

ZH_OBERGERICHT LY130015 vom 27. November 2013

ZH Obergericht, 2013-11-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY130015

FR: ZH_OBERGERICHT LY130015 du 27 novembre 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LY130015 del 27 novembre 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Februar 2005. Aus der Ehe ging das Kind C._____, geboren am tt.mm.2006, hervor (Urk. 8/7/1). Seit Oktober 2011 stehen sich die Parteien vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren gegenüber (Urk. 8/1). Am 4. November 2011 stellte der Beklagte, Beschwerdeführer und Berufungskläger (fortan: Beklagter) folgendes Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen, mit welchem er die Abänderung der Eheschutzmassnahmen vom 13. Juli 2009 erreichen wollte (Urk. 8/8 S. 2): "1. Der Eheschutzentscheid vom 13. Juli 2009 sei in Bezug auf Ziffer 2 (Obhutszuteilung), Ziffer 3 (Besuchsrecht) und Ziffer 4 (Unterhalt) aufzuheben und wie folgt zu ändern:

E. 1.1

Wie bereits erwähnt, beantragt die Klägerin einen Prozesskostenbeitrag/-vorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.–. Eventualiter sei ihr auch für das Berufungs- bzw. das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsbeiständung zu gewähren. Sie begründet dies wie folgt: Der Beklagte habe die notwendigen Unterlagen einzureichen, damit beurteilt werden könne, ob er über genügend Einkommen verfüge, um der Klägerin einen Prozesskostenbeitrag/-vorschuss zahlen zu können. Die Klägerin werde nach wie vor von der Sozialhilfe unterstützt. Überdies sei sie auf eine Rechtsbeiständin angewiesen (Urk. 10 S. 1, Urk. 13 f., Urk. 44/8 S. 1 f.).

E. 1.2

Der Beklagte macht geltend, die Klägerin habe ihm bei ihrem Auszug aus der gemeinsamen Wohnung im Jahre 2010 einen Schuldenberg hinterlassen. Zudem belasteten ihn die hohen Unterhaltszahlungen, sodass er keine Möglichkeit gehabt habe, Ersparnisse zu bilden. Auch sei er mit hohen Verfahrens- und eigenen Parteikosten im Scheidungsverfahren konfrontiert. Der Kontostand seines einzigen Kontos habe am 28. Juni 2013 Fr. 1'543.55 und am 31. Juli 2013 Fr. 449.40 betragen (Urk. 26 S. 3 unter Hinweis auf Urk. 28/9+10). Bei ... [Kreditunternehmen] habe sich sein Ausstand per 31. Dezember 2012 auf Fr. 6'862.65 belaufen (Urk. 28/12). Zudem habe er seine Unterhaltsausstände per Ende 2012 auf Fr. 10'460.– reduzieren können (Urk. 26 S. 3 unter Hinweis auf Urk. 28/11). Hinzu komme aber, dass die Klägerin offensichtlich bereits seit mindestens 2012 mit ihrem Beauty-Salon "... einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehe (Urk. 26 S. 3 f.). Bei der einfachen Buchhaltung der Klägerin handle es sich um Selbstaufschriebe, die keinen Anspruch auf Richtigkeit erheben würden. Die Klä-

- 40 - gerin schreibe nur ihre günstigsten Leistungen auf. Es dürfe bezweifelt werden, dass sie keinen anderen Umsatz generiere. Komme hinzu, dass anlässlich eines Kontrollanrufes der Rechtsvertreterin des Beklagten die Klägerin gesagt habe, dass sie grundsätzlich nicht am Montag arbeite. Aus der Liste ergebe sich aber, dass sie diverse Einnahmen am Montag

gemacht habe (beispielsweise am 17. und 24. Juni 2013). Zudem gönne sich die Klägerin mehrmals im Jahr Ferien. Daraus werde offensichtlich, dass die Klägerin noch über andere Einnahmequellen verfüge, die sie weder gegenüber dem Sozialamt noch gegenüber dem Gericht offen lege (Urk. 41).

E. 1.3

Auf entsprechende Aufforderung erklärt die Klägerin, sie führe den Salon "... " seit Juli 2012. Der kleine Salon (20 m², Urk. 39/1) laufe aber nicht gut. Sie erziele Einkünfte von wenigen hundert Franken pro Monat. Das Sozialamt sei über diese Einnahmen informiert. Die Klägerin bediene das Sozialamt jeden Monat mit den entsprechenden Belegen (unter Hinweis auf Urk. 39/20). Zusätzlich habe die Klägerin für die Firma N. _____ gearbeitet, dort aber nur wenige hundert Franken verdient, welche ihr bei der Sozialhilfe angerechnet worden seien. Sie habe des Weiteren bei der O. _____ AG Einsätze leisten können (unter Hinweis auf Urk. 39/2). Diese Firma sei aber kurze Zeit danach in Konkurs gegangen. Die Klägerin habe deshalb bis heute den grössten Teil ihres dort generierten Lohnes nicht erhalten. Die Klägerin führe nur eine einfache Buchhaltung, zu etwas anderem sei sie auch nicht verpflichtet (Urk. 37 bis 39/1-13).

E. 2

Eventualiter sei C. _____ für die Dauer des Verfahrens in die Obhut von D. _____, Grossmutter, zu geben.

E. 2.1

Das vorliegende Rechtsmittelverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren – insbesondere aufgrund der Zeugeneinvernahme betreffend die rechtzeitige Rechtsmittelerhebung sowie verschiedener damit im Zusammenhang stehender prozessleitender Beschlüsse und da nebst der Beweistauglichkeit des Gutachtens über die Obhut C. _____s und Unterhaltsbeiträge zu entscheiden war – als aufwändig. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich daher in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Entscheidgebühr von Fr. 8'500.–.

E. 2.2

Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu regeln (Art. 106 ZPO). Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten. Solche Gründe werden den Parteien vorliegend nicht abgesprochen. Diese Rechtsprechung beschlägt allerdings nur die Elternrechte sowie allfällige Kindesschutzmassnahmen, nicht jedoch die Kinderunterhaltsbeiträge (ZR 84/1985 Nr. 41). Hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge obsiegt der Beklagte zum Teil, bezüglich des Ehegattenunterhalts unterliegt er dagegen vollständig. Die Kosten für das Berufungsverfahren sind den Parteien daher insgesamt je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

E. 2.2.1

Was die ungeprüften und falsch wiedergegebenen Stellen im Gutachten betrifft, handelt es sich um eine unsubstantiierte Rüge des Beklagten (vgl. Reetz/Theiler: in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Beklagte hätte

die einzelnen falsch wiedergegebenen Stellen im Gutachten benennen müssen. Nach dem oben Erwähnten schadet die unsubstantiierte Rüge dem Beklagten grundsätzlich nicht. Für das Gericht sind jedoch ausser der Aussage J._____ – auf welche unter E. 2.2.8 zurückzukommen sein wird – keine falsch wiedergegebenen Stellen im Gutachten ersichtlich. Dass sich schliesslich ein psychologisches Gutachten auch auf Angaben des zu Begutachtenden stützt, gehört zur üblichen Herangehensweise eines mit einem Gutachten beauftragten Psychologen/Psychiaters.

E. 2.2.2

Richtig ist, dass der Gutachter für die psychologische Begutachtung der Klägerin mehr Zeit aufwendete (400 Minuten, Urk. 8/90 S. 2) als für den Beklagten (285 Minuten, Urk. 8/90 S. 2). Wesentlich ist jedoch nicht die für die Exploration der einzelnen Partei aufgewendete Zeit, sondern die Qualität eines Gutachtens. Mit Ausnahme des Hausbesuches stützt sich das Gutachten bei beiden Parteien auf die gleichen psychologischen Untersuchungen (klinische Beobachtung, Angaben zur heutigen Situation, Angaben zum Lebenslauf, psychologische Untersuchung zur Persönlichkeit, psychologischer Fragebogen zur Einschätzung C._____, Zukunftsvorstellungen). Zudem wurden gegen die Klägerin im Laufe des Verfahrens massive Vorwürfe – mangelnde Erziehungsfähigkeit und gar Gesundheitsgefährdung (Urk. 2 S. 16) – erhoben. Damit liegt es auf der Hand, dass auf ihrer Seite intensivere Abklärungen getroffen wurden. Der Gutachter überzeugt mit seiner Stellungnahme, wonach aufgrund der vielfältigen Verdächtigungen durch den Beklagten gegenüber der Klägerin insbesondere ein Besuch bei der

- 15 - Klägerin unumgänglich gewesen sei. Beim Beklagten seien von keiner Seite Zweifel an seinen Wohnverhältnissen geäussert worden. Hier Parteisymmetrie zu fordern, widerspreche dem Grundsatz einer ökonomisch verantwortbaren gutachterlichen Vorgehensweise (Urk. 8/122 S. 2).

