung der Akten nachvollziehbar dargelegt, weshalb trotz massiver elterlicher Konflikte und daraus resultierender Kindeswohlgefährdung dennoch die Voraussetzungen für eine Obhutsregelung erfüllt sind, bei welcher beide Parteien einen massgeblichen Teil an der Betreuung von C.\_\_\_\_\_ übernehmen. Die Parteien befinden sich in einem seit Jahren anhaltenden Tren-

- 29 - nungskonflikt, welcher sich gravierend auf das Wohl von C.\_\_\_\_\_ auswirkt. Das Kind befindet sich aufgrund des tiefgreifenden elterlichen Zwistes in einem schweren Loyalitätskonflikt (u.a. act. 67 S. 6, act. 181 S. 3 f., act. 246 S. 49, 51 f. und 56). C.\_\_\_\_\_ liebt beide Eltern, steht zwischen ihnen und möchte vermitteln. Äusserungen von C.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Kindesverfahrensvertreter und dem Gericht lassen befürchten, es werde

elternseits erheblich Druck auf ihn ausgeübt, sich der seit Mai 2021 geltenden Betreuungsregelung zu widersetzen und während der Betreuungszeit der Klägerin zum Beklagten zu laufen. Durch solche Druckversuche wird der Loyalitätskonflikt zum Nachteil des Kindes weiter geschürt. Eine sachliche Diskussion der Parteien über strittige Kinderanliegen scheint derzeit ohne fachliche Unterstützung weitgehend unmöglich zu sein. Die Vorinstanz hat mit einer detaillierten Betreuungsregelung, verschiedenen Weisungen (u.a. Zusammenarbeit mit sozialpädagogischer Familienbegleitung und Fachpersonen, Besuch einer Familienberatung beim Marie-Meierhofer-Institut, C.\_\_\_\_\_ nicht zu befragen, sondern ihn von sich aus erzählen lassen etc.) sowie mit Kontakt- und Rayonverboten diesen besonderen Schwierigkeiten zu begegnen versucht, um eine alternierende Obhut sicherzustellen. Die getroffene Lösung wirkt sorgfältig durchdacht und sachgerecht. Demgemäss entfallen bei einem Zyklus von drei Wochen zwölf Betreuungstage auf die Klägerin und neun auf den Beklagten (vgl. Grafik in act. 349 S. 27).

#### **E. 4.7.2**

Den Einwänden des Beklagten ist zunächst entgegenzusetzen, dass gerichtliche Gutachten wie jedes Beweismittel der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäss Art. 157 ZPO unterliegen. Es ist Aufgabe des Gerichts, alle relevanten Beweise frei zu würdigen. Eine Hierarchie bei der Gewichtung der Beweise besteht nicht. Die beiden Gutachten der PUK stellen damit Teile der zu würdigenden Akten dar. Die Vorinstanz berücksichtigte daneben zu Recht unter anderem den Abklärungsbericht des kjz Dietikon vom 17. Juni 2020 (act. 4/46), den Intensivabklärungsbericht der KOFA vom 7. Dezember 2020 (act. 31) sowie die Berichte der Kinderanhörungen (act. 67, 181, 283 und 311).

#### **E. 4.7.3**

Der Beklagte scheint zudem zu übersehen, dass die Vorinstanz auf die gutachterlichen Ergebnisse über die Erziehungsfähigkeit beider Parteien abstellte. Sie erwog, bei beiden Parteien hätten Defizite in der Erziehungsfähigkeit festge-

- 30 - stellt werden können. Sie beurteilte allerdings die Defizite beim Beklagten als gravierender. Beschränkten sich die Defizite bei der Klägerin auf eine verminderte Lenkungsfähigkeit im Alltag und auf die Bindungstoleranz, so seien beim Beklagten Mängel bei der Förderkompetenz, insbesondere bei der schulischen Förderung, in Bezug auf die Förderung der Autonomie und die Fähigkeit zur Perspektivenübernahme auszumachen (act. 349 S. 25 Rz 3.5.6). Der Beklagte lässt ferner die Ergebnisse des fachpsychiatrischen Gutachtens der PUK ausser Acht, dessen Fokus auf seiner Erziehungsfähigkeit lag und nicht diejenige der Klägerin betraf (act. 245 S. 42 Antwort zu Frage 4). Gemäss fachpsychiatrischem Gutachten einträchtige die tendenziell unsichere, kränkbare und unflexible Persönlichkeit des Beklagten gekoppelt mit der konflikthafter Paardynamik die Fähigkeit, C.\_\_\_\_\_ Grenzen zu setzen und seine Autonomie zu fördern. Zudem wurde auch bei ihm eine etwas geringere Bindungstoleranz festgestellt. Der Beklagte habe in vielfältigen Situationen und Belangen Schwierigkeiten, Diskrepanzen zwischen Ideal und Realität anzuerkennen und zuzugeben. Er habe hohe Ansprüche an Bildung und Ernährung und reagiere bei Ungenügen anscheinend mit Rigidität. Er idealisiere dann den Sohn und übersehe gemäss Darstellungen Dritter dessen schulische und emotionale Schwierigkeiten (act. 245 S. 38 und 42). Diese Einschätzungen stützen die Erwägungen der Vorinstanz, die Erziehungsdefizite seien nicht gleichgelagert und deshalb

