

ZH_OBERGERICHT LE230024 vom 9. April 2024

ZH Obergericht, 2024-04-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE230024

FR: ZH_OBERGERICHT LE230024 du 9 avril 2024

IT: ZH_OBERGERICHT LE230024 del 9 aprile 2024

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. September 2018 verheiratet und Eltern des gemeinsamen Sohns C._____, geboren am tt.mm.2018 (Urk. 1 Rz. 3; Urk. 3/1; Urk. 3/4 und Urk. 23 Rz. 7 f.).

E. 1.1

Die Parteien stellen für das Rechtsmittelverfahren je ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und ersuchen um Bestellung einer unentgeltlichen Rechts- verbeiständung (Urk. 112 S. 4; Urk. 125 S. 2).

- 38 -

E. 1.1.1

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, die Gesuchsgegnerin habe ausdrücklich erklärt, dass sie nicht die Absicht habe, nach Russland zu ziehen. Seit dem verfügten Ausreiseverbot am 14. Juli 2022 sei es sodann zu keinem Vorfall gekommen, an dem die Gesuchsgegnerin versucht hätte, mit C._____ ins Ausland auszureisen. Die Gesuchsgegnerin verfüge über einen festen Wohnsitz in der Schweiz und habe gegenüber den Abklärenden die Absicht kundgetan, eine neue

- 21 - Wohnung in der Nähe des heilpädagogischen Kindergartens von C._____ in H._____ finden zu wollen. Sie wohne zudem bereits seit acht Jahren in der Schweiz. Auch die Abklärenden würden gestützt auf ihre Empfehlungen nicht davon ausgehen, dass die Gesuchsgegnerin beabsichtige, ins Ausland zu ziehen. Eine konkrete Entführungsgefahr sei nach dem Gesagten nicht ersichtlich. Ein Wechsel des Aufenthaltsortes bei gemeinsamer elterlicher Sorge erfordere im Übrigen die Zustimmung beider Parteien oder die Entscheidung des Gerichts, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liege oder der Wechsel erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte habe. Aus der latenten Angst, die Gesuchsgegnerin könne mit C._____ in ihr Heimatland Russland ziehen, könne der Gesuchsteller demzufolge keine Obhutszuteilung an sich begründen (Urk. 113 E. 2.3 S. 49 ff.).

E. 1.1.2

Der Gesuchsteller rügt zusammengefasst, die Vorinstanz verkenne ganz offensichtlich, dass die Entführungsgefahr im Zeitpunkt des Eheschutzgesuchs am 13. Juli 2022 mehr als akut gewesen sei. Erschwerend komme hinzu, dass es sich bei C._____ um einen heute bald fünfjährigen Jungen handle, der in seiner Entwicklung noch grosse Rückstände aufweise und sich – im Zeitpunkt des Eheschutz- gesuchs – in gewissen Bereichen auf dem Stand eines rund zweijährigen Kindes befunden habe. Obschon der gemeinsame Sohn bereits grosse Unterstützung durch diverse Fachpersonen in der Schweiz erhalten habe, sei die

Gesuchsgegnerin der Ansicht, es sei für C._____ die bessere Lösung, ihn aus diesem Setting herauszureissen und nach Russland zu reisen. Dieses Verhalten sei von der Vorinstanz, aber auch im Abklärungsbericht der Organisation Triangel, offenkundig und völlig unverständlichweise bei der Beurteilung der Obhutsteilung nicht berücksichtigt worden. Der Plan der Gesuchsgegnerin ergebe sich auch aus dem Bericht der Heilpädagogin. Hinzu komme, dass bis heute unklar sei, ob die Gesuchsgegnerin – einmal mehr ohne Zustimmung des Gesuchstellers – einen russischen Pass für C._____ habe ausstellen lassen. Die Vorinstanz habe diesbezüglich keinerlei Bedenken, obschon sich aus dem Verhalten der Gesuchsgegnerin deutlich zeige, dass sie sich nicht um die Zustimmung des Gesuchstellers kümmere. Auch habe die Vorinstanz diesbezüglich keine weiteren Abklärungen getätigt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei sodann die WhatsApp-Nachricht, in welcher die Ge-

- 22 - suchsgegnerin ausdrücklich festhalte, zurück nach Russland zu wollen, nach wie vor relevant für die Frage, ob sie allenfalls doch noch mit C._____ nach Russland ausreisen könnte. Damit zeige die Gesuchsgegnerin mehr als deutlich, dass es ihr Plan sei, inskünftig in Russland zu leben. Die Argumentation der Vorinstanz verfange nicht, zumal sie nicht zu erklären vermöge, inwiefern sich die Situation im Februar 2023 von jener im Juli 2022 unterscheide. Fakt sei, dass die Gesuchsgegnerin abgesehen von C._____ keinen Grund habe, in der Schweiz zu verbleiben. Sie sei gemäss Kenntnisstand des Gesuchstellers nach wie vor nicht arbeitstätig und wenig in die hiesige Gesellschaft integriert. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz bestünden sehr wohl konkrete Anhaltspunkte, wonach die Gesuchsgegnerin einen Wegzug ins Ausland ins Auge fassen könnte. Die alleinige Obhut bei der Gesuchsgegnerin dürfte denn auch dazu führen, dass sich dieser Plan einfacher umsetzen liesse. Die Entführungsgefahr sei mithin einer der Gründe, welche für die beantragte alternierende Obhut spreche (Urk. 112 Rz. 12 ff.).

E. 1.1.3

Die Gesuchsgegnerin erwidert zusammengefasst, der Gesuchsteller zeige keine genauen Verdachtsmomente auf. Ohne jegliche Veranlassung gehe er davon aus, dass ihre fehlende Arbeitstätigkeit einen hinreichenden Grund darstelle, ihr ganzes Leben in der Schweiz aufzugeben und nach Russland auszuwandern. Sie sei mit ihrem Leben in der Schweiz glücklich. Sie lebe in einer glücklichen und harmonischen Beziehung mit ihrem Partner G._____, welcher auch eine gute Beziehung zu C._____ pflege. Zudem habe sie hier mehrere Freunde, mit denen sie sich regelmässig treffe. Es bestünden deshalb weder konkrete noch abstrakte Verdachtsgründe für eine Ausreise. Auch sei zu beachten, dass eine Ausreise nach Russland – immer noch ein Kriegsgebiet auf unbestimmte Zeit – für die Gesuchsgegnerin keinesfalls in Frage komme. Sie wolle für C._____ nur das Beste, und das sei das stabile Umfeld bei ihr zu Hause (Urk. 125 Rz. 12 ff.).

E. 1.1.4

Ob im konkreten Fall eine Entführungsgefahr besteht, ist eine auf Beweiswürdigung beruhende Tatfrage (vgl. BGer 5A_968/2016 vom 14. Juni 2017, E. 4.1.; BGer 5A_830/2010 vom 30. März 2011, E. 4.2). Eine bloss abstrakte Entführungsgefahr genügt nicht (vgl. BGer 5C.133/2003 vom 10. Juli 2003, E. 2.2; OGer ZH PQ170047 vom 13.07.2017, E. 7.1).