E. 2.2.3

Was die fehlende Exploration des jeweiligen Elternteils zusammen mit C._____ betrifft, handelt es sich um bedenkenswerte Kritik: Obschon in der Schweiz keine allgemein verbindlichen Normen und Richtlinien für Gutachten im Familienrecht bestehen, sollte grundsätzlich eine Verhaltensbeobachtung als diagnostisches Werkzeug in je einer Situation im Haushalt von Mutter und Vater, so nahe wie möglich am erzieherischen Alltag, angewendet und später entsprechend ausgewertet werden (vgl. Kling, Gutachten im Familienrecht: Sind Standards notwendig?, FamPra.ch 3/2009, S. 613 und 631 mit weiteren Hinweisen). Der Gutachter führt aber überzeugend aus, aus Kosten- und Zeitgründen sei es nicht in jedem Fall sinnvoll, jeden Elternteil mit dem Kind alleine zu beobachten, wenn die erhobenen Befunde nicht auf ein deutliches Fehlverhalten oder eine psychische Störung eines Elternteils, die sich in der Beziehung zum Kind nachteilig auswirken könnte, hinweisen würden (Stellungnahme Gutachter vom 12. April 2013, Urk. 8/122 S. 3). Dass insbesondere bei der Klägerin keine psychischen Störungen vorliegen, wurde vom Gutachter durch eine psychologische Untersuchung abgeklärt (Urk. 8/90 S. 7 ff.). Das Gutachten erscheint auch deshalb nicht unvollständig, da sich die Vorinstanz vorliegend nicht nur auf die Fachmeinung des Gutachters abstützen konnte. C._____ hat sowohl einen Beistand als auch eine Kindsvertretung an seiner Seite. Auf deren Wahrnehmung konnte sie zusätzlich abstellen. In der vorliegenden Konstellation erscheint

es deshalb vertretbar, für das Gutachten auf eine Exploration der Eltern zusammen mit C._____ zu verzichten. Was schliesslich die Rüge der fehlenden Beobachtung der Grossmutter zusammen mit C._____ betrifft, konnte der Gutachter darauf verzichten, da er es nicht in Betracht zog, die Obhut beiden Eltern zu entziehen und C._____ in die Obhut seiner Grossmutter zu geben bzw. ihn in deren faktischen Obhut zu belassen.

- 16 -

E. 2.2.4

Ein Abklärungsbericht vom 21. Juli 2011 der Sozialarbeiterin K._____ vom Amt für Jugend und Berufsberatung zu Händen der Vormundschaftsbehörde H._____ kam zum Ergebnis, die Erziehungsfähigkeit beider Eltern sei eingeschränkt; der Lebensmittelpunkt C._____s bei den Grosseltern solle geschützt werden (Urk. 8/17/1 S. 9 f.). Der Gutachter setzt sich mit diesem Abklärungsbericht tatsächlich nicht auseinander. Er nahm den Bericht jedoch zur Kenntnis, gibt er doch auf Seite 4 des Gutachtens eine Zusammenfassung dessen Inhalts wieder (dass es dabei zu einer Namensverwechslung kommt, vermag dem Gutachten nicht zu schaden). Es ist zu bedenken, dass der Abklärungsbericht im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens bereits ein Jahr alt und weit weniger umfassend als das Gutachten war. Damit erscheint es vertretbar, die Widersprüche zum Bericht nicht zu erörtern. Zudem obliegt, wie bereits erwähnt, die Beweiswürdigung dem Gericht. Es hat sich mit den Widersprüchen verschiedener Beweismittel auseinanderzusetzen. Weiter ist zu erwähnen, dass bereits im Abklärungsbericht von Abwertungen der Grosseltern und des Beklagten gegenüber der Kindsmutter gesprochen wurde. Der Abklärungsbericht kam zum Schluss, dass gehandelt werden sollte, falls es nicht gelinge, diese Abwertung einzustellen (Urk. 8/17/1 S. 8 ff.). Dies gelang offenbar nicht; das Gutachten erwähnt beispielsweise, dass sich der Grossvater weigere, sich im selben Raum wie seine Schwiegertochter, die Klägerin, aufzuhalten (Urk. 8/90 S. 28). Die Bindungstoleranz der Klägerin ist heute für den Gutachter eines der entscheidenden Kriterien, weshalb er die Obhut für C._____ bei ihr belassen möchte. Insofern besteht zwischen dem Abklärungsbericht und dem Gutachten bei näherer Betrachtung im Ergebnis gar kein derartiger Widerspruch, wie ihn der Beklagte geltend macht.

E. 2.2.5

Zum Vorwurf der Prostitution erklärt der Gutachter, er habe zur Kenntnis genommen, dass die Klägerin als Tänzerin gearbeitet habe, die Vermutung der Prostitution lasse sich nicht überprüfen. Für die Beurteilung der Erziehungsfähigkeit sei dieser Umstand zwar nicht unbedeutend; Prostituierte könnten jedoch durchaus auch fähige Mütter sein. Es bestehe der Eindruck, dass mit dem repetitiven Erwähnen dieses Umstandes eine moralische Empörung geweckt werden solle, die eine sachliche Beurteilung erschwere oder gar verhindere. Es dürfe dabei nicht vergessen werden, dass der Beklagte die Klägerin in einem

- 17 - Striptease Lokal kennen gelernt habe. Es sei stossend, wenn nach der Trennung das Verhalten der Frau moralisch an den Pranger gestellt werde (Urk. 8/122 S. 2). Die Stellungnahme des Gutachters überzeugt. Mit einer durch keine objektiven Anhaltspunkte untermauerten Vermutung konnte und musste sich der Gutachter nicht vertiefter auseinandersetzen.

E. 2.2.6

Was die Rüge betrifft, wonach die Bindungstoleranz der Klägerin nicht mit den im Gutachten wiedergegebenen Erfahrungen des Beistandes korrespondiere, ist festzuhalten, dass hier kein Widerspruch ersichtlich ist. Zwar führt das Gutachten aus, die Klägerin könne die Rolle des Beistandes weder akzeptieren noch verstehen (Urk. 8/90 S. 35). Damit ist aber nichts bezüglich der entscheidenden Bindungstoleranz der Klägerin gegenüber dem Kindsvater und den Grosseltern väterlicherseits gesagt. Der Gutachter führt nachvollziehbar aus, dass C._____ Auffälligkeiten am ehesten nach einem Wechsel von einem Elternteil zum anderen auftreten würden. Während die Mutter solche Schwierigkeiten als normal taxiere und C._____ Zeit lasse, sich bei ihr zu orientieren, bestehe bei der Grossmutter und dem Kindsvater die Tendenz, solche Symptome dem Verhalten der Kindsmutter zuzuschreiben. Ihre Besorgtheit verstärke die Probleme des Kindes und trage zur Symptomausbildung bei (Urk. 8/90 S. 42). Der Gutachter kommt zum Schluss, dass sich die Lebenssituation der Klägerin positiv verändert habe, so dass sie mit Unterstützung eines Beistandes in der Lage sei, für ihr Kind zu sorgen (Urk. 8/90 S. 49). Zuvor führt er aus, dass die Erziehungsfähigkeit der Klägerin durch teilweise unrealistische Vorstellungen und Unkenntnis über die Lebensbedingungen in der Schweiz leicht eingeschränkt sei. Ihren Schilderungen lasse sich zwar ein Erkenntnisgewinn und eine Anpassungsleistung erkennen, die weiterentwickelt werden müssten (Urk. 90 S. 47). Zur Hilfestellung bei dieser Weiterentwicklung erachtet er eine Beistandschaft als notwendig. Die empfohlene Beistandschaft hat dabei nichts mit einer fehlenden Bindungstoleranz der Klägerin zu tun.

E. 2.2.7

Dem Beklagten ist Recht zu geben, dass die Vorinstanz in ihrem Entscheid schrieb, dass es bisher nicht zur Diskussion gestanden habe, C._____ in die Obhut des Beklagten zu geben (Urk. 2 S. 16). Dies ist aufgrund der Mass-

- 18 - nahmenbegehren des Beklagten aktenwidrig. Jedoch hat der Gutachter – seinem Auftrag entsprechend – die Erziehungsfähigkeit beider Parteien abgeklärt (Urk. 8/90 S. 47). Das Gutachten selbst ist somit diesbezüglich vollständig.