unterschiedlich zu gewichten. Hinsichtlich der mangelnden Autonomieförderung des Kindes erscheint überdies bedenklich, dass C.\_\_\_\_\_ noch immer im Bett des Beklagten übernachtet (act. 245 S. 40). Insgesamt lässt sich der Vorwurf nicht bestätigen, die Vorinstanz habe die Defizite der Parteien bei der Erziehungsfähigkeit falsch, einseitig oder willkürlich gewertet.

#### **E. 4.7.4**

Die Gutachterinnen begründeten im Familiengutachten ihre Empfehlung der alternierenden Obhut mit gleichen Betreuungsanteilen hauptsächlich mit dem ihrer Auffassung nach stabil und autonom gebildeten Willen von C.\_\_\_\_\_ (act. 246 S. 62, Antwort zu Frage 9; act. 349 S. 24 E 3.5.2.). Entgegen der Auffassung des Beklagten übergang die Vorinstanz die Begründung im Familien-Gutachten nicht. Sie führte dazu aus, das Gutachten basiere auf den damals zur Verfügung gestellten Verfahrensakten sowie eigenen Erhebungen der Gutachterinnen, wobei deren letzter Kontakt mit dem Beklagten am 21. Januar 2022 und mit der Klägerin

- 31 - am 1. Februar 2022 stattgefunden habe. Der Kindesverfahrensvertreter habe an der Hauptverhandlung Ende September 2022 berichtet, C.\_\_\_\_\_ habe ihm am 2. Februar 2022 unter vier Augen erklärt, es gehe ihm nicht gut, er wolle jedoch nicht alles erzählen. Am 23. Februar 2022 habe auf Wunsch von C.\_\_\_\_\_ erneut ein Gespräch mit dem Kindesvertreter stattgefunden und C.\_\_\_\_\_ habe ihm anvertraut, der Beklagte habe ihm immer wieder gesagt, er müsse bei der Mutter wegrennen und zu ihm gehen. Die Vorinstanz erwog weiter, anlässlich der gerichtlichen Anhörung vom 29. September 2022 habe C.\_\_\_\_\_ dann aber erklärt, die Beklagte verlange, er solle dem Kindesverfahrensvertreter erzählen, dass der Vater ihm sage, er müsse bei der Mutter wegrennen (act. 349 S. 24 E. 3.5.3 ff. mit Verweis auf act. 284 S. 4). Angesichts dieser divergierenden Aussagen des Kindes nach der Begutachtung und dem ernstesten Verdacht auf konkrete Beeinflussungsversuche des Kindes leuchtet ein, dass die Vorinstanz die gutachterliche Annahme eines autonom gebildeten Willens in Zweifel zog und stattdessen bei der Festlegung der Betreuungsanteile auf andere Überlegungen, insbesondere auf die sich aus den Berichten und Gutachten ergebenden erzieherischen Fähigkeiten der Parteien, abstellte (act. 349 S. 25 E. 3.5.6). Der Vorwurf des Beklagten, die Vorinstanz sei ohne triftigen Gründe von den Empfehlungen im Familien-Gutachten abgewichen, trifft somit nicht zu. Der Entscheid über die Obhut und das Aufstellen eines Betreuungsplans zählt zu den regelmässigen gerichtlichen Aufgaben in einem Scheidungsverfahren. Nicht nur die tatsächlichen Begebenheiten, sondern auch rechtliche Aspekte spielen dabei eine Rolle und dem Gericht kommt beim Entscheid über die Betreuungsregelung ein erhebliches Rechtsfolgenmessen zu. Der Wille eines zehnbis zwölfjährigen Kindes stellt dabei eines von mehreren zu berücksichtigenden Kriterien dar und es darf darauf bei der Regelung der Betreuung nicht ausschliesslich abgestellt werden (vgl. BGer 5A\_875/2017 vom 6. November 2018 E. 3.3). Die Fähigkeit zu autonomer Willensbildung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ungefähr ab dem 12. Altersjahr anzunehmen (BGer 5A\_984/2019 vom 16. April 2019 E. 3.3). C.\_\_\_\_\_ war im Zeitpunkt seiner Anhörung durch die Gutachterinnen zehn Jahre alt. Gründe, die bundesgerichtlich festgelegte Altersgrenze von 12 Jahren vorliegend herabzusetzen, sind nicht ersichtlich. Es kann der

