

ZH_OBERGERICHT LY200038 vom 6. Oktober 2020

ZH Obergericht, 2020-10-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY200038

FR: ZH_OBERGERICHT LY200038 du 6 octobre 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LY200038 del 6 ottobre 2020

Erwägungen

E. 11

September 2020 zugestellt (act. 15 und act. 16). Mit Eingaben vom 23. September 2020 nahm einerseits die Berufungsklägerin dazu Stellung (act. 21) und reichte andererseits der Berufungsbeklagte eine weitere Beilage nach (act. 19 und act. 20). Beide Eingaben samt Beilagen wurden der jeweiligen Gegenseite mit Schreiben vom 24. September 2020 tags darauf zugestellt (act. 24-27). Die Berufungsklägerin reichte eine weitere Eingabe ein, datierend vom 3. Oktober 2020 (act. 28). Diese ging bei der Kammer indes erst am 6. Oktober 2020 und damit nach Ablauf der nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu beachtenden zehntägigen Frist ein (BGer 5A_1022/2015 vom 29.4.2016 E. 3.2.1 f.; BGer 5D_81/2015 vom 4.4.2016 E. 2.3.1 ff., E. 2.3.4), weshalb sie

- 9 - nicht mehr zu beachten und mit dem heutigen Entscheid dem Berufungsbeklagten zuzustellen ist. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. 2. 2.1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (vgl. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Berufungsverfahren richtet sich nach den Art. 308 ff. ZPO. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. Die vorliegende Berufung vom 17. August 2020 wurde innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Die Berufungsklägerin ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten. Auf die Ausführungen der Parteien ist nachfolgend soweit einzugehen, wie es für den Entscheid von Bedeutung ist. 2.2. Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Grundsätzlich auferlegt sich die Berufungsinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden der Vorinstanz jedoch insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere dann, wenn es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht näher steht (vgl. BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 310 N 3; KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10). 2.3. Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten

- 10 - (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Untersteht das Verfahren allerdings wie hier der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO), hat das Gericht selbst die Tatsachen

von Amtes wegen zu erforschen und kann hierfür von Amtes wegen die Erhebung aller für die Sachverhaltsfeststellung erforderlichen und geeigneten Beweismittel anordnen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind aus diesem Grund selbst Noven zuzulassen, die unter die Novenbeschränkung von Art. 317 ZPO fallen (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1. = Pra 108 (2019) Nr. 88; BGer 5A_77/2018 vom 6.3.2019 E. 3.2; OGer ZH LY160019 vom 21.07.2016). 2.4. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; ANNETTE DOLGE, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 276 N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung, und es gilt die Dispositionsmaxime mit eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz bzw. soweit wie hier Kinderbelange betroffen sind, die Offizial- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Diese Grundsätze sind in allen Verfahrensstadien und von allen kantonalen Instanzen zu beachten (BGE 137 III 617 E. 4.5.2; BGer 5A_923/2014 Urteil vom 27.8.2015; FamKomm Scheidung/SCHWEIGHAUSER, Anh ZPO Art. 296 N 6). 3. 3.1. Die Vorinstanz stellte im angefochtenen Entscheid die rechtlichen Grundlagen und die massgebenden Kriterien für die Abänderung vorsorglicher bzw. eheschutzrechtlicher Massnahmen und die Zuteilung der elterlichen Obhut zutreffend dar. Sie hielt im Ergebnis zu Recht fest, mit dem Wegzug der Berufungsklägerin von D._____ nach E._____ sei das von den Parteien bisher gelebte Modell der alternierenden Obhut mit wechselnder Betreuung gemäss Eheschutzentscheid vom 28. Februar 2018 auf Grund der grossen Distanz zwischen den Wohnorten der Parteien faktisch nicht mehr umsetzbar. Der Wohnsitzwechsel der Berufungsklägerin habe erhebliche Auswirkung auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr des Berufungsbeklagten mit der Tochter, weshalb er

- 11 - zustimmungsbedürftig sei, wobei keine Zustimmung des Berufungsbeklagten vorliege. Daher sei die Obhut nach Massgabe des Kindeswohls und allen dafür notwendigen Umständen neu einer Partei alleine zuzuteilen, der Aufenthaltsort von C._____ zu bestimmen, die Besuchsrechte zu regeln sowie der Unterhaltsbeitrag neu festzulegen (act. 6 S. 7-16). Da diese Ausführungen der Vorinstanz von den Parteien nicht oder jedenfalls nicht substantiiert beanstandet wurden (vgl. act. 11 S. 8 und act. 2 S. 4 ff.), kann darauf verwiesen werden. 3.2. Des Weiteren hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass bei der vorsorglichen Zuteilung der Obhut über ein Kind an einen Elternteil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen hat, insbesondere den Wünschen der Eltern. Deren Erziehungsfähigkeit ist als Erstes zu klären (act. 6 S. 15 f. mit Hinweis auf BGE 142 III 481; BGE 142 III 498). Sind beide Eltern erziehungsg geeignet, geht das Bundesgericht davon aus, dass vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen sind, der die Möglichkeit hat und bereit ist, sie in eigener Obhut zu haben und sie weitgehend persönlich zu betreuen (5A_976/2014 vom 30.7.2015 E. 2.3; BGE 142 III 481; BGE 142 III 498). Ausgehend von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung spielt die Möglichkeit, das Kind persönlich zu betreuen, aber hauptsächlich nur dann eine Rolle, wenn spezifische Bedürfnisse des Kindes eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil selbst in den Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde (BGer 5A_241/2018 und 5A_297/2018 vom 18.3.2019 E. 5.1 mit Hinweis auf BGer 5A_384/2018 vom 21.9.2018 E.