E. 2.2.8

Das Gutachten stützt sich unter anderem auf ein telefonisches Informationsgespräch mit dem Psychologen des Beklagten, dipl. psych. FH J._____ (Urk. 8/90 S. 2). Der Gutachter hält zusammengefasst fest, dass J._____ den Beklagten seit Januar 2010 behandle. Der Beklagte habe sich in dessen Praxis wegen Alkoholproblemen, Suizidgedanken und depressiver Verstimmung zu einer Behandlung angemeldet. Der schädliche Alkoholkonsum habe sich rasch reduziert. Der Beklagte habe oft über C._____ gesprochen. Eine Stärke des Beklagten bestehe darin, dass er sich bei Problemen Hilfe hole (Psychotherapie, Schuldensanierung). Es bestehe allerdings eine Tendenz, stets erneut in Schwierigkeiten zu geraten und immer weitere Hilfe zu benötigen. Die Mutter des Beklagten, D._____, habe sich grosse Sorgen um ihn gemacht und jeweils angerufen, wenn er zu viel getrunken gehabt habe. Der Beklagte habe ein schwieriges Verhältnis zu seinem Vater, der sich ihm gegenüber ablehnend und abwertend verhalte. Er scheine ein verbitterter Mann zu sein, der einer Konfrontation ausweiche (Urk. 8/90 S. 37 f.). Die Rechtsvertreterin des Beklagten forderte J._____ in der Folge auf, das Gutachten hinsichtlich seines Telefonats mit dem Gutachter zu überprüfen und dazu Stellung zu nehmen (Urk. 8/120/3). J._____ erklärte in seiner Stellungnahme vom 15. März 2013, es müsse betreffend die vom Gutachter

festgehaltene Tendenz des Beklagten, stets in Schwierigkeiten zu geraten, ein Missverständnis vorliegen. Es sei zu keiner entsprechenden Äusserung von J. _____ gekommen. Der Beklagte gerate nicht häufiger in Schwierigkeiten als andere Menschen. Zudem habe die Mutter des Beklagten genau zwei Mal mit seiner Praxis telefoniert. Im Gutachten könne der falsche Eindruck entstehen, sie habe dies deutlich öfters gemacht. Ob der Vater des Beklagten ein verbitterter Mann sei, entziehe sich seinen Kenntnissen, ihm sei lediglich das belastete Verhältnis zwischen dem Beklagten und seinem Vater bekannt (Urk. 8/120/4).

- 19 - Das Telefongespräch mit J. _____ nimmt eine Seite des insgesamt 52 Seiten umfassenden Gutachtens ein. Dagegen explorierte der Gutachter persönlich den Beklagten ausgiebig (Urk. 8/90 S. 14 bis 23). Die Exploration durch den Gutachter ist somit weitaus wichtiger für dessen Willensbildung. Was die Häufigkeit von Telefonaten der Mutter des Beklagten betrifft, so konnte das Gutachten schon deshalb keinen falschen Eindruck erwecken, weil dieses selbst festhält, der schädliche Alkoholkonsum des Beklagten habe sich rasch reduziert. Das Gutachten gab soweit wenig Anlass zu Missverständnissen. Was die häufigen Probleme des Beklagten und die Verbitterung seines Vaters anbelangt, mögen Missverständnisse vorliegen – eventuell bedingt dadurch, dass sich der Gutachter anlässlich des Telefongesprächs vom 11. Juli 2012 in den vorangehenden Sitzungen mit dem Beklagten vom 31. Mai, 21. Juni sowie vom 5. Juli 2012 bereits ein eigenes Bild von diesem gemacht hatte. Die Relativierungen durch J. _____ mögen aber auch mit dem auftragsrechtlichen Vertrauensverhältnis gegenüber dem Beklagten zu tun haben. Dies kann aber offen bleiben. Soweit Missverständnisse vorliegen mögen, haben sie auf die Schlussfolgerungen des Gutachters (Urk. 8/90 S. 39 ff.) keinen ersichtlichen Einfluss. 3. Fazit Das vom Beklagten beanstandete Gutachten erweist sich im Sinne der eingangs erwähnten Voraussetzungen (E. 2.2 oben) als vollständig, klar und gehörig begründet. Auch auf den ersten Blick hellhörig machende Schilderungen von C. _____s Kindergärtnerin erklärt der Gutachter nachvollziehbar: Die Kindergärtnerin führte aus, C. _____ habe jeweils erzählt, was er an den Wochenenden unternommen habe. Dabei habe es sich vorwiegend um Erlebnisse mit dem Beklagten gehandelt. Von der Klägerin habe er selten erzählt. Am Anfang des Kindergarten habe er den Kindern gar erzählt, er habe keine Mutter (Urk. 8/90 S. 29). Dieses Verhalten wird vom Gutachter überzeugend damit erklärt, dass C. _____ mit mannigfaltigen Verdächtigungen gegenüber seiner Mutter konfrontiert worden sei. Er sei mehrfach im Kinderspital auf sexuelle Handlungen (vgl. auch Urk. 8/86) – darauf wird gleich zurückzukommen sein – untersucht worden. Die Grossmutter und der Beklagte hätten die Kindergärtnerin über ihre Vermutungen informiert. Er

- 20 - sehe sich einem geschlossenen System meist unausgesprochener Verdächtigungen gegenüber und habe die Strategie eingeschlagen, seine Zuneigung und Liebe zur Mutter für sich zu behalten, respektive sie nur zu zeigen, wenn er bei ihr sei. Dies sei seine Lösung im Loyalitätskonflikt (Urk. 8/122 S. 3). Auch nimmt der Gutachter nicht einseitig für eine Partei Stellung. Er schildert im Gutachten eine gute Beziehung C. _____s sowohl zur Klägerin als auch zum Beklagten und seiner Grossmutter. Der Gutachter führt aber aus, dass die Haltung der Grossmutter auf die Förderung der Zweierbeziehung ausgerichtet sei, was sich längerfristig auf C. _____ einschränkend auswirken könne. Problematisch sei zudem die ablehnende Haltung gegenüber der Klägerin (Urk. 8/90 S. 46). Zudem hält das Gutachten fest, C. _____ sei 2012 dreimal in der Notfallstation des Kinderspitals Zürich

mit Verdacht auf Misshandlungen vorgeführt worden. Die Untersuchungen hätten jeweils unmittelbar nach den Aufenthalten bei der Klägerin stattgefunden. Zweimal seien die Geschlechtsteile C.____s untersucht worden. Alle drei Untersuchungen hätten keine Hinweise auf eine Misshandlung oder Vernachlässigung ergeben. Der Effekt von Mehrfachuntersuchungen auf das Kind werde nicht reflektiert. Es müsse davon ausgegangen werden, dass Untersuchungen der Geschlechtsteile, die stets nach dem Besuch der Klägerin stattgefunden hätten, für C.____ nicht nachvollziehbar seien, zumal er keine Beschwerden angegeben habe. Das Vorgehen des Beklagten und der Grossmutter irritiere das Kind und störe die Beziehung zur Mutter. C.____ schütze sich, indem er möglichst wenig von der Klägerin erzähle, was wiederum die Ängste der Grossmutter und des Beklagten schüre (Urk. 8/90 S. 51). Diese Umstände sind es, die in gut nachvollziehbarer Weise für seine Empfehlung einer Obhutszuteilung an die Klägerin entscheidend sind. Die Anträge des Beklagten, es sei das Gutachten aus dem Recht zu weisen, eventualiter sei es für unbeachtlich zu erklären, und es sei ein Obergutachten über die Erziehungsfähigkeit der Eltern anzuordnen, sind nach dem Ausgeführten abzuweisen. B) Vorsorgliche Massnahmen

- 21 -

E. 2.3

Über die Kosten der Vertretung des Kindes wird mit separatem Beschluss zu entscheiden sein. Deren Tragung folgt der Aufteilung der Gerichtskosten. Es wird beschlossen:

E. 2.4

Der Kinderanwalt ergänzt, er habe sich in mehreren Gesprächen mit der Klägerin selbst davon überzeugen können, dass sie sich aus eigenen Stücken dazu entschlossen habe, C.____ in die Pflege seiner Grosseltern zu geben, nachdem sie ihre Wohnung verloren gehabt habe. Behördliche Empfehlungen oder gar Anordnungen zu diesem faktischen Obhutswechsel habe es keine gegeben (Urk. 23 S. 4). Nach seinem Dafürhalten sei einzig die Klägerin bemüht, den Loyalitätskonflikt, welchem C.____ ausgesetzt sei, einzudämmen. Er verweise auf seine Stellungnahme zum Gutachten (Urk. 23 S. 5 unter Hinweis auf Urk. 8/115 Ziff. 9). Der Abklärungsbericht der Vormundschaftsbehörde H.____ (Urk. 8/17/1) habe sich nicht mit einem Obhutsentzug zu befassen gehabt, was der Bericht explizit festhalte. Vielmehr seien Defizite seitens beider Eltern aufgezeigt und C.____s Unterbringung bei den Grosseltern als adäquate vorübergehende Lösung betrachtet worden. Der Bericht widerspiegeln die aktuellen Verhältnisse längst nicht mehr und könne demnach keine Entscheidungshilfe darstellen. Mit der Wohnsituation der Klägerin habe sich der Gutachter eingehend befasst.