- 23 -

E. 1.1.5

Die vorgebrachte Erläuterung der Heilpädagogischen Früherzieherin I._____ datiert vom Juli 2022 und spricht zusammengefasst lediglich davon, dass die Gesuchsgegnerin mit C._____ eine Diagnose beziehungsweise ein Programm in Russland machen wolle und eine eventuell versuchte Kindsentführung im Raum stehe (vgl. Urk. 115/2). Konkretere Hinweise auf eine Entführungsgefahr beziehungsweise Belege für die vorgenannten Behauptungen lassen sich der Erläuterung nicht entnehmen. Seit besagtem Bericht ist sodann geraume Zeit verstrichen, ohne dass die Gesuchsgegnerin nach Russland gegangen wäre. Dasselbe gilt für die vom Gesuchsteller bereits vor der Vorinstanz vorgebrachte WhatsApp-Nachricht vom August 2022 (Urk. 71/27) sowie die weiteren Ereignisse, welche sich im Juli 2022 abgespielt haben sollen (vgl. Urk. 112 Rz. 12). Dass die Gesuchsgegnerin mehrfach innerhalb der Schweiz umgezogen ist, vermag ebenfalls keine konkrete Entführungsgefahr zu belegen (vgl. Urk. 140 Rz. 3 ff.; Urk. 142/1). Selbst wenn die Gesuchsgegnerin – wie der Gesuchsteller befürchtet – einen russischen Pass für den Sohn C._____ ausstellen liesse, vermöchte dies höchstens eine abstrakte Entführungsgefahr zu belegen. Die Ausführungen der Gesuchsgegnerin, wonach sie mit ihrem Leben in der Schweiz glücklich sei, sie in einer glücklichen und harmonischen Beziehung mit ihrem Partner G._____ lebe sowie hierzulande mehrere Freunde habe (Urk. 125 Rz. 12), werden vom Gesuchsteller sodann nicht weiter bestritten. Mit der Gesuchsgegnerin und der Vorinstanz ist im Ergebnis festzustellen, dass vom Gesuchsgegner keinerlei konkreten Anhaltspunkte für eine Entführungsgefahr dargetan werden konnten.

E. 1.2

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Ist es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Wegen der Waffengleichheit gilt dies insbesondere, wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist. Als bedürftig gilt, wer für die Kosten des Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zum Zeitpunkt der Gesuchstellung (vgl. BGE 135 I 221 E. 5.1) zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (BGE 141 III 369 E. 4.1). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38).

E. 1.2.1

Die Vorinstanz erwog zusammengefasst, gestützt auf die Erkenntnisse der Intensivabklärung sei festzuhalten, dass die Beibehaltung der mit Verfügung vom 11. August 2022 für die Dauer des Verfahrens angeordnete alternierende Obhut nicht mit dem Kindeswohl vereinbar sei. Dieser stünde insbesondere der erhebliche Elternkonflikt mit massiven Schuldzuweisungen, die gänzlich fehlende Kommunikationsfähigkeit in Erziehungsthemen sowie die divergierenden Erziehungsstile der Eltern und die fehlende Ruhe, Stabilität und Struktur für einen kindgerechten Alltag entgegen. Mit der alternierenden Obhut könne den besonderen Bedürfnissen von

- 24 - C._____ insbesondere aufgrund seiner ausgeprägten Entwicklungsstörungen und des Autismus-Verdachts nicht gerecht werden. Eine zusätzliche Belastung gelte es in jedem Fall zu vermeiden, um die Entwicklung von C._____ nicht noch mehr zu gefährden und das Kindeswohl wahren zu können. Die Beibehaltung der alternierenden Obhut komme demzufolge im Interesse des Kindeswohls nicht in Frage und es sei darüber zu befinden, welchem Elternteil die Alleinobhut für die Dauer des Verfahrens zuzuteilen sei. Beide Elternteile würden gemäss den Erkenntnissen der Abklärenden offensichtlich diverse Defizite in ihrer Erziehung und nur wenige förderliche Strukturen aufweisen. Der Einwand des Gesuchstellers, wonach der Bericht der Intensivabklärung die erforderliche Objektivität vermissen lasse und die Beobachtungen einseitig zu seinen Lasten ausgelegt worden seien, vermöchten nicht zu überzeugen. Gestützt auf die Erkenntnisse der Intensivabklärung scheine sodann ein kindsgerechter und entwicklungsfördernder Alltag trotz beidseits eingeschränkter Erziehungsfähigkeit – unter Beibehaltung der externen Unterstützungsmaßnahmen – am ehesten bei der Gesuchsgegnerin gewährleistet zu sein. Bei der Gesuchsgegnerin sei im Gegensatz zum Gesuchsteller eine elterliche Strukturierung beziehungsweise die Fähigkeit, einen adäquaten Rahmen für die Interaktion mit dem Kind zu schaffen, beobachtet worden. Während beim Gesuchsteller das gemeinsame Spielen nur auf Aufforderung der Abklärenden erfolgt sei und sich zwischen ihm und dem Kind keine gute Abstimmung gezeigt habe, habe bei der Gesuchsgegnerin eine eingespielte und entwicklungsfördernde Interaktion mit C._____ beobachtet werden können. Des Weiteren erscheine auch die beschriebene Wohnsituation des Gesuchstellers nicht kindsgerecht zu sein, während die Wohnung der Gesuchsgegnerin einen kindsgerechten und geordneten Alltag ermögliche. Mit dem Kindeswohl gänzlich unvereinbar seien sodann die Ressourcen, welche der Gesuchsteller verwende, um C._____ zu einem bestimmten Verhalten zu motivieren, indem er ihm als Gegenleistung oft das Handy oder ein Programm auf dem Computer verspreche. Alarmierend seien zudem die gemachten Beobachtungen, dass C._____ zum einen nicht in die Wohnung des Gesuchstellers rein möchte – was der Gesuchsteller selbst bestätigt habe – und er zum anderen, sobald er beim Gesuchsteller zu Hause sei, sofort verzweifelt die Nutzung von elektronischen Geräten einfordere. Diese Verhaltensweise zeige deutlich, dass sich

- 25 - C._____ in der Wohnung des Gesuchstellers nicht wohl zu fühlen scheine und er dort vielmehr hilflos wirke. Sodann lasse das sofortige Einfordern von elektronischen Geräten sowie die beobachtete Ausdauer von C._____ bei deren Nutzung vermuten, dass er sich beim Gesuchsteller nicht anders zu beschäftigen wisse und er es zudem gewöhnt sei, dass der Gesuchsteller die entsprechende Nutzung grosszügig toleriere. Ein solcher Einsatz von elektronischen Geräten sei für die angemessene Entwicklung eines Kleinkindes offenkundig nicht dienlich und im Gegenteil sogar schädlich. Die Folgen bei einem Kind mit einer ausgeprägten Entwicklungsverzögerung sowie einem frühkindlichen Autismus-Verdacht seien sodann umso fataler. Im Vergleich zur Gesuchsgegnerin scheine der Gesuchsteller gemäss den Beobachtungen der Abklärenden weniger fähig zu sein, feinfühlig auf die besonderen Bedürfnisse des Sohnes einzugehen und diesem den nötigen emotionalen Halt sowie die nötige Orientierung und Koregulation zu geben. Die Gesuchsgegnerin erscheine – trotz ihrer Erziehungsdefizite – mithin erzieherisch etwas versierter zu sein als der Gesuchsteller und C._____ eine grössere emotionale Resonanz und grösseren Halt sowie eine bessere elterliche Strukturierung geben zu können. Sie anerkenne die Erziehungsdefizite und dass sie und C._____ Unterstützung benötigen würden. Angesichts der gesamten Umstände und unter Beibehaltung der externen