4.6.3 und E. 4.7; BGE 144 III 481). Ist das nicht der Fall und sind beide Eltern willens und in der Lage, das Kind bei sich aufzunehmen und persönlich oder im Rahmen eines im Kindeswohl liegenden Betreuungskonzepts für das Kind zu sorgen, kann die für eine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendige Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Bei der Beurteilung der für die Obhut zuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Sachgericht über ein grosses Ermessen (5A_976/2014 vom 30.7.2015 E. 2.3; BGE 142 III 481, E. 2.7 und 2.9; 142 III 498, E. 4.4; BGer, 5A_274/2016 vom 26. August 2016, E. 6; 5A_444/2017 vom

- 12 - 30. August 2017, E. 5.3.2; vgl. dazu ausführlich OGer ZH LY180022 vom 22. August 2018 E. 5.1). 3.3. Vor diesem Hintergrund teilte die Vorinstanz die Obhut über die Tochter C._____ für die Dauer des Scheidungsverfahrens vorläufig dem Berufungsbeklagten zu. Zur Begründung führte sie zusammengefasst aus, beide Elternteile seien nach vorläufiger Einschätzung erziehungsgeeignet. Zwar würden beide Parteien die Erziehungsfähigkeit des jeweils anderen anzweifeln, dennoch bestünden gesamtthaft kaum relevante Anhaltspunkte, die ausreichend begründete Zweifel aufkommen lassen würden. Weder bei einem Verbleib beim Berufungsbeklagten in D._____ noch bei einem Wegzug zusammen mit der Berufungsklägerin nach E._____ drohe eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls. Es sei keine Hauptbezugsperson auszumachen, beide Parteien würden zu arbeiten beabsichtigen und würden einen umsetzbaren Betreuungsplan vorlegen, im Falle der Berufungsklägerin allerdings mit einem etwas stärkeren Akzent auf der persönlichen Betreuung. Hingegen diene ein vorläufiger Verbleib in E._____ [recte: D._____] beim Berufungskläger unter dem gewichtigen Aspekt der örtlichen und familiären Stabilität und Kontinuität am meisten dem Kindeswohl. So verbleibe C._____ in der vertrauten Umgebung des Kindergartens und in dem bereits eingebetteten sozialen Umfeld des Vaters, wogegen Kontakte mit gleichaltrigen Kindern aus dem Freundes- und Bekanntenkreis der Berufungsklägerin keine bekannt seien, verfüge über Freunde in der Nachbarschaft und in der Schule und könne die unbestrittenermassen notwendige logopädische Therapie im gewohnten Umfeld fortführen. Demgegenüber sei die Beziehung der Berufungsklägerin mit dem neuen Partner in E._____ noch frisch und ein Scheitern dieser Beziehung wäre mit einem nicht wünschbaren Hin und Her für C._____ verbunden. Auch seien die Gründe für den Wegzug der Berufungsklägerin nach E._____ nicht zu beachten, weil sie primär im (legitimen und nachvollziehbaren) Interesse der Berufungsklägerin und nicht im Interesse von C._____ liegen würden (act. 6 S. 16 ff.). 3.4. Die Berufungsklägerin bringt dagegen im Wesentlichen vor, der vorinstanzliche Entscheid lasse vollkommen ausser Acht, dass C._____ auch bei der bisherigen gemeinsamen Obhut ihren gesetzlichen Wohnsitz bei ihr gehabt habe, womit

- 13 - sie die primäre Obhutsinhaberin gewesen sei und dem Berufungsbeklagten auch bisher nicht mehr als ein erweitertes Wochenendbesuchsrecht zugekommen sei. Er habe C._____ seit Herbst 2019 am Freitag nicht selber betreut, sondern der schulischen Betreuung übergeben (act. 2 S. 6 und S. 9). Die Feststellung der Vorinstanz, mit ihrem Wegzug nach E._____ sei das bisher gelebte Modell der alternierenden Obhut mit wechselnder Betreuung auf Grund der grossen Distanz zwischen dem Wohnort der Parteien faktisch nicht mehr umsetzbar, sei daher tatsächlich widrig. Der Berufungsbeklagte sei mit einem wöchentlichen Besuchsrecht von Freitagabend nach dem Kindergarten bis zum Sonntagabend nicht wesentlich schlechter gestellt als bisher. Problematisch sei