- 25 - Auf seine diesbezüglichen Ausführungen zur Wohnsituation, welche sich mit seinen Eindrücken decken, könne abgestellt werden. Soweit er mit den Grosseltern C.____s in Kontakt gewesen sei, sei ihm deren ablehnende Haltung gegenüber der Klägerin mehrmals aufgefallen (Urk. 23 S. 6). Zu den vom Beklagten gegen ihn geäusserten Vorwürfen führt der Kindsvertreter aus, er verweise auf seine Stellungnahme zum Gutachten (Urk. 8/115), worin er sich sehr detailliert und gewissenhaft mit der Situation aller Beteiligten auseinandergesetzt und die Empfehlung abgegeben habe, C.____ in die Obhut der Klägerin zu geben. Wenn er in seiner Eingabe das Wort "leider" in Klammern gesetzt habe, dann habe er damit das nur ansatzweise geäusserte Bedauern von C.____ zum Ausdruck bringen wollen, nicht mehr Zeit mit der Klägerin verbringen zu können. Wenn er ihn in

Anwesenheit des Beklagten befragt hätte, hätte C. _____ wohl ebenfalls bedauert, nicht mehr Zeit mit ihm verbringen zu können. So seien auch seine Ausführungen zu verstehen, wonach an sich die Übermittlung der subjektiven Meinung des Kindes an das Gericht Vorrang haben sollte, dieser Wille bei C. _____ aber altersbedingt und aufgrund der komplizierten Konstellation zwischen allen Beteiligten nur schwer ermittelbar sei, weshalb letztlich eben doch das objektive Kindeswohl für seine Tätigkeit massgebend sein müsse (Urk. 23 S. 7). 2.5.1. Die Beweistauglichkeit des Gutachtens wurde oben unter Erwägung A geprüft, darauf kann verwiesen werden. Die in der Berufungsschrift wiederholte Kritik bezüglich des Nichteingehens auf den Abklärungsbericht sowie die fehlende Exploration der Kindseltern zusammen mit C. _____ wurden bereits behandelt. Vorliegend kann nicht bloss auf das Gutachten abgestellt werden, sondern auch auf die Wahrnehmungen des Beistands und des Kinderanwalts von C. _____. Letzterer hat sich, nachdem sich das Gutachten dafür aussprach, C. _____ in die faktische Obhut der Klägerin zurück zu geben, in Absprache mit dem Beistand E. _____ dazu entschlossen, C. _____ bei der Klägerin zu Hause aufzusuchen. Dem Beistand sei es wichtig erschienen, dass der Kinderanwalt sich noch einmal ein Bild von der Wohnung der Kindsmutter mache. Ihm selbst sei es hauptsächlich darum gegangen, C. _____ zu sehen, um ihn im Umfeld der Kindsmutter zu erleben (Urk. 8/115 S. 2). Der Kinderanwalt schildert überzeugend, dass sich die Wohnverhältnisse der Klägerin gebessert hätten und dass C. _____s Russisch-

- 26 - Kenntnisse – obschon er seit längerem nicht mehr bei der Klägerin lebt – ein Indiz einer offenkundig stattgefundenen frühkindlichen Prägung durch die Kindsmutter und für die eingetretene Bindungswirkung zwischen C. _____ und ihr seien (Urk. 8/115 S. 2 f. und 6). Auch er erachtet – nachdem er die Interaktion zwischen der Klägerin und C. _____ beobachten konnte – einzig die Klägerin als kompetent, ein Nebeneinander der verschiedenen Erlebniswelten C. _____s zu garantieren (Urk. 8/115 S. 4) und beantragt deshalb, die Obhut über C. _____ bei der Klägerin zu belassen. 2.5.2. Was die Kritik am Kindesvertreter betrifft, so ist sich die Literatur uneinig, ob dieser sich nach den Wünschen und dem Willen des Kindes (FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anhang ZPO Art. 300 N 3 mit weiteren Hinweisen) oder nach dem objektiven Kindeswohl zu richten hat (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 146/147 N 46). Jedoch fügt selbst ein Verfechter der Willensvertretung an, je kleiner die Kinder seien, desto sorgfältiger sei zu prüfen, ob eine reine Willensvertretung dem Kind effektiv dienlich sei, und eine vollständige Trennung von Willensvertretung und Kindeswohlvertretung lasse sich daher oftmals gar nicht sinnvoll durchführen (FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anhang ZPO Art. 300 N 4 f.). Es kann hier auf die Ausführungen des Kindesvertreters verwiesen werden (E. 2.4 oben), wonach bei C. _____ aufgrund seines jungen Alters und der komplexen Konstellation zwischen allen Beteiligten gewisse Schwierigkeiten bei der Ermittlung des subjektiven Kindswillens bestünden. Damit ist vorliegend eine gewisse Orientierung des Kindesvertreters am objektiven Kindesinteresse unvermeidbar. Wenn dem Kindesvertreter im Übrigen mangelnde Sorgfalt vorgeworfen wird, so ist einerseits auf seine detaillierte Stellungnahme zum Gutachten hinzuweisen (Urk. 8/115). Andererseits überzeugt der Kinderanwalt aber gerade auch dadurch, dass er der Vorinstanz ein Schreiben der Kindergärtnerin C. _____s einreichte, in welchem diese der Klägerin sinngemäss mangelnde Kooperation und Desinteresse vorwirft (Urk. 8/116). Mit diesen Vorwürfen setzt er sich auseinander (der Klägerin seien einerseits Informationen vorenthalten worden; andererseits wisse sie nicht, wie sie sich die fehlenden Informationen selbst beschaffen könne; über Elternanlässe sei sie nicht informiert worden [Urk. 8/115 S. 5]), um zum

Schluss zu kommen, die Unerfahrenheit der

- 27 - Klägerin bedinge eine Beistandschaft (Urk. 8/115 S. 6). Die erneut vorgebrachte Kritik am Kindsvertreter erweist sich somit auch vorliegend als unbegründet.

E. 2.6

Kriterien Obhutszuteilung/-entzug

E. 2.6.1

Massgebend für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil ist das Kindeswohl und alle dafür wichtigen Umstände. In grundsätzlicher Hinsicht folgt aus der Maxime des Kindeswohls, dass nicht das Interesse der Eltern, sondern dasjenige des Kindes für die Zuteilung massgebend ist (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., Art. 133 ZGB N 10). Das Bundesgericht hat im Übrigen versucht, eine gewisse Hierarchie in die Zuteilungskriterien zu bringen. Demnach muss vorab die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Unter Umständen kann die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, beispielsweise die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (vgl. BGE 115 II 206 E. 4a; BGE 115 II 317 E. 2; BGE 117 II 353 E. 3; BGE 136 I 178 E. 5.3).