Unterstützungsmassnahmen erscheine die Gesuchsgegnerin die bessere Gewähr dafür bieten zu können, dass sich C._____ in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht altersgerecht entfalten und damit die Kindeswohlgefährdung abgewendet werden könne. Diese Ansicht scheine auch die Kinderärztin Dr. med. J._____ zu teilen, da sie den Abklärenden mitgeteilt habe, die Gesuchsgegnerin als liebevoll und wohl ein bisschen zu fürsorglich erlebt zu haben, sich aber vorstellen zu können, dass die Gesuchsgegnerin mit einer klaren fachlichen Führung C._____ gut unterstützen könnte. Den Gesuchsteller habe sie hingegen kaum mit C._____ interagieren sehen und er wirke auf sie auch auffällig. Es sei – so die Vorinstanz weiter – auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen. Wie sich die Situation auf Seiten der Gesuchsgegnerin präsentieren würde, falls ihre aktuelle Beziehung in die Brüche gehen würde, sei irrelevant. Mit der Aufrechterhaltung der Beistandschaft und dem Einbezug weiterer Fachleute (insbesondere der sozialpädagogischen Familienbegleitung) werde zudem eine stetige Überprü-

- 26 - fung und falls nötig zeitnahe Anpassung der Verhältnisse im Interesse des Kindeswohls gewährleistet. Aus dem respektlosen Umgang zwischen den Eltern könne der Gesuchsteller nichts zu seinen Gunsten ableiten, zumal dieser offenkundig von beiden verschuldet sei. Aufgrund der genannten schwerwiegenden Erziehungsdefizite auf Seiten des Gesuchstellers und der Tatsache, dass eine alternierende Obhut infolge zusätzlicher Kindeswohlgefährdung nicht in Frage komme, werde auch die Ansicht des Gesuchstellers nicht geteilt, dass die Installation einer sozialpädagogischen Familienbegleitung und die bestehende Beistandschaft weniger einschneidende und genügende Massnahmen für die Abwendung der bestehenden Kindeswohlgefährdung seien. Diese Argumentation des Gesuchstellers erscheine angesichts seiner ursprünglichen Ausführungen im Übrigen auch als widersprüchlich, da er es gewesen sei, der eine alternierende Obhut aufgrund des massiven Elternkonflikts mit dem Kindeswohl als unvereinbar gehalten habe. Auch die Tatsache, dass der heilpädagogische Kindergarten von C._____ am Wohnort des Gesuchstellers liege, vermöge aus denselben Gründen keine andere Obhutszuteilung zu begründen. Beide Parteien hätten C._____ bisher immer pünktlich zum Kindergarten gebracht. Gestützt auf die obigen Erwägungen sei den Empfehlungen der Abklärenden zu folgen und die Alleinobhut für C._____ im Interesse des Kindeswohls für die weitere Dauer des Getrenntlebens der Gesuchsgegnerin zuzuteilen (Urk. 113 E. 2.2. f., S. 21 ff., insbesondere S. 50 ff.).

E. 1.2.2

Der Gesuchsteller rügt im Kern zunächst, die Vorinstanz verkenne, dass eine mangelnde Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern einer alternierenden Obhut nicht entgegenstehe. Es sei zwar grundsätzlich für die alternierende Obhut zentral, dass eine minimale Kommunikation und Kooperation vorhanden seien. Diese könnten jedoch auch rein schriftlich erfolgen und über eine Drittperson laufen. Die Kindseltern hätten sich während der Zeit ab dem 25. Oktober 2022 – teilweise unter Mithilfe von Drittpersonen – bis zur abermaligen Neuregelung durch den streitgegenständlichen Entscheid einigermaßen betreffend die Kinderbelange austauschen können. Die alternierende Obhut habe in dieser Hinsicht somit grundsätzlich funktioniert und es sei davon auszugehen, dass sich die Parteien inskünftig besser austauschen könnten, zumal sie aufgrund der angeordneten Massnahmen die Hilfe von diversen Fachpersonen in Anspruch nehmen könnten

- 27 - beziehungsweise müssten (Urk. 112 Rz. 19). Divergierende Erziehungsstile würden in der Natur der Sache liegen. Derzeit würden beide Kindseltern noch Unterstützung betreffend Erziehungsfragen benötigen. Anders als die Vorinstanz und die Ergebnisse des Abklärungsbericht suggerieren würden, könne dieser Thematik ausreichend mit der angeordneten sozialpädagogischen Familienbegleitung begegnet werden. Den besonderen Bedürfnissen von C._____ könne und müsse durch Fachpersonen auf beiden Seiten begegnet werden. Auch das Strukturbedürfnis von C._____, welches aufgrund von dessen Entwicklungsrückstand grösser sei als bei anderen Kindern in seinem Alter, spreche – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht gegen die Anordnung der alternierenden Obhut. Die Struktur im Leben von C._____ sei bereits aufgrund der umfassenden Betreuung im heilpädagogischen Kindergarten beziehungsweise im Nachmittagshort ausreichend vorhanden. Die Betreuung der Eltern beschränke sich daher einstweilen auf die Randstunden beziehungsweise auf die Wochenenden. Die Regelung der Vorinstanz sei gar nie gelebt worden. Unter Mithilfe des Kindergartens hätten die Eltern eine andere Regelung gefunden, die zu weniger Wechseln führe. Der Gesuchsteller betreue C._____ derzeit an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend. Mit dieser Regelung sei der Gesuchsteller zwar nicht wirklich einverstanden. Zum Wohl von C._____ habe er sich jedoch darauf eingelassen, da die Wechsel am Donnerstag für bloss eine Nacht nicht in dessen Interesse gewesen seien. Die beantragte alternierende Obhut habe den Vorteil, dass C._____ eine klare Struktur haben werde. Unter Beihilfe der sozialpädagogischen Familienbegleitung könne sodann auch an den unbestrittenermassen auf beiden Seiten vorhandenen Erziehungsdefiziten gearbeitet werden. Dass die Vorinstanz trotz dieser Defizite in Einklang mit dem Abklärungsbericht davon ausgehe, dass die alleinige Obhut der Gesuchsgegnerin zugeteilt werden solle, erhelle nicht. Den Defiziten sei auf beiden Seiten gleichermassen zu begegnen. Der Gesuchsteller habe gezeigt, dass er bereit und gewillt sei, seine Defizite in der Erziehung mit Unterstützung der Fachpersonen anzugehen. Unverständlich und komplett abwegig sei sodann, dass die Wohnsituation des Gesuchstellers nicht adäquat sein solle. Er bewohne gemeinsam mit seinem Sohn eine 3-Zimmer-Wohnung, welche zuvor der Familie als Familienwohnung gedient habe. Selbst wenn die Wohnung zeitweise überstellt bezie-

- 28 - hungsweise unordentlich gewesen sein sollte, könne dies offenkundig nicht dazu dienen, dem Gesuchsteller die Obhut zu entziehen (Urk. 112 Rz. 20 ff.). Des Weiteren erhelle nicht, weshalb die Vorinstanz die gute Zusammenarbeit des Gesuchstellers nicht positiver würdige. Er sei offensichtlich in der Lage, mit den Fachpersonen zusammenzuarbeiten, und werde dies in der Zukunft weiterhin tun. Er sei es auch gewesen, welcher sich in der Vergangenheit mehrheitlich um die notwendigen Unterstützungsvarianten für C._____ eingesetzt habe. Dass diese teilweise abgebrochen worden seien, habe an der Gesuchsgegnerin gelegen, die mit den Massnahmen nicht mehr einverstanden gewesen sei. Dass dem Gesuchsteller vorgeworfen werde, kein adäquates Spielzeug für C._____ zu besitzen, erweise sich als komplett abwegig. Die Gesuchsgegnerin habe einen Grossteil der Spielsachen bei ihrem Auszug mitgenommen. Aufgrund der Unterstützung durch ihren Lebenspartner könne sie stets neue Spielsachen kaufen, während der Gesuchsteller aufgrund seiner prekären finanziellen Situation dazu nicht in der Lage sei. Dass sich die Abklärenden und mit ihr die Vorinstanz sodann bei ihrer Einschätzung auf die Vermutungen berufen würden, dass C._____ beim Gesuchsteller viel Zeit am Computer und Handy verbringe, gehe ebenfalls nicht an. Wenn solche Umstände negativ ausgelegt würden, hätten sie genauer abgeklärt werden müssen.