einzig der Weg, wobei sie sich aber bereit erklärt habe, mindestens den Weg am Sonntagabend zu übernehmen (act. 2 S. 7). Im Rahmen des Eheschutzes habe keine umfassende Abklärung stattgefunden, insbesondere nicht, ob das von den Parteien vorgeschlagene Betreuungskonzept dem Kindeswohl entsprochen habe und praktikabel gewesen sei. Gemeinsame Entscheidungen seien schwierig gewesen und die gemeinsame Betreuungsregelung sei eben gar nicht gelebt worden (act. 2 S. 8 f.). Die tatsächliche Betreuungszeit des Berufungsbeklagten sei nur zwei Tage gewesen, während sie C._____ doppelt so oft, nämlich vier Tage betreut habe. Vor der Trennung sei sie zudem vier Jahre die alleinige Betreuungsperson von C._____ gewesen und es sei gerichtsnotorisch, dass sich ein sechsjähriges Mädchen auf Grund des Alters und Geschlechts eher mit der Mutter identifiziere. Daraus sei zu schliessen, dass sie die Hauptbezugsperson von C._____ sei (act. 2 S. 9). Es sei schlicht nicht glaubhaft, dass der Berufungsbeklagte vor der Trennung einen grossen Teil der Betreuungs- und Erziehungsaufgaben übernommen habe, weil er damals 100 % gearbeitet habe, während sich ihre Anstellung auf 20 % beschränkt habe (act. 2 S. 10). Ferner sei am vorgelegten Betreuungskonzept des Berufungsbeklagten erheblich zu zweifeln, da er bereits in der Vergangenheit ein vereinbartes Konzept nicht eingehalten habe, indem er seine Erwerbstätigkeit nicht reduziert und C._____ am Freitag nicht selber betreut habe (act. 2 S. 10). Während der Berufungsbeklagte bei der Betreuung von C._____ an drei Mittagen und zwei Nachmittagen auf externe Hilfe angewiesen sei, wäre sie auf keine Fremdbetreuung angewiesen, was auch dem bisher gelebten Zustand entspre-

- 14 - chen würde (act. 2 S. 10 f.). Ebenfalls falsch und aktenwidrig seien die Feststellungen der Vorinstanz zur Umgebungsverbundenheit und Freundeskreis von C._____. Aus dem sozialen Umfeld des Berufungsbeklagten gebe es nur einen Jungen, mit welchem C._____ spiele, und der lebe nicht in D._____. Die übrigen Kinder, mit denen C._____ regelmässig spiele und Kontakt habe, seien ihre Nachbarn und nicht diejenigen des Berufungsbeklagten. Der Berufungsbeklagte wohne nach eigenen Angaben nicht in einer kindesgerechten Umgebung. Die Obhutszuteilung an den Berufungsbeklagten bringe auch in D._____ selber eine grundlegende Änderung im Freundes- und Nachbarschaftskreis von C._____ mit sich. Ferner könne die Logopädie-Therapie auch in E._____ fortgesetzt werden, eine Anmeldung sei einfach erst möglich, wenn C._____ auch einwohnerrechtlich in E._____ angemeldet sei. Es könne somit nicht von örtlicher Stabilität und Kontinuität gesprochen werden und auch nicht von familiärer Stabilität, weil sie die Hauptbezugsperson von C._____ sei (act. 2 S. 12 ff.). Schliesslich sei die Hypothese, ihre angeblich noch frische Beziehung könnte scheitern, nicht zu gewichten, zumal sie immerhin ein gemeinsames Kind erwarten würden. C._____ freue sich auf das Brüderchen und habe auch ein gutes Verhältnis zum neuen Partner der Berufungsbeklagten. Mit einem Umzug nach E._____ würde C._____ ein Teil dieser neuen Patchworkfamilie, weshalb der Umzug auch in ihrem Interesse liege (act. 2 S. 15 f.). Schliesslich sei nicht zu erwarten, dass der Berufungsbeklagte den persönlichen Verkehr zwischen der Berufungsbeklagten und C._____ fördere und erleichtere, da er unbestritten schlecht über die Berufungsbeklagte rede (act. 2 S. 16 f.). 3.5. Der Berufungsbeklagte hält diesen Ausführungen zusammengefasst entgegen, dass der Eheschutzrichter die Obhutsverhältnisse im Rahmen der ihm obliegenden Untersuchungspflicht geprüft habe. Sodann möchten die von der Berufungsklägerin vorgetragene Motive für einen Umzug durchaus legitim sein, würden jedoch primär in deren Interessen und nicht im Interesse der Tochter C._____ liegen (act. 11 S. 5 f.). Die Berufungsklägerin sei auch nicht als primäre Obhutsinhaberin

bestimmt worden. Es sei vorliegend irrelevant, dass C._____ ihren zivil- rechtlichen Wohnsitz bei der Berufungsklägerin gehabt habe. Es sei auch nicht zutreffend, dass die Berufungsklägerin die Hauptbezugsperson sei und er bloss