- 32 - Vorinstanz daher nicht vorgeworfen werden, wenn sie nach Würdigung der Gesamtumstände andere rechtliche Massnahmen vorsieht als in einem Gutachten empfohlen wurden. Ob im Familien-Gutachten eine Beeinflussung von C.\_\_\_\_\_ durch die Parteien

bereits beachtet wurde, wie es der Beklagte geltend macht, ist daher nicht hauptsächlich. Im Übrigen ergäben sich aus den von ihm zitierten Stellen im Familien-Gutachten (act. 347 S. 10 Rz 18) keine Hinweise auf den Ein- bezug konkreter Beeinflussungsversuche. So wird auf Seite 50 des Familien- Gutachtens ausgeführt, es sei unklar, inwieweit vom Beklagten subtil Druck auf C.\_\_\_\_\_ ausgeübt werde; teilweise sei auffallend, dass der Beklagte C.\_\_\_\_\_ keine Grenzen setze bzw. ihm keine Wünsche abschlagen könne. Der Beklagte bekunde Schwierigkeiten bei der Differenzierung in der Eltern-Kind-Ebene. Er sei traurig, wenn er C.\_\_\_\_\_ nicht sehe und kommuniziere dies seinem Sohn. Somit habe C.\_\_\_\_\_ das Gefühl, er müsse sich um den Beklagten kümmern. Man mer- ke, dass C.\_\_\_\_\_ besonders dem Beklagten gefallen wolle (act. 246 S. 50). Kon- krete Beeinflussungsversuche werden damit im Gutachten nicht beschrieben. Auf welche exakte Stelle auf Seite 51 des Familien-Gutachtens sich der Beklagte des Weiteren berufen möchte, bleibt unklar, weil dort die elterlichen Konflikte und ihre Wirkung auf C.\_\_\_\_\_ bloss in allgemeiner Weise beschrieben werden. Der Ein- wand, die vorinstanzliche Argumentation übersehe, dass im Familien-Gutachten die Beeinflussung von C.\_\_\_\_\_ durch die Parteien berücksichtigt worden sei, ist daher weder ausschlaggebend noch kann er bestätigt werden.

#### **E. 4.7.5**

Die angefochtene Betreuungsregelung erscheint insgesamt als angemessenen und sachgerecht. Die Vorinstanz hat die zuvor vorsorglich geltende Regelung hinsichtlich der Übergabezeiten an den Wochenenden zugunsten des Beklagten leicht angepasst, so dass die Klägerin während eines dreiwöchigen Betreuungs- Zyklus C.\_\_\_\_\_ an zwölf und der Beklagte an neun Tagen betreut. Die getroffene Regelung weicht damit nur wenig von einer je hälftigen Betreuung ab. Der Kin- desverfahrensvertreter, der die Umstände und die schwierige Situation von C.\_\_\_\_\_ seit Jahren kennt, sah unter Berücksichtigung des Kindeswillens und des Kindeswohls im Berufungsverfahren keine Veranlassung, von seinen vor Vo- rinstanz gestellten Anträgen abzuweichen und teilt die Überlegungen der Vo- rinstanz (act. 352). Ebenso hat sich die Klägerin mit der getroffenen Regelung - 33 - abgefunden (act. 354). Die ihr vom Beklagten vorgeworfenen, bestrittenen Verhaltensweisen (keine Unterstützung bei Hausaufgaben und nächtliches Computer- spiele spielen von C.\_\_\_\_\_ ) blieben pauschal und unbelegt, weshalb darin kein Grund für eine andere Betreuungsregelung zu erblicken ist.

#### **E. 4.8**

Die Verhältnisse wurden durch verschiedene Gutachten und Berichte hin- länglich abgeklärt. C.\_\_\_\_\_ wurde im erstinstanzlichen Verfahren wiederholt an- gehört und seine Interessen werden vom Kindesverfahrensvertreter verantwor- tungsvoll gewahrt. Weitere Abklärungen, namentlich die Befragung von C.\_\_\_\_\_ oder das Einholen von weiteren Informationen bei der Beiständin oder der Schule über Beeinflussungsversuche (vgl. act. 352 S. 4 Rz 15), erweisen sich derzeit nicht als notwendig.