Um dem Vorwurf, dass er die Freizeit für C._____ nicht ausreichend gestalten könne, abzuhelfen, sei die sozialpädagogische Familienbegleitung angeordnet worden. Fakt sei, dass der Gesuchsteller C._____ teilweise mit elektronischen Spielsachen unterhalte. Jedoch gehe es nicht an, wenn die Vorinstanz behaupte, dass dies schädlich für ein Kind sei. Der Einsatz elektronischer Geräte möge nicht von allen Fachpersonen als optimale Erziehungsmethode angesehen werden. Doch dürfte dies umstritten sein. Wie dem auch sei, treffe es nicht zu, dass der Gesuchsteller C._____ nicht anders zu beschäftigen wisse. Beide seien, wie im Abklärungsbericht festgehalten, häufig draussen unterwegs. Sodann habe der Gesuchsteller diverse Hobbys, in welche er C._____ miteinbeziehe. C._____ spiele auch regelmässig mit den beiden Katzen des Gesuchstellers (Urk. 112 Rz. 25 ff.). Auch sei nicht nachvollziehbar, weshalb dem Gesuchsteller negativ angelastet werde, dass C._____ teilweise Mühe habe, zu diesem nach Hause zu gehen. Einerseits sei der Gesuchsteller diesbezüglich einsichtig, habe er doch selbst zugegeben, dass es teilweise Probleme gebe. An-

- 29 - dererseits sei auch hier gemeinsam mit der sozialpädagogischen Familienbegleitung ein neuer Ansatz zu suchen, wie er C._____ beispielsweise besser vorbereiten könne oder ihm keine falschen Versprechungen machen müsse (Urk. 112 Rz. 28). Allgemein gehe unter, dass auf Seite der Gesuchsgegnerin grundsätzlich dieselben Mängel beziehungsweise Erziehungsdefizite vorhanden seien. Insbesondere aufgrund von deren Verhalten in der Vergangenheit sei nicht damit zu rechnen, dass die Gesuchsgegnerin langfristig mit den Fachpersonen zusammenarbeiten werde. Die beantragte alternierende Obhut trage dem Wohl von C._____ am besten Rechnung (Urk. 112 Rz. 29 f.).

E. 1.2.3

Mit Eingabe vom 21. August 2023 liess der Gesuchsteller mitteilen, dass er die Daten auf dem mit Schreiben vom 17. Juli 2023 beigelegten Datenträger (Urk. 130/11) für das Rechtsmittelverfahren als relevant erachte. Mit den eingereichten Bildern und Videos belege der Gesuchsteller, dass er und C._____ ein sehr gutes und inniges Verhältnis hätten und dass er ihm – entgegen der Meinung der Fachpersonen in der Intensivabklärung – einerseits grosse Zuneigung zukommen lasse und andererseits in der Lage sei, dessen Bedürfnisse zu erkennen (Urk. 136 Rz. 2). Mit vorgenannter Eingabe vom 21. August 2023 beantragt der Gesuchsgegner nunmehr die alleinige Obhut für C._____ und führt zusammengefasst aus, die Gesuchsgegnerin habe seit der Trennung an diversen Orten gewohnt, bevor sie nun offenbar erneut umgezogen sei und in K._____ lebe. Die Gesuchsgegnerin sei offensichtlich nicht in der Lage, ihrem Sohn eine dringend benötigte Stabilität betreffend die Wohnsituation zu ermöglichen. Die in den Abklärungen hervor gehobene Wohnsituation in L._____, welche bei der Obhutzuteilung miteingeflossen sei, sei somit nicht mehr vorhanden. Viel gewichtiger sei jedoch, dass C._____ nach wie vor im heilpädagogischen Kindergarten in Zürich angemeldet sei. Es sei schwer vorstellbar, dass die Gesuchsgegnerin C._____ zuverlässig fünf Mal pro Woche morgens von K._____ in den Kindergarten nach Zürich bringen werde. Selbst wenn sie dies jedoch tun würde, wäre es offensichtlich nicht im Wohle des Kindes, die entsprechenden Strapazen auf sich zu nehmen. Nicht in Frage komme, dass C._____, welcher nun gute Fortschritte im Kindergarten mache, aus seinem gewohnten Umfeld herausgerissen werde. Er benötige dringend Ruhe und Konstanz. Die notwendige Stabilität sei ob der diversen Umzüge der Gesuchsgegnerin

- 30 - offenkundig nicht gewahrt. Insbesondere der aktuelle Umzug, welcher offenkundig einen grossen Einfluss auf das Besuchsrecht des Gesuchstellers habe, wäre mit diesem abzusprechen gewesen. Der Umzug nach K._____ sei gemäss Art. 301a ZGB unzulässig gewesen. Angesichts dessen, dass die Gesuchsgegnerin offensichtlich nicht in der Lage sei, das Wohl von C._____ zu schützen beziehungsweise in den Vordergrund zu stellen, sei dem Gesuchsteller die alleinige Obhut zuzuteilen. Dieser sei in der Lage, C._____ die dringend benötigte Ruhe und Stabilität zu bieten. Er habe geordnete Wohnverhältnisse, kooperiere mit Behörden und halte sämtliche Termine zuverlässig ein. Der Gesuchsgegnerin sei ein angemessen beschränktes Betreuungsrecht einzuräumen, wobei auf die Bedürfnisse von C._____ Rücksicht zu nehmen sei. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass sich die Betreuungsregelung hauptsächlich auf die Wochenenden beschränken solle, da dem Kind die langen Anfahrtszeiten zum Kindergarten nicht zumutbar seien (Urk. 136 Rz. 7 ff.).