- 15 - ein erweitertes Besuchsrecht ausgeübt habe (act. 11 S. 6 f.). C._____ habe zu beiden Eltern eine gleich enge Bindung (act. 11 S. 16). Würde die schulische Fremdbetreuung mitberücksichtigt, würde sein Betreuungsanteil über demjenigen der Berufungsklägerin liegen. Er habe C._____ von Donnerstagabend bis Sonn- tagabend und neben seinen vier Wochen Ferien unbestritten noch während zwei von vier Ferienwochen der Berufungsklägerin betreut. In seinen drei wöchentli- chen Betreuungstagen sei C._____ nur am Freitag schulisch betreut gewesen. Die Berufungsklägerin habe C._____ von Montag bis Donnerstag betreut, wobei C._____ an sämtlichen Vormittagen im Kindergarten gewesen sei. In der Vergan- genheit habe er das Arbeitspensum nicht reduzieren müssen, weil er flexibel und am Freitag von zuhause aus arbeiten können, so dass er C._____ auch am Freitag vor Schulbeginn und nach Schulschluss um 15.20 Uhr habe persönlich betreuen können. Eine Reduktion des Arbeitspensums sei auch nie Thema gewe- sen und es hätten sich die Parteien damals gar nicht leisten können. Er habe seit der Geburt von C._____ einen grossen Betreuungs- und Erziehungsanteil geleis- tet. Die Berufungsklägerin habe seit anfangs 2018 jeweils am Freitag, Samstag und Sonntag gearbeitet. Während dieser Zeit habe er die Betreuung übernom- men. Weiter habe hauptsächlich er sich um behördliche Belange gekümmert und sich mit den Lehrpersonen oder der Krippe abgesprochen (act. 11 S. 7 ff.). Sein Betreuungskonzept für die alleinige Obhut sei altersgerecht und stehe mit dem Kindeswohl im Einklang. Es werde seit August umgesetzt und funktioniere gut. Am Montagnachmittag bringe er C._____ zu den Nachbarskindern am vormaligen Wohnort der Berufungsklägerin bzw. in unmittelbarer Nachbarschaft, zumal der vormalige Wohnort der Berufungsklägerin nur 190 Meter von seinem Wohnort entfernt sei, und den Mittwochnachmittag verbringe sie mit ihren Kindergarten- freundinnen (act. 11 S. 11 f. und S. 15). Er arbeite entsprechend dem Betreu- ungsplan mit einem reduzierten Pensum, im August noch mit 90 % und ab Sep- tember dann mit 80 % (act. 11 S. 12). Die Berufungsklägerin sei wohl weniger oft auf Fremdbetreuung angewiesen, eine solche werde aber auch erforderlich sein, wenn sie nach dem Schulstufenmodell zu verpflichten sei, ihr Pensum auf 50 % aufzustocken (act. 11 S. 12). Sodann bestünden keine Kontakte von C._____ zu gleichaltrigen Kindern aus dem Freundes- und Bekanntenkreis der Berufungsklä-

- 16 - gerin. Bei einem Wegzug nach E._____ würde C._____ ihren gesamten Freun- deskreis verlieren, das sei gerade bei ihr nicht zu verantworten, weil sie immer noch grosse Mühe habe, soziale Kontakte zu knüpfen (act. 11 S. 13). Auch sei die Möglichkeit des Scheiterns der neuen Beziehung der Berufungsklägerin sehr wohl in die Abwägung miteinzubeziehen, zumal die Berufungsklägerin und ihr Lebens- partner erst seit dem 1. August 2020 zusammen leben würden und die Beziehung noch nicht als stabil bezeichnet werden könne. Er habe von dessen Ex-Partnerin zudem erfahren, dass dieser seit 20 Jahren Drogen konsumiere, dafür auch ver- urteilt worden sei und eine dreijährige Bewährung kassiert habe, weshalb dem Umfeld der Berufungsklägerin und ihrem Lebenspartner keine günstige Prognose gestellt werden könne (act. 11 S. 16 ff.). Im Gegensatz dazu sei sein Umfeld stabil und intakt (act. 11 S. 16 f.). Er besuche mit C._____ die befreundete Familie F._____ mit ihrem gleichaltrigen Sohn G._____ in H._____, wobei C._____ und G._____ wie Schwester und Bruder seien. Zudem lebe seine Schwägerin mit ih- rem Sohn I._____

ebenfalls in D._____. Seine Schwägerin habe C._____ schon diverse Male gehütet und C._____ fühle sich in ihrer Umgebung wohl (act. 11 S. 14). Die Wohnsituation beim Berufungsbeklagten sei durchaus kindsgerecht, es gäbe nur keinen Spielplatz und das Haus befinde sich an der Hauptstrasse, weshalb er an einen kindgerechteren Ort in D._____ ziehen wolle (act. 11 S. 14). 3.6. In den Noveneingaben vom 23. September 2020 erhebt der Berufungsbe- klagte schliesslich weitere Vorwürfe gegen den neuen Lebenspartner der Beru- fungsklägerin (act. 19) und die Berufungsklägerin bestreitet wiederum, dass ihr Lebenspartner eine Vorstrafe wegen Drogendelikten habe (act. 21). 4. 4.1. Zunächst ist festzuhalten, dass die alternierende Obhut grundsätzlich nur dann in Frage kommt, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind (BGE 142 III 613 E. 4.3; BGer 5A_991/2015 vom 29.9.2016; BGer 5A_904/2015 vom 29.9.2016). Zudem wurde die vorliegend zu beurteilende Abänderung der bisherigen Betreu- ungsregelung der alternierenden Obhut nicht durch eine Änderung in der Erzie- hungsfähigkeit einer Partei veranlasst. Daher geht die Vorinstanz zu Recht einst- weilen weiterhin von der Erziehungsfähigkeit beider Parteien aus, auch weil die