E. 2.6.2

Der Gutachter kam hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit der Parteien zum Schluss, dass diejenige der Klägerin genügend entwickelt sei. Durch teilweise unrealistische Vorstellungen und Unkenntnis über die Lebensbedingungen in der Schweiz werde die Erziehungsfähigkeit leicht eingeschränkt. In ihren Schilderungen lasse sich aber ein Erkenntnisgewinn und eine positive Anpassungsleistung erkennen, die weiterentwickelt werden müssten. Die Beziehungstoleranz gegenüber dem Beklagten und der Schwiegermutter sei trotz belastender Erfahrungen gut erhalten. Sie fördere C.____s Beziehungen zu weiteren Erwachsenen und achte darauf, dass er davon profitiere (Urk. 8/90 S. 47). Die Erziehungsfähigkeit des Beklagten sei leicht eingeschränkt. Er verfüge über wenig Erziehungswissen

- 28 - und agiere vorwiegend mit dem Kind mit. Er unternehme viel mit seinem Sohn und schaffe so gute Gelegenheiten, die C.____ ermöglichen, sich mit seinem Vater auseinanderzusetzen. Ein Konzept zur erzieherischen Anleitung sei bei ihm kaum erkennbar und bestehe vorwiegend darin, diesen Teil seiner Mutter zu delegieren. Seine Beziehungstoleranz sei teilweise eingeschränkt. Er misstrauere der Klägerin und sei sich nicht sicher, ob er ihr C.____ ausliefern solle. Die Einschränkung der Beziehungstoleranz scheine am ehesten mit der Einflussnahme seiner Mutter in Verbindung zu stehen, die ihn mit Vermutungen über gefährdende Einflüsse der Klägerin verunsichere und zum Handeln auffordere (Urk. 8/90 S. 47 f.). Das Gutachten hält die Klägerin für geeigneter, die Obhut über C.____ auszuüben. Sie verfüge über ein besseres Erziehungskonzept, eine tragfähige Beziehung zum Kind, fördere und fordere C.____, zeige eine gute Beziehungstoleranz

gegenüber allen Familienangehörigen und fördere auch die Beziehungen zu weiteren Erziehungspersonen, wie auch zu Gleichaltrigen. Sie habe genügend Zeit, sich um C. _____ zu kümmern; ansonsten nehme sie Unterstützung an (Urk. 8/90 S. 48 f.). Die in den psychologischen Befragungen von D. _____ und vom Beklagten angedeuteten Vernachlässigungen des Kindes hätten nicht nachvollzogen werden können. Es sei durchaus denkbar, dass im Rahmen der ehelichen Auseinandersetzungen Vernachlässigungen vorgekommen seien, da beide Elternteile stark mit sich beschäftigt gewesen seien. Die Klägerin sei zudem stets der Meinung gewesen, dass C. _____ bei der Grossmutter, die sie als Teil ihrer Familie und Stellvertreterin der eigenen Mutter einschätze, in schwierigen Situationen gut aufgehoben wäre. Den Umgang des Beklagten mit C. _____ schätze sie ebenfalls als liebevoll ein und überlasse ihm den Sohn ohne Bedenken. Die heutige Lebenssituation der Klägerin habe sich positiv verändert, so dass sie mit Unterstützung in der Lage sei, für ihr Kind zu sorgen. Seit der Abklärung durch den Beistand (recte: Abklärungsbericht des Amtes für Jugend und Berufsberatung) seien (bereits im damaligen Zeitpunkt) mehrere Monate vergangen. Sie habe ihre Wohnung kinderfreundlich ausgestattet und sehe heute die Notwendigkeit ein, C. _____ ein konstantes und geregelteres Leben bieten zu müssen. Die Veränderungen ihrer Lebenssituation seien noch im Gange. Es fänden sich einige positive

- 29 - Veränderungen, die auf eine gelingende Integration in der Schweiz hinweisen würden (Urk. 8/90 S. 49). Auf diese Einschätzungen des Gutachters kann abgestellt werden, werden sie doch auch vom Kinderanwalt geteilt. Die gutachterlichen Schlussfolgerungen zur Erziehungsfähigkeit der Parteien widerspiegeln sich zudem selbst in gewissen Feststellungen des Abklärungsberichtes. So sprach bereits dieser von Abwertungen gegenüber der Klägerin und dass der Beklagte (sowie die Grosseltern) trotz grossem Betreuungsengagement wenig Interesse und Anteilnahme am Leben von C. _____ ausserhalb ihrer eigenen Privatsphäre zeigten (Urk. 8/17/1 S. 8 und 10). Dies bedeutet nicht nur eine Einschränkung der Fähigkeit zur Zusammenarbeit mit dem andern Elternteil, sondern auch eine massgebliche Einschränkung der Erziehungsfähigkeit des Beklagten (sowie der Grosseltern) und damit der Grundvoraussetzung für die Zuweisung der elterlichen Obhut.

E. 2.6.3

Der Vollständigkeit halber ist hier verschiedenen Behauptungen des Beklagten zu begegnen, die alle sinngemäss darauf abzielen scheinen, die Erziehungsfähigkeit der Klägerin in Frage zu stellen: Wenn der Beklagte heute geltend macht, die Platzierung bei den Grosseltern sei nicht infolge des Wohnungsverlustes erfolgt bzw. sonst wäre es zu einem Obhutsentzug gekommen, ist ihm zu entgegenen, dass selbst im Abklärungsbericht festgehalten wurde, C. _____ wohne wegen des Wohnungsverlustes der Klägerin bei seinen Grosseltern (Urk. 8/17/1 S. 2), und es sich bei allem anderen um Spekulationen handelt, die durch keine objektiven Anhaltspunkte gestützt werden. Auch ist es nicht richtig, dass der Vergleichsvorschlag nur deswegen nicht zustande gekommen ist, weil sich die Parteien nicht über den von der Klägerin zu leistenden Kinderunterhalt einigen konnten. Dabei handelt es sich um eine unvollständige Wiedergabe der damaligen Sachlage. Erstens hat die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 28. Juni 2012 zum Vergleichsvorschlag betont, dass sie zwar mit der von der Vorinstanz vergleichsweise vorgeschlagenen Regelung für die Dauer des Scheidungsverfahrens einverstanden sei, dass es aber nicht Sinn und Zweck sein dürfe, C. _____ durch ein langes Scheidungsverfahren

von der Klägerin zu entfremden und damit Tatsachen zu schaffen, so dass im Scheidungsurteil

- 30 - die Zuteilung der elterlichen Sorge an sie nicht mehr in Betracht gezogen werde. Zweitens war die Klägerin mit dem knappen gerichtlichen Besuchsrecht nicht einverstanden. Sie verlangte regelmässige und innert kurzen Zeitabständen stattfindende Besuche. Drittens wurde darauf hingewiesen, dass die Klägerin den von der Vorinstanz vorgeschlagenen Unterhaltsbeitrag aufgrund ihrer Arbeitslosigkeit nicht bezahlen könne. Die Grosseltern müssten mit dem Anhäufen von Schulden rechnen (Urk. 8/78). Wenn der Beklagte schliesslich immer noch behauptet, die Klägerin wohne nicht alleine bzw. C._____ habe bei ihr kein eigenes Schlafzimmer, obschon der Gutachter als auch der Kindsvertreter Gegenteiliges schildern (Urk. 8/90 S. 9, Urk. 8/115 S. 5), ist die Vermutung der Klägerin nachvollziehbar, dem Beklagten gehe es um eine Verzögerung.

E. 2.6.4

C._____ für die Dauer des Verfahrens in der faktischen Obhut der Grosseltern zu belassen, um ihm Stabilität (drittes Kriterium bei der Obhutszuteilung) bieten zu können, würde im Übrigen einen vorsorglichen Obhutsentzug bedingen. Ein solcher ist aber nur zulässig, wenn der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden kann (Subsidiaritätsprinzip; BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 310 N 3). Dabei ist die Stufenfolge von Kinderschutzmassnahmen zu beachten: Danach ist die elterliche Obhut nach Art 310 ZGB erst aufzuheben, wenn erstens Beratung, Mahnung oder Weisung gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB und zweitens eine Beistandschaft gemäss Art. 308 f. ZGB nicht zielführend sind (Breitschmid, a.a.O., Art. 307 N 2). Die elterliche Obhut schliesst die Verantwortung für das Kind hinsichtlich Pflege, Erziehung und Aufenthaltsort ein. Sie ist zu entziehen, wenn in einem oder allen Belangen qualifizierte Mängel vorliegen (Breitschmid, a.a.O., Art. 310 N 5). Solche liegen nach dem obigen Ausführungen nicht vor. Wegen der Rechtsmittelergreifung durch den Beklagten und der in der Folge gewährten aufschiebenden Wirkung wurde C._____ im Sommer am Wohnort der Grosseltern eingeschult. Die Obhut bei der Klägerin zu belassen, würde zwar einen Schulwechsel für C._____ bedeuten. Das Gutachten führt dazu aber aus, C._____s gute Fähigkeit, sich auf neue Bezugspersonen einzulassen und sich auf sie auszurichten, sollte ihm den Wechsel nicht besonders schwierig machen (Urk. 8/90 S. 50).