E. 1.2.4

Die Gesuchsgegnerin hält dem zusammengefasst entgegen, die Parteien hätten während des ehelichen Zusammenlebens eine klassische Rollenteilung gelebt. Die Gesuchsgegnerin bringe C._____ noch immer in die Krippe und an die Übergabeorte (Urk. 125 Rz. 7 f.; Urk. 140 Rz. 5). Am Abend gehe sie mit C._____ meist einer Aktivität – wie zum Beispiel einen Spaziergang zum Spielplatz, wo er mit anderen Kindern spielen könne – nach. Bei schönem Wetter verbringe sie auch die Wochenenden im Freibad zusammen mit C._____ und ihrem Partner. Um 20.00 Uhr würden sie für gewöhnlich essen. Das Essen werde von der Gesuchsgegnerin vorbereitet. Gekocht werde immer frisch und es gebe jeden Tag warme Mahlzeiten. Die Gesuchsgegnerin lege Wert auf eine ausgewogene und nährstoffreiche Ernährung. Abends bade sie C._____ und putze ihm die Zähne. Vor dem Schlafen mache sie mit ihm Übungen, um seine Sprache zu verbessern sowie ihm auch Zahlen, Farben und Figuren beizubringen. Zudem wende sie immer wieder auch die neuen Methoden und Techniken an, die sie in der Familienbegleitung gelernt habe. Sie achte dabei sehr auf die Entwicklung und passe die Schwierigkeit adäquat an. Der gemeinsame Sohn C._____ sei an Autismus erkrankt und bedürfe deshalb einer umfassenden Betreuung durch die Gesuchsgegnerin. Der Gesuchsteller sei nicht im Stande, einen sorgfältigen Umgang mit Kindern zu pflegen. Er

- 31 - sei nämlich täglich damit beschäftigt, Videospiele zu spielen und sich mit Freunden zu treffen. Dies habe sich auch jüngst nicht verbessert. Zudem habe er sich noch nie um die Betreuung von C._____ gesorgt und kenne die Bedürfnisse des Kindes nicht. Insbesondere sei davon Kenntnis zu nehmen, dass der Gesuchsteller mit C._____ nicht altersgerechte Ballerspiele spiele (Urk. 125 Rz. 8 ff.). Die Erziehungsfähigkeiten würden sich auch in den Wohnungen der beiden Parteien widerspiegeln. Bei der Gesuchsgegnerin sei C._____ in einem stabilen Haushalt und die Beziehung zwischen C._____ und dem Partner der Gesuchsgegnerin funktioniere sehr gut. G._____ unterstütze die Gesuchsgegnerin bei der Erziehung, im Haushalt und finanziell. Er spiele regelmässig mit C._____ und sie würden zu Dritt gemeinsame Aktivitäten unternehmen. C._____ fühle sich wohl. Bei der Gesuchsgegnerin habe C._____ einen strukturierten Alltag. Beim Gesuchsteller hingegen sei die Wohnung oftmals zugemüllt mit irgendwelchen Kartons. Der Gesuchsteller stelle sich auf den Standpunkt, dass die unordentliche Wohnung nur eine Momentaufnahme sei. Doch gerade die aufgeräumte Wohnung stelle bloss eine Momentaufnahme dar und entspreche nicht den tatsächlichen Verhältnissen. Der Gesuchsteller gestehe sodann selbst,

dass in seiner Wohnung keine altersgerechten Spielzeuge für C._____ vorhanden seien und dass die Gesuchsgegnerin diese besitze. Er begründe dies mit der Ausrede, dass er die finanziellen Mittel dazu nicht habe und die Gesuchsgegnerin diese von ihrem Partner finanzieren lasse. Ein weiterer Faktor sei die Kooperationsbereitschaft der Gesuchsgegnerin. Der Bericht der Intensivabklärung vom 16. Januar 2023 halte fest, dass die Kooperationsbereitschaft zwischen den Fachpersonen und der Gesuchsgegnerin besser funktioniere als diejenige mit dem Gesuchsteller. Seither seien auch keine negativen Vorfälle mehr aufgetreten, die an der Kooperationsbereitschaft der Gesuchsgegnerin zweifeln liessen (Urk. 125 Rz. 13 ff.). Die Gesuchsgegnerin sei auch betreffend Kooperationsbereitschaft mit dem anderen Elternteil die bessere Wahl, zumal sie sich nicht in die Besuche zwischen C._____ und dem Gesuchsteller einmische und C._____ immer zur vereinbarten Zeit an die Übergabestellen gebracht sowie das Besuchsrecht nicht vereitelt habe. Der Gesuchsteller hingegen habe die Situationen immer eskalieren lassen. Er sei auch mehrfach ausserhalb seiner Betreuungszeiten bei der Gesuchsgegnerin und ihrem Partner aufgetaucht und habe C._____ mitneh-

- 32 - men wollen. Aufgrund des Verhaltens des Gesuchstellers habe mehrfach die Polizei gerufen werden müssen, was auch C._____ verängstigt habe (Urk. 125 Rz. 17 f.).

E. 1.2.5

Mit Stellungnahme vom 28. September 2023 erklärt die Gesuchsgegnerin, es werde nicht bestritten, dass der Gesuchsteller den gemeinsamen Sohn liebe. Dennoch seien die eingereichten Fotos und Videos (vgl. Urk. 130/11) nicht aussagekräftig und würden nur Momentaufnahmen aus gestellten Alltagssituationen darstellen. Die Intensivabklärung durch Fachpersonen, welche die Familie über mehrere Wochen betreut hätten, sei viel aussagekräftiger. Aus den Videos auf dem USB-Stick sei nicht ersichtlich, wie der Gesuchsteller in stressigen Situationen oder Ähnlichem den Umgang mit C._____ pflege (Urk. 140 Rz. 2). Betreffend die neu beantragte alleinige Obhut sowie die monierten Umzüge führt die Gesuchsgegnerin zusammengefasst aus, ihr Wohngebäude sei abbruchgefährdet gewesen, weshalb sie so schnell wie möglich aus der Wohnung habe ausziehen müssen. Da sie kurzfristig keine geeignete Wohnung gefunden hätten, seien G._____ und sie in einem Appartement in M._____ untergekommen, welches jedoch auf Dauer zu teuer geworden wäre. Sie hätten sich deshalb entschlossen, in eine vom Arbeitgeber G._____ übergangsweise zur Verfügung gestellte Wohnung in K._____ zu ziehen. Die Gesuchsgegnerin wolle so schnell wie möglich wieder zurück nach Zürich, wo weiterhin der Lebensmittelpunkt von C._____ und ihr sei. Sie sei zusammen mit G._____ intensiv auf der Suche nach einer Wohnung in Zürich. Ziel der Gesuchsgegnerin sei, eine Wohnung in der Nähe der Schule von C._____ zu finden. Dieser werde weiterhin in der Krippe der Schule N._____ betreut. In K._____ lebe die Gesuchsgegnerin zusammen mit G._____ und C._____ in einer 3.5-Zimmer-Wohnung. C._____ verfüge über ausreichend Platz und ein eigenes Zimmer. Der kurzfristige und vorübergehende Wohnungswechsel störe daher die Entwicklung und Entfaltung von C._____ nicht. Die Gesuchsgegnerin bringe C._____ immer noch wie geplant in die Krippe und an die Übergabeorte. C._____ zeige dabei keine negativen Auswirkungen. Am Alltag von C._____ habe sich daher nichts geändert. Vielmehr sei es der Gesuchsteller, der bei den Übergaben Probleme bereite. Er zerre C._____ mit und schreie ihn an, falls C._____ nicht sofort das mache, was der Gesuchsteller von ihm erwarte. Er zeige keine Geduld mit C._____. Wenn die

- 33 - Begleitung hingegen bei den Übergaben dabei sei, funktioniere diese ohne nennenswerte Probleme. Die Entwicklung von C._____ sei sehr positiv. Die Gesuchsgegnerin habe sogar mündliche Komplimente von den Fachpersonen und den Beiständen erhalten. Die anfänglichen Probleme hätten nun behoben werden können und C._____ werde immer selbständiger. Was die Sprache, das Spielen und die alltäglichen Herausforderungen anbelange, verhalte er sich altersgerechter (Urk. 140 Rz. 3 ff.).