- 17 - von den Parteien gegenseitig erhobenen Vorwürfe keine begründeten Zweifel da- ran aufkommen zu lassen vermögen. Da beide Parteien die Feststellung der Vor- instanz zum Vorliegen der Erziehungsfähigkeit der Parteien im Berufungsverfah- ren nicht oder zumindest nicht eingehend begründet in Frage stellen und lediglich die gegenseitigen Vorwürfe wiederholen, die sie bereits bei der Vorinstanz vorge- bracht haben (vgl. act. 2 S. 17 und act. 11 S. 20 f.), ist an dieser Stelle auch nicht weiter darauf einzugehen. 4.2. Sodann ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die tatsächlichen Umstände nicht darauf schliessen lassen, dass eine der Parteien für C._____ die Hauptbe- zugsperson wäre. Erstens kennt das Institut der alternierenden Obhut keine pri- märe Obhut, wie es die Berufungsklägerin geltend macht. Grundgedanke der al- ternierenden Obhut ist gerade, dass das Kind nach der Trennung weiterhin von beiden Eltern als Hauptbezugspersonen begleitet wird, und setzt ihre Anordnung denn auch voraus, dass bereits eine Bindung des Kindes zu beiden Elternteilen besteht (FamKomm Scheidung-BÜCHLER/CLAUSEN, 3. Aufl. 2017, Art. 298 N 5 und N 7). Etwas anderes ist auch nicht daraus zu schliessen, dass der zivilrechtliche Wohnsitz von C._____ im Rahmen der alternierenden Obhut bei der Berufungs- klägerin festgelegt war. Der Wohnsitz richtet sich diesfalls nicht nach der Person, sondern nach dem Ort, zu dem das Kind die engsten Beziehungen aufweist (Fa- mKomm Scheidung-BÜCHLER/CLAUSEN, 3. Aufl. 2017, Art. 298 N 12). Das war im Zeitpunkt des Eheschutzentscheides bei der Berufungsklägerin, zumal die Beru- fungsklägerin in der ehelichen Wohnung verblieb und der Berufungsbeklagte aus- zog (vgl. act. 7/6/17 Dispo-Ziff. 3/1). Zweitens lässt sich auch aus der tatsächli- chen Betreuungszeit der Parteien nichts anderes ableiten und insbesondere greift die Argumentation der Berufungsklägerin, seit Eintritt von C._____ in den Kinder- garten sei das Modell der alternierenden Obhut nicht mehr gelebt worden, weil der Berufungsbeklagte 100 % gearbeitet habe und C._____ freitags schulisch fremdbetreut gewesen sei, womit der Berufungsbeklagte nur ein erweitertes Wo- chenendbesuchsrecht gehabt habe (act. 2 S. 9), von vornherein zu kurz. Zum ei- nen steht der alternierenden Obhut grundsätzlich nicht entgegen, wenn die Eltern einer Arbeit nachgehen und ein Kind in dieser Zeit fremdbetreut wird, weil von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen ist (vgl. E. 3.2. vor-

- 18 - stehend). Auch muss die Betreuung nicht genau hälftig geteilt werden (vgl. FamKomm Scheidung-VETTERLI, 3. Aufl. 2017, Art. 176 N 1). Zum anderen lebte C._____ unbestrittenermassen entsprechend der eheschutzrichterlichen Regelung jeweils von Donnerstagabend bis Sonntagabend beim Berufungsbeklagten und von Sonntagabend bis Donnerstagabend bei der Berufungsklägerin. Dabei ist im üblichen Rahmen nicht detailliert aufzurechnen, wie viel Zeit das Kind und der betreuende Elternteil tatsächlich miteinander verbringen. Würde die Zeit, welche das Kind fremdbetreut wird, von der Betreuungszeit abgezogen werden, müssten konsequenterweise auch Abwesenheiten auf Grund von schulischen und regelmässigen ausserschulischen Aktivitäten (wie beispielsweise Sport, Spielverabredungen etc.) berücksichtigt werden. Und der Berufungsbeklagte führt zu Recht an, dass diesfalls auch auf Seiten der Berufungsklägerin die Kindergartenzeit in Abzug gebracht werden müsste. Abgesehen davon betreute der Berufungsbeklagte die Tochter am Freitag nur in der Zeit ab Schulbeginn bis 15.20 nicht selber, vorher und nachher aber schon (act. 11 S. 8). Ebenfalls wurden die Ferien hälftig geteilt. Die Berufungsklägerin bestreitet beides nicht. Von einem Wochenendbesuchsrecht kann daher keine Rede sein. Dass der Berufungsbeklagte im September 2019 auch während zweier Wochen der Ferienzeit der Berufungsklägerin C._____ in seinem üblichen Rahmen betreute (act. 11 S. 7), ist im Übrigen als Ausnahme zu betrachten und damit nicht ausschlaggebend. Drittens bleibt die Betreuungssituation vor der eheschutzrichterlichen Trennung der Parteien hier ohne Belang, nachdem diese bereits bei der Anordnung der alternierenden Obhut zu berücksichtigen war (BGer 5A_72/2016 vom 2.11.2016 E. 3.3; BGE 142 III 612 E. 4.3; KUKO ZGB-FANKHAUSER, 2. Aufl. 2018, Art. 176 N 4; KUKO ZGB-CANTIENI/VETTERLI, 2. Aufl. 2018, Art. 298 N 12; FamKomm Scheidung-BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 298 N 8). Soweit die Berufungsbeklagte im Übrigen moniert, der Eheschutzrichter habe bei der Anordnung der alternierenden Obhut die tatsächliche Situation nicht geprüft oder zu wenig abgeklärt und bloss das von den Parteien vorgeschlagene Betreuungsmodell zum Urteil erhoben (act. 2 S. 5 und S. 7 f.), hätte ihr damals ein Rechtsmittel gegen diesen Entscheid zur Verfügung gestanden.