- 31 - Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass selbst beim Entzug der elterlichen Obhut die Massnahme auf Wiedereinsetzung der elterlichen Obhut gerichtet ist (Breitschmid, a.a.O., Art. 310 N 10). Vorliegend geht es nur faktisch um die Wiedereinsetzung der elterlichen Obhut; rechtlich wurde diese – mindestens bis zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung – nicht entzogen. Wo die Eltern das Kind selbst bei Dritten untergebracht haben, können sie es aber unter Vorbehalt von Art. 310 Abs. 3 ZGB jederzeit zurücknehmen (Breitschmid, a.a.O., Art. 310 N 15 und 21). Die Eltern haben dabei das Wohl des Kindes zu beachten: Es steht nämlich solches Vorgehen – ist es nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt – in Widerspruch zum (impliziten) Gebot persönlicher Betreuung und Erziehung, und kann unter Umständen das Verbot der Rücknahme nach Art. 310 Abs. 3 ZGB bewirken (Breitschmid, a.a.O., Art. 310 N 21). Massgebend ist weniger die zeitliche Dauer des Pflegeverhältnisses als die Frage, ob während dessen Dauer eine Verwurzelung mit sozialpsychischer Elternstellung der Pflegeeltern eingetreten ist, was sowohl vom Alter des Kindes wie den gesamten Umständen (Qualität der früheren Beziehung zu den leiblichen Eltern, Kontaktverlauf mit

ihnen während der Pflegedauer) und der Bereitschaft und Eignung der Pflegeeltern zu weiterer Betreuung abhängt. Wo die Voraussetzungen zur Erteilung der Obhut wieder vorliegen und die Eltern sich während der Fremdplatzierung um Aufbau bzw. Fortführung der persönlichen Beziehung zum Kind bemüht haben, kann Art. 310 Abs. 3 ZGB nicht deshalb angerufen werden, weil das Kind auch zu den Pflegeeltern gute Beziehungen entwickelt hat. Der Anspruch der Eltern auf persönliche Betreuung und das Interesse des Kindes an kontinuierlichen, stabilen Beziehungen sind gegeneinander abzuwägen (BGE 111 II 119 E. 5; Breitschmid, a.a.O., Art. 310 N 25). C._____ in die faktische Obhut der Grosseltern zu geben bzw. ihn dort zu belassen, war vorliegend im Wohnungsverlust der Klägerin und im darauf folgenden Streit um dessen faktische Obhut begründet. Dass die Klägerin zweitweise ein gewisses Desinteresse an C._____ gezeigt haben mag, kann ihr heute nicht mehr vorgeworfen werden. Sie verfügt jedenfalls über eine gute Bindung zu C._____ (s. E. 2.5.1. oben). Die entstandenen intensiven Kontakte zwischen C._____ und der bald 70-jährigen Grossmutter (Urk. 8/90 S. 19) vermögen längerfristig die wünschbare Mutterbeziehung nicht zu ersetzen.

- 32 -

E. 2.6.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die zur Hauptsache massgebliche Erziehungsfähigkeit vorliegend zugunsten der Klägerin spricht, insbesondere die Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil. Die Möglichkeit zur persönlichen Betreuung des Kindes ist bei beiden Parteien ungefähr in gleichem Mass vorhanden (vgl. Urk. 5/5). Für eine Zuweisung der elterlichen Obhut an den Beklagten spricht die Kontinuität der persönlichen Beziehungen zu den Grosseltern sowie, dass C._____ weiterhin die gleiche Schule besuchen könnte. Dieses Kriterium überwiegt indessen die weiteren Kriterien nicht, insbesondere nicht die langfristigen Nachteile der eingeschränkten Erziehungsfähigkeit des Beklagten (sowie der Grosseltern D._____ & G._____). Damit ist die elterliche Obhut für das Kind C._____ in Abweisung der Berufung des Beklagten bei der Klägerin zu belassen.

E. 2.7

Nachdem C._____ sich bereits seit April 2011 bei seinen Grosseltern in L._____ aufhält, soll es ihm aber ermöglicht werden, das Schulsemester dort zu Ende zu besuchen. Der Beklagte bzw. die Grosseltern, D._____ und G._____, sind deshalb zu verpflichten, C._____ bis spätestens am ersten Tag der Sportferien in L._____, Samstag, 15. Februar 2014, 18.00 Uhr, in die (faktische) Obhut der Klägerin zu übergeben. Damit bleibt für die neu zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) auch genügend Zeit, die Beistandschaft von der KESB Horgen zu übernehmen und C._____ auf den bevorstehenden Umzug zur Klägerin vorzubereiten.

E. 3

Die Verpflichtung des Klägers [recte: Beklagten] zur Bezahlung von Unterhalt an die Beklagte [recte: Klägerin] persönlich sei rückwirkend auf den 01. Mai 2011 aufzuheben.

E. 3.1

Eine Person hat Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

E. 3.2

Der Notbedarf der Klägerin beläuft sich, wie bereits erwähnt, gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009 allein aufgrund der Positionen Grundbetrag (Fr. 1'200.–), Mietzins (Fr. 1'318.–) und Krankenkassenprämien (Fr. 220.60, Urk. 39/19) auf Fr. 2'738.60. Die Klägerin hat zudem im Rahmen der prozessualen Bedürftigkeit Anspruch auf Anrechnung weiterer Bedarfspositionen (wie Telefon, Mobilitätskosten, Versicherungen etc.), weshalb ihr prozessualer Notbedarf höher zu liegen kommt (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 117 N 9 ff.). Die Klägerin deklarierte in der Steuererklärung 2012 Einkünfte von Total Fr. 6'465.– (Urk. 39/23 S. 2). Dass die nach wie vor von der Sozialhilfe unterstützte Klägerin (Urk. 13 und 14/1-2) ihren Bedarf nicht zu decken vermag, ist offensichtlich. Die vom Beklagten geäusserten Zweifel hinsichtlich der Einkommenssituation der Klägerin erweisen sich vor diesem Hintergrund als unsubstantiiert. Über wesentliche Ersparnisse verfügt die Klägerin nicht (Urk. 39/3-18). Dementsprechend ist ihre zivilprozessuale Bedürftigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu bejahen. Dass ihre Begehren nicht aussichtslos waren, zeigen die vorangehenden Erwägungen. Die Klägerin ist sodann als juristische Laiin auf anwaltliche Vertretung angewiesen, zumal auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) und es sich um eine hochstrittige Obhutsumfrage handelt. Der Klägerin ist die unentgeltliche Prozessführung für das Rechtsmittelverfahren zu gewähren, und es ist ihr in der Person von Rechtsanwältin Dr. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeistandin zu bestellen. IV. 1. Die Vorinstanz hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ausdrücklich dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 Dispositiv-Ziffern 7 und 14), weshalb diesbezüglich keine weiteren Vorkehren zu treffen sind.

- 42 -

E. 3.3

Das Gutachten hält den Umgang zur Klägerin, dem Beklagten und den Grosseltern D. _____ & G. _____ für besonders bedeutsam. Der Gutachter schlug deshalb vor, C. _____ bei der Klägerin leben zu lassen und die übrigen Beziehungen im Rahmen eines ausgedehnten Besuchsrechts zu gestalten. Der Gutachter empfahl ein ausgedehntes Besuchsrecht für den Beklagten, das an den Wochenenden vierzehntäglich von Freitagabend bis Sonntagabend sowie wöchentlich jeden Mittwoch von 17.00 bis 19.00 Uhr stattfinden solle. Ausserdem wäre es wichtig, dass C. _____ den Kontakt zu seinen Grosseltern, insbesondere zu D. _____, fortführen könnte, weshalb er einen regelmässigen Aufenthalt am Mittwochnachmittag empfehle (Urk. 8/90 S. 49 f.).

E. 3.4

Es ist unzutreffend, dass die Vorinstanz es unterlassen hat, eine Besuchsrechtsregelung zu treffen. Indem sie die Anträge des Beklagten betreffend die Besuchs- und Ferienbesuchsrechtsregelung zu Gunsten der Klägerin abwies, blieben die eheschutzrichterlichen Anordnungen anwendbar. Damals wurde dem Beklagten nebst einer gerichtsüblichen Feiertagsbesuchsrechtsregelung folgendes Besuchsrecht eingeräumt: An Wochenenden gerader Kalenderwochen von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr. Zudem wurde der Beklagte für berechtigt erklärt, mit C. _____ fünf Wochen Ferien im Jahr zu verbringen (Urk. 8/13/24 Dispositiv-Ziffer 3). Nachdem das Gutachten jedoch festhält, die Klägerin hätte nichts dagegen, wenn C. _____ jeweils am Mittwoch die

Grossmutter besuchen oder mit dem Beklagten das Abendessen einnehmen würde (Urk. 8/90 S. 14), ist dem Beklagten zusätzlich ein wöchentliches Besuchsrecht am Mittwoch von 14.00 Uhr bis 19.00 Uhr einzuräumen. Dadurch wird es C._____ auch ermöglicht, die enge Beziehung zu seiner Grossmutter weiterzupflegen.