E. 1.2.6

Betreffend die rechtlichen Prämissen kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen vorab auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (vgl. Urk. 113 E. C.2.1. S. 18 ff.). Erneut zu erwägen beziehungsweise zu präzisieren ist, dass das Gericht bei gemeinsamer elterlicher Sorge prüfen muss, ob eine alternierende Obhut möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt (Art. 298b Abs. 3ter ZGB; BGE 142 III 612 E. 4.2 m.w.H.). Wie in sämtlichen Kinderbelangen ist auch beim Entscheid über die Betreuungsanteile das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts von besonderer Bedeutung (vgl. BGE 143 III 193 E. 3; BGE 141 III 328 E. 5.4; BGer 5A_975/2022 vom 30. August 2023, E. 3.1.). Das Sachgericht ist gehalten, bei der Prüfung und Berücksichtigung des Kindeswohls die Umstände des Einzelfalls zu klären und eine dessen Besonderheiten angepasste Lösung zu finden (vgl. BGE 144 III 10 E. 7.2; Urteil 5A_139/2020 vom 26. November 2020, E. 3.3.3, nicht publiziert in BGE 147 III 121, aber in: FamPra.ch 2021, S. 487). Die alternierende Obhut kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Weiter ist dieses Betreuungsmodell nur praktisch umsetzbar, wenn die Eltern fähig und bereit sind, in Kinderbelangen laufend miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren. Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer Regelung mit geteilter Betreuung widersetzt, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet. Unter diesem Aspekt ist von einer alternierenden Obhut nur abzusehen, wenn das Verhältnis unter den Eltern hinsichtlich anderer Kinderbelange von einer Feindseligkeit gezeichnet ist, die annehmen lässt, eine alternierende Obhut würde das Kind dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen, die seinen Interessen offensichtlich zuwider läuft.

- 34 - Weiter kommt es auf die geografische Situation an, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern. Bedeutsam ist auch die Kindeswohlwirksamkeit der Stabilität, wie sie mit einer Weiterführung der bisherigen Regelung einhergeht. In diesem Sinne ist eine alternierende Obhut umso eher angezeigt, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreut haben. Andere Kriterien sind das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu Geschwistern und seine Einbettung in das weitere soziale Umfeld (BGE 142 III 612 E. 4.3 m.w.H.). Die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, spielt hauptsächlich dann eine Rolle, wenn spezifische Bedürfnisse des Kindes eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil selbst in Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht beziehungsweise kaum zur Verfügung stünde; ansonsten darf von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung ausgegangen werden (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.6.3 und E. 4.7). Beachtung verdient auch der Wunsch des Kindes, selbst wenn es bezüglich der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist. Die Erziehungsfähigkeit beider Eltern ist in jedem Fall notwendige Voraussetzung einer alternierenden Obhut. Die weiteren Beurtei-

lungskriterien hängen voneinander ab; ihre jeweilige Bedeutsamkeit richtet sich nach den konkreten Umständen. So spielt das Kriterium der Stabilität bei Säuglingen und Kleinkindern eine wichtige Rolle. Geht es hingegen um Jugendliche, kommt der Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld grosse Bedeutung zu. Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wiederum verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert (BGE 142 III 612 E. 4.3, m.w.H.). Sofern die alternierende Obhut nicht dem bisherigen Betreuungskonzept entspricht, hat ein Elternteil, der sich bisher nicht oder nur wenig aktiv an der Betreuung beteiligt hat und der nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts einen substantiellen Anteil an der Betreuung übernehmen will, darzulegen, wie er diese Betreuung inskünftig wahrnehmen will und wie das Kindeswohl gewahrt ist. Damit soll vermieden werden, dass der unterhaltspflichtige Elternteil Elternverantwortung nicht mit Blick auf das Kindeswohl, sondern nur deshalb übernehmen oder ausbauen will, um den Betreuungsunterhalt möglichst tief zu halten (Jungo/Aebi-Müller/Schweighauser,

- 35 - Der Betreuungsunterhalt: Das Konzept – die Betreuungskosten – die Unterhaltsberechnung, in: FamPra 2017, S. 163 ff. und S 170).

E. 1.2.7

In Bezug auf die erfolgte Einschätzung der Fachpersonen der Organisation Triangel im Bericht der Intensivabklärung vom 16. Januar 2023 kann zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die ausführlichen und zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil verwiesen werden (vgl. Urk. 113 E. C.2.2.3. S. 33 ff.). Bei C._____ wurde die Verdachtsdiagnose einer frühkindlichen Autismus-Spektrum-Störung bestätigt, wobei im Vergleich zu anderen betroffenen Kindern eine leichte Ausprägung vorliegt (Urk. 120/9 S. 1 f.). Unbestrittenermassen sind für C._____ Stabilität und Kontinuität von Relevanz. In diesem Zusammenhang scheint die Beibehaltung der Förderung im heilpädagogischen Kindergarten sowie der Unterstützung der entsprechenden Fachpersonen von grosser Bedeutung (vgl. hierzu auch Urk. 83 S. 11 ff; Urk. 120 S. 2). Die Gesuchsgegnerin bringt C._____ gemäss eigenen Angaben jeweils in den Kindergarten sowie zu den vereinbarten Übergabeorten (Urk. 140 Rz. 5 f.). Die Entwicklung von C._____ im derzeitigen Setting erscheint – gestützt auf die Vorbringen und Eingaben beider Parteien – nicht gefährdet, sondern vielmehr positiv. Dass eine positive Entwicklung stattfindet, lässt sich auch anhand des Schulbeziehungsweise Lernberichts zum Zeugnis 2022/2023 plausibilisieren (vgl. Urk. 130/1). Wie der Gesuchsteller zu Recht vorbringt, dauert der Anfahrtsweg von K._____ länger als von den früheren Wohnorten der Gesuchsgegnerin (vgl. Urk. 138/13 f.). Es wird jedoch von beiden Parteien betont, wie wichtig die weitere Beschulung von C._____ im heilpädagogischen Kindergarten in Zürich ist. Die Gesuchsgegnerin erklärt sodann, dass die Wohnsituation in K._____ lediglich eine vorübergehende sei und sie mit ihrem Partner wiederum eine Wohnung in Zürich suche. Aus dem Umstand, dass damit ein erneuter Umzug für C._____ anstehen würde, kann der Gesuchsteller nichts zu seinen Gunsten ableiten, zumal auch eine Umteilung der Obhut einen erneuten Wechsel des Wohnmittelpunkts für C._____ bedeuten würde. Die in der Vergangenheit erfolgten Umzüge der Gesuchsgegnerin stellen für sich allein – entgegen der Ansicht des Gesuchstellers – keine Kindeswohlgefährdung dar, die eine alleinige Obhutzuteilung an den Gesuchsteller rechtfertigen würden. Auch die ursprünglich mit der Berufung beantragte alternierende Obhut erscheint sodann nicht angezeigt.