- 19 - 4.3. Die Vorinstanz hielt im Zusammenhang mit den Möglichkeiten der Parteien, C._____ weitestgehend selbst zu betreuen, sodann fest, dass die Berufungsklägerin insgesamt nicht oder weniger oft auf Fremdbetreuung angewiesen wäre, was tendenziell für eine Zuteilung der Obhut an sie sprechen würde. Wie bereits ausgeführt, ist indes von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (vgl. E. 3.2. vorstehend). Dass der Berufungsbeklagte C._____ an den zwei Tagen mit Fremdbetreuung in den Randstunden nicht selber betreut oder bei C._____ spezifische Bedürfnisse vorliegen, die eine persönliche Betreuung erfordern würden, wird von den Parteien weder behauptet noch sind Anhaltspunkte dafür ersichtlich. Zudem erscheint das vom Berufungsbeklagten bei der Vorinstanz vorgelegte Betreuungskonzept altersgerecht und mit dem Kindeswohl vereinbar. Das hat bereits die Vorinstanz zutreffend erkannt. Die von der Berufungsklägerin aufgeworfenen Zweifel am Betreuungskonzept des Berufungsbeklagten erweisen sich als unberechtigt. Der Berufungsbeklagte hat das Betreuungskonzept mittlerweile umgesetzt und sein Arbeitspensum nachweislich ab 1. August 2020 auf 90 % und ab 1. September 2020 auf 80 % reduziert (act. 12/1). 4.4. Vor diesem Hintergrund prüfte die Vorinstanz schliesslich zu Recht die Kriterien der örtlichen und familiären Stabilität und der Kontinuität und bezeichnete dieses Kriterium als ausschlaggebend. Die Berufungsklägerin bestreitet nicht, dass C._____ Kontakt zu einem Jungen aus dem sozialen Umfeld des Berufungsbeklagten pflegt. Dass dieser Junge bzw. seine Familie

(Familie F._____) nicht in D._____, sondern in H._____ lebt, schadet entgegen der Ansicht der Berufungsklägerin aber nicht. Denn H._____ ist bekanntermassen nur wenige Autominuten von D._____ entfernt. Nach unbestritten gebliebenen Angaben des Berufungsbeklagten wohnt zudem seine Schwägerin mit deren Sohn ebenfalls in D._____, wobei auch hier offenbar ein Kontakt besteht (act. 11 S. 14). Damit ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass C._____ im sozialen Umfeld des Berufungsbeklagten eingebettet ist; dies jedenfalls mehr als es bei der Berufungsklägerin der Fall ist. Auch im Berufungsverfahren vermag die Berufungsklägerin keinen entsprechenden Kontakt aus ihrem sozialen Umfeld aufzuzeigen. Die Berufungsklägerin beschränkt sich auf die Darstellung ihrer nachbarschaftlichen Kontakte in

- 20 - D._____. Dass diese Kontakte auch nach ihrem Wegzug nach E._____ Bestand hätten, behauptet die Berufungsklägerin nicht. Auch legt die Berufungsklägerin nicht dar, dass C._____ abgesehen vom Kontakt zum Lebenspartner der Berufungsklägerin in E._____ in ein bereits bestehendes, ihr bekanntes soziales Umfeld käme. Demgegenüber ist mit dem Berufungsbeklagten davon auszugehen, dass C._____ den Kontakt zu den von der Berufungsklägerin erwähnten Nachbarn bei einem Verbleib in D._____ weiterhin pflegen kann, auch wenn sie nicht mehr an der J._____ -strasse ..., sondern beim Berufungsbeklagten an der K._____ -strasse ... lebt, zumal dazwischen keine grosse Distanz besteht (gemäss Angaben von Google Maps sind es ca. 190 Meter). Ohnehin ist D._____ mit einer Einwohnerzahl von etwas über 2'000 eine überschaubare Gemeinde (Quelle: https://de.wikipedia.org/wiki/D._____). Eine Obhutszuteilung an den in der nahen Umgebung des bisherigen Wohnsitzes der Berufungsklägerin wohnhaften Berufungsbeklagten bedeutet für C._____ im Gegensatz zu einem Wegzug nach E._____ also keine Änderung im Nachbarschafts- und Freundeskreis. Auch wird C._____ weiterhin den gleichen (und in D._____ einzigen; vgl. www.D._____ .ch) Kindergarten besuchen und mit der bisherigen Logopädin zusammenarbeiten, was ferner eine örtliche Stabilität und Kontinuität bedeutet. Inwiefern die Wohnung des Berufungsbeklagten im Übrigen nicht kindgerecht sein soll, führt die Berufungsklägerin nicht aus. Darüber hinaus hat C._____ ja bereits bisher von Donnerstagabend bis Sonntagabend dort gelebt. Sodann ist für die familiäre Stabilität von C._____ wichtig, dass es nicht zu gravierenden Veränderungen kommt. Aus diesem Grund ist das familiäre Umfeld, welches die Parteien C._____ zu bieten, zu berücksichtigen. Dabei ist nicht zu unterscheiden, ob ein Elternteil in einer Beziehung oder alleine lebt. Während der Berufungsbeklagte alleine lebt und es keine Hinweise darauf gibt, dass sich in absehbarer Zukunft daran etwas ändert, lebt die Berufungsklägerin erst seit mittlerweile etwas über einem Jahr in einer neuen Beziehung. Der Umstand, dass die Berufungsklägerin und ihr neuer Lebenspartner ein gemeinsames Kind erwarten, untermauert zwar die Ernsthaftigkeit der Beziehung. Alleine deshalb gilt sie aber dennoch nicht als stabil und erprobt. Im Gegenteil wird das Kind voraussichtlich erst Ende mm. geboren und haben die Berufungsklägerin und ihr neuer Lebenspartner bisher auch nicht zusammen ge-