- 34 - 4. Beistandschaft

E. 4

Die Verpflichtung des Klägers [recte: Beklagten] zur Bezahlung von Kinderunterhalt für C._____ an die Beklagte [recte: Klägerin] sei rückwirkend auf den 01. Mai 2011 aufzuheben.

E. 4.1

Die Rechtsmittelschriften der Parteien enthalten keine Ausführungen zu den von der Vorinstanz an den Beistand übertragenen Aufgaben (Urk. 1 S. 9 f., Urk. 22 S. 8 und Urk. 23 S. 7 f.).

E. 4.2

Erfordern es die Verhältnisse, so kann dem Kind ein Beistand beigegeben werden, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt (Art. 308 Abs. 1 ZGB). Dem Beistand können dabei besondere Befugnisse und Aufgaben übertragen werden (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Das Gericht, das für die Ehescheidung zuständig ist, muss auch über eine Beistandschaft entscheiden (Art. 315a Abs. 1 ZGB). Die Beistandschaft ist eine hoheitliche Kindesschutzmassnahme. Sie zielt auf aktives, autoritatives und kontinuierliches Einwirken auf die Erziehungsarbeit der Eltern und das Verhalten der Kinder ab. Sie greift in die elterliche Sorge ein und schränkt diese entsprechend ein (Breitschmid, a.a.O., Art. 308 N 2). Ordnet der Richter eine Erziehungsbeistandschaft an, so hat er die Pflichten des Beistandes klar zu umschreiben. Es verletzt Bundesrecht, wenn dem Beistand die Aufgabe übertragen wird, das Besuchsrecht anzupassen oder gar festzulegen (BGE 118 II 241 E. 2; BGer 5C.68/2004 vom 26. Mai 2004, E. 2.4). Der Beistand hat im Rahmen der gerichtlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung die für einen reibungslosen Verlauf der einzelnen Besuche nötigen Modalitäten (Yvo Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft [Art. 308 ZGB], Diss. Freiburg 1996, S. 316 ff.) so festzusetzen, dass Spannungen abgebaut, negative Beeinflussungen vermieden und die Beteiligten bei Problemen beraten werden (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 308 N 14).

E. 4.3

An der Erziehungsbeistandschaft ist – insbesondere aufgrund der festgestellten leicht eingeschränkten Erziehungsfähigkeit beider Parteien – festzuhalten. Im Übrigen kann hier auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 23). Neben den vorinstanzlich festgelegten Aufgaben, ist der Beistand damit zu beauftragen, C._____ auf den Umzug von den Grosseltern D._____ & G._____ zur Klägerin vorzubereiten. Nachdem bislang die Beistandschaft durch die KESB Horgen geführt wurde, ist neu die für den heutigen Wohn-

- 35 - sitz des Kindes zuständige KESB Bülach Süd zu deren Ernennung/Übernahme einzuladen. 5. Unterhaltsbeiträge

E. 5

Die Beklagte [recte: Klägerin] sei zu verpflichten, dem Kläger [rec- te: Beklagten] einen angemessenen Beitrag an den Unterhalt von C._____ zu leisten, mindestens CHF 400.–, eventuell wieviel mehr.

E. 5.1

Die Eheschutzrichterin verpflichtete den Beklagten in ihrem Entscheid vom 13. Juli 2009, der Klägerin und C._____ einen Gesamtunterhaltsbetrag von insgesamt Fr. 1'500.–, nämlich Fr. 700.– für die Klägerin persönlich und Fr. 800.– für ihren gemeinsamen Sohn, zuzüglich Familienzulagen, zu bezahlen (Urk. 8/13/24 Dispositiv-Ziffer 4). Grundlage der Unterhaltsberechnung bildete auf Beklagtenseite ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 5'930.– und ein Bedarf von Fr. 4'413.– (Urk. 8/13/24 S. 6). Die Vorinstanz erwog hinsichtlich der Unterhaltsbegehren des Beklagten im Wesentlichen, die Einkommens- und Bedarfswahlen der Klägerin seien im Eheschutzentscheid nicht festgehalten worden. Aus den Eheschutzakten gehe jedoch hervor, dass die Klägerin damals im Sinne eines Praktikums zwei Mal pro Woche als Kosmetikerin tätig gewesen sei, jedoch mit dieser Beschäftigung nur ein Taschengeld verdient habe. Der Bedarf der Klägerin sei (ohne Hausratsversicherung) auf Fr. 4'478.90 beziffert worden (Urk. 2 S. 27). Subtrahiere man von ihrem Gesamtbedarf den Grundbedarf des Sohnes sowie die Kinderkrippe und addiere die damals noch abzuschliessende Hausratsversicherung resultiere ein Bedarf von Fr. 3'653.90. Die von der Klägerin erwähnten Bedarfswahlen ab September 2012 bewegten sich in ähnlichem Rahmen. Sie habe in den Jahren 2011 und 2012 teilweise bloss ein monatliches Einkommen von durchschnittlich Fr. 700.– mittels Reinigungsarbeiten erzielt und sei zeitweise arbeitslos gewesen. Die Klägerin werde von der Sozialhilfe unterstützt. Ihr effektiv erzielt Einkommen in den Jahren 2011 und 2012 habe damit ihre eigenen Ausgaben nicht gedeckt. Selbst wenn man der Klägerin ein hypothetisches monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 2'400.– anrechne, könne sie ihre Ausgaben nicht decken. Da überdies nicht ins Existenzminimum des unterhaltsverpflichteten Ehegatten eingegriffen werden dürfe, seien die Anträge des Beklagten betreffend die Aufhebung der eheschutzrichterlich festgesetzten Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge sowie die Verpflichtung der Klägerin zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen abzuweisen

- 36 - (Urk. 2 S. 28 f.). Es sei selbstredend, dass Kinderunterhaltsbeiträge dem Kind zugute kommen sollten und deshalb der betreuenden Person ausbezahlt werden. Seit dem 1. Mai 2011 sei C._____ nicht mehr von der Klägerin, sondern von den Grosseltern D._____ & G._____ betreut worden. Weil aufgrund der Parteivorbringen und der im Recht liegenden Unterlagen nicht sauber nachvollzogen werden könne, in welchem Umfang der Beklagte Kinderunterhaltsbeiträge an die Klägerin direkt oder an die Grosseltern D._____ & G._____ geleistet habe, sowie nicht klar sei, in welchem Umfang und wie lange die Alimente zu Handen der Klägerin bevorschusst und dementsprechend wieder (vom Beklagten) beglichen worden seien, sei im Massnahmenverfahren auf die Nennung von Beträgen, die der Beklagte bzw. die Klägerin allenfalls direkt an die Grosseltern D._____ & G._____ zu leisten hätte, zu verzichten. Es werde Gegenstand des Hauptverfahrens sein, diese Fragen zu klären (Urk. 2 S. 29). Den Antrag des Beklagten um nachträgliche Aufhebung des Ehegattenunterhalts wies die Vorinstanz ab. Der Antrag werde einzig damit begründet, dass C._____ bereits seit dem 30. April 2011 nicht mehr bei der Klägerin lebe. Die finanziellen Verhältnisse der Klägerin hätten sich aber nicht derart verändert, als dass sie für ihren eigenen Unterhalt aufkommen könne, weshalb eine Abänderung des Eheschutzentscheides im Sinne des Beklagten nicht möglich sei (Urk. 2 S. 29).

E. 5.2

Der Beklagte rügt, die Vorinstanz habe die rückwirkende Abänderung abgelehnt, ohne dies weiter zu begründen. Damit sei der Entscheid willkürlich. Dadurch dass C. _____ seit dem 1. Mai 2011 bei seinen Grosseltern lebe, seien der Klägerin für ihn auch keine Kosten entstanden. Nachdem selbst die Vorinstanz in ihrem Vergleichsvorschlag im April/Mai 2012 davon ausgegangen sei, dass C. _____ vorläufig bei den Grosseltern bleibe, könne keine Rede davon sein, dass der Beklagte durch eigenmächtiges Handeln und widerrechtliches und missbräuchliches Zurückbehalten von C. _____ eine Abänderung verwirkt habe. Im Übrigen stehe fest, dass die Klägerin zumindest bis zum Bezug der Wohnung in M. _____ weder Wohn- noch Krankenkassenkosten gehabt habe. Was die übrigen Kosten angehe, seien auch diese nicht nachgewiesen. Somit sei die Behauptung der Vorinstanz, die Kosten der Klägerin seien ungefähr gleich geblieben, völlig an den Haaren herbeigezogen. Schliesslich stelle sich die Frage nach der Aufrech-

- 37 - nung eines hypothetischen Einkommens. Die Klägerin habe seit März 2011 keine Betreuungsaufgaben inne. Sie habe damit genügend Zeit gehabt, eine Arbeitsstelle zu suchen. Der schweizerische Mindestlohn betrage heute über Fr. 4'000.– pro Monat. Damit könne sie ihren Bedarf ohne Weiteres decken (Urk. 1 S. 9 f.).