- 36 - Die während laufendem Rechtsmittelverfahren erfolgten gegenseitigen Anschuldigungen und Vorwürfe – insbesondere seitens des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin – zeigen deutlich und auf eindrückliche Art und Weise, dass die Parteien nicht im Geringsten fähig sind, sich in Bezug auf die Kinderbelange vernünftig abzusprechen und im Hinblick auf die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren (vgl. die vorgenannten Ausführungen in den jeweiligen Rechtschriften der Parteien sowie Urk. 121; Urk. 123/1; Urk. 123/3; Urk. 123/4; Urk. 129; Urk. 130/1-11; Urk. 131; Urk. 134; Urk. 138/11; Urk. 145 S. 2 und Urk. 149). Das Verhältnis zwischen den Eltern lässt demnach weiterhin annehmen, eine alternierende Obhut würde das Kind dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen, die seinen Interessen offensichtlich zuwiderläuft. Damit erübrigen sich Ausführungen zu den vom Gesuchsteller weiter ins Feld geführten Wohnsituationen der Parteien, deren Erziehungsmethoden sowie Kooperationsbereitschaft.

E. 1.2.8

Insgesamt rechtfertigt es sich nach dem Gesagten nicht, von der Einschätzung und Empfehlung der Fachpersonen gemäss Intensivabklärung sowie den darauf gestützten Festlegungen der Vorinstanz abzuweichen. Im Berufungsverfahren wurden für den Fall der Beibehaltung der alleinigen Obhut der Gesuchsgegnerin keine Anträge betreffend eine Änderung der Besuchszeiten beim Gesuchsteller gestellt und die vorinstanzliche Regelung erweist sich weiterhin als angemessen. Diese ist folglich beizubehalten, selbst wenn die Parteien mittlerweile im Einvernehmen davon abgewichen sein sollten. In der Folge erübrigen sich Erwägungen zu den beantragten abweichenden Besuchsrechtsregelungen für den Fall der alternierenden Obhut beziehungsweise der alleinigen Obhut des Gesuchsgegners sowie zur beantragten Anpassung der Aufgaben der Beistandschaft. 2. Keine Anpassung der Unterhaltsbeiträge

E. 1.3

Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege geht jedoch der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor. Eine gesuchstellende Partei hat deshalb entweder auch einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, sodass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann (BGE 138 III 672 E. 4.2.1, BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1, m.w.H.). Bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind die für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die ansprechende Partei bedürftig und die angesprochene Partei leistungsfähig ist. Zudem darf der Prozess nicht aussichtslos erscheinen (OGer ZH LY160046 vom 05.12.2017, E. IV.3.2.3). Von einer anwaltlich vertretenen Partei darf verlangt werden, dass sie in ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege explizit darlegt, weshalb die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die

- 39 - Gegenpartei nicht in Frage kommt. Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_556/- 2014 vom 4. März 2015, E. 3.2, m.w.H.). Auf entsprechende Ausführungen kann verzichtet werden, wenn im konkreten Fall die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten gleichsam offensichtlich beziehungsweise augenfällig ist, sodass es einem überspitzten Formalismus

gleichkäme, eine formale Erörterung der Aussichtslosigkeit eines Prozesskostenvorschussgesuches zu verlangen (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4).

E. 1.4

Der Gesuchsteller erklärt, angesichts des Umstandes, dass die Gesuchsgegnerin offenkundig nicht leistungsfähig sei und nicht zu einem Prozesskostenvorschuss verpflichtet werden könne, beantrage er die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 112 Rz. 56). Dem Gesuchsteller ist zuzustimmen, dass die Gesuchsgegnerin aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse (vgl. nachfolgend E. IV.1.5.) offensichtlich nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenbeitrag an den Gesuchsteller zu leisten. Der Gesuchsteller erzielt kein Einkommen und hat kein Vermögen; er bezieht wirtschaftliche Hilfe der Stadt Zürich. Die Mittellosigkeit des Gesuchstellers ist demnach ausgewiesen beziehungsweise glaubhaft gemacht (vgl. Urk. 113 E. III.A.1.2.; Urk. 115/6-8; Urk. 147/3). Da die Berufung nicht aussichtslos ist und der Gesuchsteller zur Bewältigung des Prozesses auf anwaltliche Unterstützung gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO angewiesen ist, ist ihm im Sinne von Art. 117 ZPO die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es ist ihm in der Person von Rechtsanwalt MLaw X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

- 40 -

E. 1.5

Die Gesuchsgegnerin bringt ebenfalls vor, eventualiter zur Zahlung eines Prozesskostenbeitrags sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt Dr. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand einzusetzen (Urk. 125 Rz. 22). Die Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin ist sowohl offensichtlich als auch ausgewiesen (vgl. Urk. 113 E. III.A.1.2.; Urk. 127/3 f.; Urk. 142/1). Das Verfahren erweist sich auch aus Sicht der Gesuchsgegnerin als nicht aussichtslos und sie ist zur Bewältigung des Prozesses auf anwaltliche Unterstützung gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO angewiesen. Folglich ist das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu bewilligen und es ist ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. 2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens

E. 2

Mit Eingabe vom 13. Juli 2022 machte der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend: Gesuchsteller) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1 bis Urk. 3/1-25). Hinsichtlich der weiteren Prozessgeschichte vor Vorinstanz kann auf die diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 113 E. I.1 ff. S. 5 ff.). Mit Verfügung und Urteil vom 28. Februar 2023 wurde die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts bewilligt und es wurde festgestellt, dass die Parteien seit dem 7. Juli 2022 getrennt leben. Weiter wurde festgehalten, dass die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge für den Sohn C._____ ändert. Die Obhut wurde für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan: Gesuchsgegnerin) zugeteilt. Der Gesuchsteller wurde für die Dauer des Getrenntlebens für berechtigt und verpflichtet erklärt, C._____ zu den in Dispositivziffer 5 des angefochtenen Urteils genannten Zeiten zu betreuen. Die für den Sohn

- 17 - C._____ mit Verfügung vom 5. Dezember 2022 errichtete Beistandschaft wurde für die weitere Dauer des Getrenntlebens beibehalten und der Beiständin wurden die in Dispositiv-Ziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils genannten Aufgaben übertragen. Neben weiteren Punkten wurde der Gesuchsteller sodann zur Zahlung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 1'159.– (davon Fr. 444.– Betreuungsunterhalt), zuzüglich der gesetzlichen und vertraglichen Familienzulagen, an die Gesuchsgegnerin verpflichtet. Die Entscheidgebühr wurde auf Fr. 6'000.– festgesetzt. Hinzu kamen Dolmetscherkosten in der Höhe von Fr. 1'200.– sowie die Kosten für die Intensivabklärung Triangel in der Höhe von Fr. 12'460.–. Die Gerichtskosten wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (vgl. Urk. 113 S. 99 ff.).

E. 2.1

Trifft die Berufungsinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beider Verfahren – des erstinstanzlichen Verfahrens und des Berufungsverfahrens – sind dabei grundsätzlich der gemäss Entscheid der Berufungsinstanz unterliegenden Partei aufzuerlegen. Hat gemäss Entscheid der Berufungsinstanz keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten beider Verfahren nach dem Ausgang des Verfahrens beziehungsweise nach dem Erkenntnis der Berufungsinstanz verteilt (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ZPO; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 59 m.w.H.). Von diesem Verteilungsgrundsatz kann das Gericht unter anderem in familienrechtlichen Verfahren abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Die zürcherische Praxis macht davon primär Gebrauch, wenn und soweit die Parteien in guten Treuen um nicht vermögensrechtliche Kinderbelange streiten (ZR 84 [1985] Nr. 41; OGer ZH LE220027 vom 16.11.2022, E. 4.6. f.; OGer ZH LE200007 vom 22.04.2020, E. 4.1.4; OGer ZH LE180028 vom 20.12.2018, E. IV. 3.1). Demgegenüber findet bei (zumal vermögensrechtlichen) Begehren, die nur das Verhältnis zwischen den Ehegatten betreffen, eine abweichende Kostenverteilung nach Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO kaum und nur unter besonderen Umständen statt (z.B. bei sehr

- 41 - unterschiedlicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Ehegatten; OGer ZH RE190015 vom 12.06.2020, E. 3.2.4.1.).