- 21 - wohnt. Nach den Angaben der Berufungsklägerin werden sie erst per 1. Oktober 2020 zusammen in eine gemeinsame Wohnung in E._____ ziehen (act. 2 S. 3). Offenbar erfolgte der Umzug aber bereits per Mietbeginn am 1. August 2020 (act. 5/27 S. 5, act. 5/28/37, act. 11 S. 4). Die familiäre Situation der Berufungsklägerin ist aktuell also durch Veränderungen geprägt. Daher ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass im heutigen Zeitpunkt die familiären Verhältnisse des Berufungsbeklagten jedenfalls stabiler

erscheinen, als diejenigen der Berufungsklägerin. Mithin erübrigt sich an dieser Stelle eine Auseinandersetzung mit den Vorwürfen, die der Berufungsbeklagte gegen den Lebenspartner der Berufungsklägerin erhebt. Auch deshalb, weil die Vorinstanz zu Recht darauf hinwies, dass es sich angesichts des unmittelbar bevorstehenden (bzw. mittlerweile erfolgten) Umzugs der Berufungsklägerin und der damit einhergehenden Dringlichkeit der Obhutszuteilung um eine vorläufige Regelung handle, und eine vertiefte Abklärung zum Betreuungsumfeld, namentlich eine Umfeldabklärung durch das Jugendsekretariat und eine Kinderbefragung von C._____ durch eine spezialisierte Institution, im Rahmen des weiteren Verlaufs des Scheidungsverfahrens bereits in Aussicht gestellt hat (act. 6 S. 23 f.).

4.5. Unter Berücksichtigung dieser Erwägungen erscheint die Zuteilung der Obhut über die Tochter C._____ an den Berufungsbeklagten unter den gegebenen Umständen mit guten Gründen vertretbar. Der Entscheid der Vorinstanz erweist sich daher nicht als unangemessen, weshalb im Rahmen der gebotenen Zurückhaltung bei Ermessensentscheiden der Vorinstanz (vgl. E. 2.2. vorstehend) nicht einzugreifen ist. Da die Berufungsklägerin für diesen Fall keine Eventualanträge betreffend die vorinstanzlichen Anordnungen zur Besuchs- und Unterhaltsregelung stellt, erübrigt sich eine diesbezügliche Auseinandersetzung. Insbesondere drängt sich auch in Anwendung der Offizialmaxime keine Überprüfung auf. Die Berufung ist abzuweisen. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache wird der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung hinfällig.

5. 5.1. Mit der Berufung gegen die Obhutszuteilung durch die Vorinstanz rügt die Berufungsklägerin gleichzeitig sinngemäss eine Rechtsverzögerung. Sie bean-

- 22 - standet, dass die Vorinstanz mit dem angefochtenen Entscheid nicht vorab über ihr Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Scheidungsverfahren entschieden hat (act. 2 S. 20).

5.2. Der verfassungsmässige Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) umfasst das Recht der gesuchstellenden Person, dass die Erfolgsaussichten ihrer Rechtsbegehren umgehend nach Einreichung des Gesuchs und auf Grundlage der in diesem Zeitpunkt gegebenen Rechts-, Sach- und Aktenlage vorläufig und zum Voraus (ex ante) beurteilt werden (vgl. statt vieler etwa BGE 138 III 217 E. 2.2.4; BGE 133 III 614 E. 5; BGE 131 I 113 E. 3.7.3; BGE 129 I 129 E. 2.3.1; BGE 125 II 265 E. 4b; BGE 124 I 304; BGE 122 I 5 E. 4a; ZR 2010 Nr. 72 E. II.5.; ZR 2007 Nr. 21 E. 5c/bb; ZR 1997 Nr. 50 sowie BK ZPO-BÜHLER, 2012, Art. 117 N 253 mit weiteren Hinweisen auf die entsprechende Lehre). Ausnahmen vom Grundsatz, dass über ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege umgehend nach seiner Einreichung zu entscheiden ist, sind aber zulässig, wenn das Zuwarten mit dem Entscheid nicht gegen das Fairnessgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) verstösst, weil nach der zusammen mit dem Gesuch eingereichten Rechtsvorkehr keine weiteren Verfahrensschritte mehr erforderlich sind, mithin etwa gestützt auf einen einfachen Schriftenwechsel zu entscheiden ist. Anders sieht es aus, wenn durch die gesuchstellende Partei weitere, in erheblichem Mass Kosten, insbesondere Anwaltskosten, verursachende Schritte unternommen werden müssen; diesfalls ist das Zuwarten mit dem Entscheid unzulässig (vgl. etwa BÜHLER, a.a.O., Art. 119 N 55 f.).

5.3. Daraus folgt, dass die Vorinstanz nicht gehalten war, vor ihrem Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen über das Gesuch der Berufungsklägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung zu entscheiden, weil der Berufungsklägerin mit dem angefochtenen Entscheid weder Kosten auferlegt worden sind, noch ihr Rechtsvertreter zu weiteren Schritten veranlasst wurde. Die Berufung ist auch diesbezüglich abzuweisen.