E. 5.3

Die Klägerin erwidert, es könne bezüglich der Unterhaltsregelung auf die Akten und insbesondere die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die übrigen Kosten der Klägerin seien durchaus nachgewiesen. Von der Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens habe die Vorinstanz in Bezug auf die Klägerin zu Recht abgesehen (Urk. 22 S. 8). 5.4.1. Eine Abänderung von Eheschutz- bzw. vorsorglichen Massnahmen ist zulässig, wenn seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist oder sich die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmenentscheid zugrunde lagen, nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Eine Änderung ist ferner insofern angebracht, dass sich der Entscheid als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Massnahmenentscheides einer Abänderung entgegen. Eine Änderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches oder missbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGer 5A_701/2012 vom 18. Februar 2013, E. 2.2.; BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 3). 5.4.2. Ehegattenunterhalt Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe bis zum Bezug ihrer jetzigen Wohnung in M. _____ weder Wohn- noch Krankenkassenkosten gehabt, mag bezüglich der Wohnkosten zutreffen. Allerdings hat sie nur für wenige Monate über keine eigene Wohnung verfügt (Zuzug nach M. _____ am 1. November 2011, Urk. 28), weshalb es bereits am Abänderungsgrund der dauerhaft veränderten Verhältnissen fehlt. Dass die übrigen Kosten der Klägerin nicht nachgewiesen seien, ist eine unsubstantiierte Behauptung des Beklagten. Bereits der Vergleich ihres früheren Mietzinses von Fr. 1'310.– (Urk. 8/13/19) mit ihrem heutigen Miet-

- 38 - zins von Fr. 1'318.– (Urk. 39/19) zeigt, dass sich ihre Kosten nicht wesentlich verändert haben können. Der Notbedarf der Klägerin beläuft sich gemäss Kreis Schreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009 allein aufgrund der Positionen Grundbetrag (Fr. 1'200.–), Mietzins (Fr. 1'318.–) und Krankenkassenprämien (Fr. 220.60, Urk. 39/19) auf Fr. 2'738.60. Die Klägerin hat im Übrigen Anrecht auf Hinzurechnung weiterer Positionen wie Kommunikation,

Hausratversicherung und Arbeits- wegstkosten. Die Klägerin vermöchte damit selbst unter Hinzurechnung eines ihre Betreuungsaufgaben sowie ihre Ausbildung und Erwerbssausichten (BGE 137 III 385 E. 3; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 04.63 f.) berücksichtigenden hypothetischen Nettoeinkommens von Fr. 2'000.– ihren Bedarf nicht zu decken. Der Beklagte setzte sich mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander und genügt damit seinen Begründungspflichten im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht. Da der Ehegattenunterhalt aufgrund des Umstandes, dass nicht ins Existenzminimum des Beklagten eingegriffen werden darf (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 02.63; BGE 135 III 66 E. 2 – 10), auf Fr. 700.– begrenzt ist, durfte die Vorinstanz die Frage der Zumutbarkeit der Erzielung eines hypothetischen Einkommens zu Recht offen lassen. Damit sind die Voraussetzungen für eine Abänderung der Ehegattenunterhaltsbeiträge nicht gegeben. Trotz einer missverständlichen Formulierung (Urk. 2 S. 26) verneinte die Vorinstanz die Abänderung schliesslich auch nicht mit dem Hinweis auf ein missbräuchliches Verhalten des Beklagten (Zurückbehalten von C._____).

5.4.3. Kinderunterhalt Was die Kinderunterhaltsbeiträge anbelangt, so ist der Beklagte in Abweichung vom vorinstanzlichen Entscheid zu verpflichten, seinen Eltern die Unterhaltsbeiträge für C._____ gemäss Eheschutzentscheid für die Zeit vom 1. Mai 2011 bis zum 15. Februar 2014 zu bezahlen. Sollte der Beklagte diese Unterhaltsbeiträge teilweise bereits an die Klägerin geleistet haben, ist diese zu verpflichten, die Unterhaltsbeiträge an die Grosseltern D._____ & G._____ weiterzuleiten. Daran ändert der Umstand nichts, dass aufgrund der bei den Akten liegenden Unterlagen nicht genau nachvollzogen werden kann (aktuell scheint er monatlich Fr. 600.–

- 39 - auf ein auf C._____ lautendes Konto an der Adresse von D._____ und G._____ zu überweisen, Urk. 28/9+10), ob und an wen der Beklagte die Unterhaltszahlungen für C._____ seit dessen Umzug zu den Grosseltern leistete. Nach dem Umzug von C._____ zur Klägerin ist der Kinderunterhaltsbeitrag wieder an sie zu bezahlen. Aufgrund der vorstehenden finanziellen Lage ist die Klägerin nicht in der Lage, ihrerseits Unterhaltsbeiträge für C._____ an den Beklagten bzw. dessen Eltern zu bezahlen. C) Prozesskostenvorschuss, unentgeltliche Rechtspflege

E. 6

Eventualiter sei die Beklagte [recte: Klägerin] zu verpflichten, an D._____ einen angemessenen Beitrag an den Unterhalt von C._____ zu leisten, mindestens CHF 400.–, eventuell wieviel mehr.

- 3 -

E. 7

Die Kosten dieses Entscheids werden im Endentscheid erhoben.

E. 8

[Mitteilung]

E. 9

[Rechtsmittel: Beschwerde] Sodann wird verfügt: (vorsorgliche Massnahmen)

E. 10

Der Antrag des Beklagten betreffend die Abänderung der Obhutsregelung der Eheschutzverfügung vom 13. Juli 2009 wird abgewiesen. Von der in der Eheschutzverfügung vom 13. Juli 2009 getroffenen Obhutsregelung Disp.-Ziff. 1 (Geschäfts-Nr. EE090054) wird Vormerk genommen und der unter die Obhut der Klägerin gestellte gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt.mm.2006, in der Obhut der Klägerin belassen.

- 5 - Der Beklagte, bzw. die Grosseltern D._____ und G._____, werden verpflichtet, den Sohn C._____ bis spätestens 13. Juli 2013, 14.00 Uhr in die Obhut der Klägerin zu übergeben. Die Parteien, die Grosseltern D._____ & G._____ und der Beistand des Kindes gemäss Art. 308 ZGB werden dazu aufgefordert, die neuen Modalitäten des Umzuges zu organisieren. Im Streitfall hat der Umzug spätestens am ersten Samstagnachmittag der Sommerferien,

E. 13

Die Anträge des Beklagten betreffend die Aufhebung- bzw. Abänderung der in der Eheschutzverfügung vom 13. Juli 2009 festgesetzten Kindes- und Ehegattenunterhaltsbeiträge werden abgewiesen.

E. 14

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.

E. 15

[Mitteilung]

E. 16

[Rechtsmittel: Berufung]

E. 17

[kein Fristenstillstand]" 4. Dagegen erhob der Beklagte einerseits mit Eingaben vom 24. Juni 2013 Beschwerde und stellte folgende Anträge (Urk. 44/1 S. 2):

- 6 - "1. Es sei das vorliegende Beschwerdeverfahren mit dem Berufungsverfahren zusammen zu legen. 2. Das Gutachten von Dr. phil. F._____, eingereicht am 20. Juli 2012, betreffend die Erziehungsfähigkeit der Eltern von C._____ sei aus dem Recht zu weisen. 3. Eventualiter sei das Gutachten für unbeachtlich zu erklären. 4. Es sei ein Obergutachten über die Erziehungsfähigkeit der Eltern anzuordnen. 5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge." Andererseits erhob er zeitgleich Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2): "1. Es sei der vorliegenden Berufung in Bezug auf die Obhutszuteilung und das Besuchsrecht die aufschiebende Wirkung zu gewähren und die Vollstreckbarkeit sei aufzuschieben. 2. Es sei eine mündliche Verhandlung durchzuführen. 3. Die Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf (Geschäfts-Nr. FE110195-D/Z16/B-4/ma/rg) vom 30. April 2013 sei in Bezug auf die Ziffern 10 bis 13 aufzuheben. 4. Der Eheschutzentscheid vom 13. Juli 2009 sei in Bezug auf Ziffer 2 (Obhutszuteilung), Ziffer 3 (Besuchsrecht) und Ziffer 4 (Unterhalt) aufzuheben und wie folgt zu ändern:

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