E. 2.2

Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 6'000.– fest. Hinzu kamen Fr. 1'200.– Dolmetscherkosten sowie Fr. 12'460.– für die Intensivabklärung Triangel. Die Gesamtkosten in der Höhe von Fr. 19'660.– wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (Urk. 113 S. 105).

E. 2.3

Die von der Vorinstanz festgesetzte Höhe der Gerichtskosten blieb unangetastet, erweist sich als angemessen und ist demnach zu bestätigen. Auch die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung, welche vom Gesuchsteller für den Fall seines Unterliegens nicht angefochten wurde, ist zu bestätigen (vgl. E. IV.3.2. hiernach). 3. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

E. 3

Hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 3, 5, 7 (Spiegelstrich 10 und 11), 10 und 12 des vorinstanzlichen Urteils erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 25. Mai 2023, gleichentags hierorts eingegangen, fristgerecht (vgl. Art. 311 ZPO in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO; Urk. 107; Urk. 110 und Urk. 112) Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge. Mit Verfügung vom 31. Mai 2023 wurde der Antrag des Gesuchstellers um aufschiebende Wirkung der Berufung abgewiesen (Urk. 117). In der Folge gingen weitere Eingaben des Gesuchsgegners ein (Urk. 118 ff.). Mit Verfügung vom 6. Juli 2023 wurde der Gesuchsgegnerin Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 124). Die Berufungsantwort wurde samt Beilagen fristgerecht eingereicht (Urk. 125; Urk. 126 und Urk. 127/1-4). In der Folge reichte der Gesuchsteller weitere, persönlich verfasste Eingaben sowie einen USB-Stick beim hiesigen Gericht ein. Mit Verfügung vom 9. August 2023 wurden die Berufungsantwort sowie die vorgenannten Eingaben der jeweiligen Gegenseite zugestellt und dem Rechtsvertreter des Gesuchstellers wurde eine Frist angesetzt, um sich zum vorgenannten USB-Stick zu äussern sowie gegebenenfalls Vervielfältigungen für den Versand an die Gegenseite einzureichen (Urk. 133). Der Gesuchsteller sandte dem Gericht in der Folge eine persönlich verfasste E-Mail (Urk. 134). Dessen Rechtsvertreter reichte mit Eingabe vom 21. August 2023 eine Stellungnahme samt Beilagen sowie Vervielfältigungen des vorgenannten USB-Sticks ein (Urk. 136; Urk. 137 und Urk. 138/11-14). Mit Verfügung vom 5. September 2023

- 18 - wurden der Gesuchsgegnerin die vorgenannten Dokumente sowie der USB-Stick zugesandt und es wurde ihr eine 10-tägige Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 139). Die nicht fristwährend eingereichte Stellungnahme wurde dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 10. Oktober 2023 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 140; Urk. 142/1 und Urk. 143). Nachdem keine weiteren Eingaben erfolgten, wurde den Parteien mit Verfügung vom 2. November 2023 die Phase der Urteilsberatung angezeigt (Urk. 144). Die im Nachgang eingegangenen Eingaben der Parteien und Dritter (Gesuchsteller persönlich: Urk. 125 bis Urk. 147/1-9, Urk. 153/1-2; Gesuchstellerin persönlich: Urk. 149, Urk. 150 und Urk. 152; G._____: Urk. 151) sind nicht mehr zu beachten. Sie sind – soweit noch nicht zugestellt – den Parteien mit dem heutigen Endentscheid zuzustellen.

E. 3.1

Im Rechtsmittelverfahren gelten dieselben Verteilungsgrundsätze wie vor erster Instanz (Art. 106 ff. ZPO). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts des Kantons Zürich (GebV OG; LS 211.11) auf Fr. 5'500.– festzusetzen.

E. 3.2

Strittig in vorliegendem Rechtsmittelverfahren war insbesondere die Zuteilung der Obhut und damit vornehmlich nicht vermögensrechtliche Belange. Eine Änderung der Unterhaltsbeiträge wurde nur als Folge davon verlangt. Da die Parteien betreffend die nicht vermögensrechtlichen Kinderbelange gute Gründe für ihre Anträge hatten, rechtfertigt es sich, die Kosten praxisgemäss dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin je hälftig aufzuerlegen, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. E. IV.1. hiervor) jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Entsprechend sind auch keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

- 42 - Es wird beschlossen:

E. 4

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-93). Das Verfahren erweist sich als spruchreif, was den Parteien mit Verfügung vom 2. November 2023 bereits mitgeteilt wurde (Urk. 144).

E. 5

An den vorliegenden Entscheiden wirkt Oberrichter Dr. M. Kriech anstelle des ferienhalber abwesenden Präsidenten, Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, mit. II. Prozessuale Vorbemerkungen 1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten sind die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 6, 7 teilweise (Spiegelstriche 1 bis und mit 9), 8, 9, 11 sowie 13 bis 20 des vorinstanzlichen Urteils vom 28. Februar 2023. Diese Ziffern sind mit Ausnahme der Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv-Ziffern 18 bis 20; vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO) somit in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist. 2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung

- 19 - (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Der Berufungskläger muss sich dazu mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_291/2019 vom 20. August 2019, E. 3.2; BGer 5A_573/2017 vom 19. Oktober 2017, E. 3.1). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten. Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat (OGer ZH LA210006 vom 12.11.2021, E. II.2.). Es genügt nicht, wenn der Berufungskläger bloss auf seine Vorbringen vor der ersten Instanz verweist oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Art und Weise kritisiert (BGE 141 III 569 E. 2.3.3; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 4A_496/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 2.2.2 m.w.H.; BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.H.). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Inhaltlich ist die Rechtsmittelinstanz dabei weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (sogenannte Motivsubstitution). Die vorgebrachten Beanstandungen geben zwar das Prüfprogramm vor, binden die Rechtsmittelinstanz aber nicht an die Argumente, mit denen diese begründet werden (BGE 147 III 176 E. 4.2.1;

BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1; KUKO ZPO-Oberhammer/Weber, Art. 57 N 2). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen,

- 20 - als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 141 III 28 E. 3.2.4 m.w.H.; BGE 134 I 83 E. 4.1). 3. Neue Tatsachen und Beweismittel können im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden (lit. a) und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Die Berufungsinstanz soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Alles, was relevant ist, ist grundsätzlich rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 10). Jede Partei, die sich auf solche Noven beruft, hat deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGE 143 III 42 E. 4.1; BGer 4A_193/2021 vom 7. Juli 2021, E. 3.1). Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO indessen den umfassenden Untersuchungsgrundsatz sowie den Offizialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. Neue Tatsachen und Beweismittel können in Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, im Berufungsverfahren unbeschränkt vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 147 III 301 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1). III. Materielle Beurteilung 1. Obhut

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.