- 23 - 6. 6.1. Damit bleiben die Gesuche der Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu beurteilen. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung seines Grundbedarfs braucht, wobei verlangt wird, dass die gesuchstellende Person sämtliche eigenen Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses ausschöpft, so etwa Bargeld, die eigene Arbeitskraft oder einen Kredit, den sie aufgrund ihrer Vermögenslage erwarten darf (ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 117 N 4; BGer 4D_30/2009 vom 01.07.2009 E. 5.1; BGE 128 I 225 E. 2.5.1). Die Bedürftigkeit ist zu verneinen, wenn der verbleibende Überschuss es ermöglicht, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres und in anderen Fällen innert zwei Jahren zu tilgen (ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 12; BGE 135 I 221 E. 5.1). 6.2. Die Vorinstanz stellte in der angefochtenen Verfügung vom 31. Juli 2020 im Rahmen der Regelung von Unterhaltsansprüchen für die Dauer des Scheidungsverfahrens die finanzielle Situation der Parteien dar (act. 6 S. 25 ff.). Die Berufungsklägerin gibt in ihrer Berufungsschrift zwar etwas andere Zahlen an (act. 2 S. 20 ff.), begründet die Abweichung von den durch die Vorinstanz ermittelten Zahlen aber nicht. Auch der Berufungsbeklagte bestreitet diese Zahlen nicht, macht indes zusätzlich einen Betrag von Fr. 300.-- für die Schuldentilgung geltend (act. 11 S. 23). 6.3. Für die Beurteilung der Bedürftigkeit der Parteien im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege kann grundsätzlich auf die von der Vorinstanz ermittelten Zahlen abgestellt werden. Eine Abweichung von der vorinstanzlichen Berechnung ergibt sich indes in folgenden Punkten: Einerseits ist bei der Berufungsklägerin nicht von einem hypothetischen Einkommen auszugehen. Da auf Grund des Effektivitätsgrundsatzes nur Einkünfte und Vermögenswerte in die Berechnung der Bedürftigkeit einbezogen werden dürfen, die effektiv vorhanden und verfügbar

- 24 - sind (ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 5 und N 6), ist gestützt auf den von der Berufungsklägerin vorgelegten Arbeitsvertrag vom 30. Juni 2020 mit einem Stundenlohn von Fr. 25.50 und einem Arbeitspensum von 40 % (act. 5/37/4) von einem durchschnittlichen Monatseinkommen von rund Fr. 1'800.-- auszugehen. Zudem belegt der Berufungsbeklagte die tatsächliche Abzahlung von Steuerschulden (act. 5/29 S. 21 f., act. 5/25-32 und act. 12/5), weshalb nach dem Effektivitätsgrundsatz auch die geltend gemachten Fr. 300.-- in seinem Bedarf zu berücksichtigen sind. Auf der anderen Seite ist für den massgeblichen erweiterten Existenzbedarf (sog. prozessualer Notbedarf) auf den Grundbetrag ein Zuschlag von 15 % bis 30 % zu gewähren und es sind unter Umständen auch die Kosten für die Krankenzusatzversicherung zu berücksichtigen (BK ZPO-BÜHLER, Bern 2013, Art. 117 N 175 und N 200; LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 117 N 49 und N 56; ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 10; BGer 5P.295/2005 vom 4. Oktober 2005, E. 2.3.2). 6.4. Im Ergebnis ist festzustellen, dass die Parteien über keinen bzw. keinen namhaften Freibetrag verfügen. Ferner kann in Status- und Ehesachen in der Regel nicht von Aussichtslosigkeit die Rede sein und die Parteien vertreten im Berufungsverfahren keine von vornherein aussichtslosen Standpunkte. Beiden Parteien ist daher für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Der Berufungsklägerin ist in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ und dem Berufungsbeklagten ist in der Person von lic. iur. Y. _____ je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Beide Parteien sind auf ihre Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen, die greift sobald sie dazu in der Lage sind. 7. 7.1. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der

unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss wird die Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. 7.2. Die Prozesskosten für das Berufungsverfahren setzen sich aus den Gerichtskosten (Entscheidgebühr) und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95

- 25 - Abs. 1 ZPO). Grundlage der Gebührenfestsetzung im Zivilprozess bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Ausgangspunkt der Kostenberechnung für das Berufungsverfahren ist § 12 GebV OG, wonach die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen wird. Scheidungsverfahren sind grundsätzlich nicht vermögensrechtlicher Natur (PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Art. 91 N 28; KURT BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 308 N 29). Somit trägt die Grundgebühr gemäss § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG in der Regel Fr. 300.-- bis Fr. 13'000.--. Vorliegend rechtfertigt es sich, die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'000.-- festzusetzen. Sie ist der Berufungsklägerin aufzuerlegen und zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 122 Abs. 1 lit. c ZPO). 7.3. Ferner hat die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Parteientschädigung ist nach Massgabe von § 13 i.V.m. § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 1'000.-- zzgl. 7.7 % MwSt (Fr. 77.--) festzusetzen. Weil der Berufungsbeklagte unentgeltlich prozessiert, ist die ihm zustehende Entschädigung praxisgemäss direkt seinem Vertreter zuzusprechen (vgl. OGer ZH PF110018 vom 01.07.2011). Nach Vorlage der Aufstellung seiner Bemühungen wird der unentgeltliche Rechtsbeistand der Berufungsklägerin für seine Bemühungen im Berufungsverfahren mit separatem Beschluss zu entschädigen sein. Es wird beschlossen:

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