

# ZH\_OBERGERICHT LZ210029 vom 21. Februar 2022

ZH Obergericht, 2022-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ210029](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ210029)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ210029 du 21 février 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ210029 del 21 febbraio 2022

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Kläger) sowie die Beklagte und Berufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) sind die unverheirateten Eltern der am 11.01.2019 geborenen Verfahrensbeteiligten (Urk. 2/1–2).

#### E. 1.1

Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Beklagten als unterliegende Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

#### E. 1.2

Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), dem Kläger mangels eines entsprechenden Antrags (siehe Urk. 142 S. 1). 2. Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege Die Beklagte beantragt für das Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin (Urk. 135 S. 2). Diese Anträge sind jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (siehe E. II.) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 25. Oktober 2021 wird bestätigt.

- 29 - 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt. 4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, zur Kenntnis an die Beistände der Verfahrensbeteiligten (J.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_, ... [Adresse]), ins Verfahren LZ210030-O sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Die vorinstanzlichen Akten gehen nach Ablauf der Rechtsmittelfrist ins Verfahren LZ210030-O. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98

BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 21. Februar 2022 Obergericht des Kantons Zürich I.  
Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: Dr. Chr. Arnold versandt am: st

### **E. 1.3**

Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Offizialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien zudem im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; BGE 147 III 301 E. 2.2).  
2. Vorsorgliche Massnahmen

### **E. 2**

Mit Eingabe vom 2. Mai 2020 machte der Kläger das vorliegende Verfahren bei der Vorinstanz anhängig, nachdem sich die Parteien vor der KESB D.\_\_\_\_\_ bzw. vor dem Amt für Jugend und Berufsberatung / Regionalen Rechtsdienst nicht einigen können (Urk. 1; Urk. 4). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 136 S. 4 f.). Mit Urteil vom 25. Oktober 2021 schloss die Vorinstanz das Verfahren ab und ordnete mit Verfügung gleichen Tages einige Urteilsdispositiv-Ziffern auch als vorsorgliche Massnahmen an (Urk. 126 S. 35 ff. = Urk. 136 S. 35 ff.).

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog, dass C.\_\_\_\_\_ den Kläger kenne und bereits bei ihm übernachtete. Eine Gewöhnung wie bei einem längeren Kontaktabbruch sei nicht notwendig. Es gebe keinen vernünftigen Grund, mit der Ausübung der alternierenden Betreuung nicht sofort zu beginnen. Ein Zuwarten, bis der Rechtsmittelweg ausgeschöpft sei, stehe nicht im Einklang mit dem Kindeswohl. Zudem werde der Kläger sein aktuelles Pensum voraussichtlich jederzeit auf 80 % reduzieren können, weshalb sich eine Anpassungsfrist ebenfalls erübrige. Für den Fall, dass der Kläger die einmonatige Kündigungsfrist einzuhalten hätte, könnte er die ihm angebotene Unterstützung seiner Mutter in Anspruch nehmen. Daher und auch weil der Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen [vom 7. August 2020] lediglich eine Regelung für die letztjährigen Weihnachten beinhalte, rechtfertige es sich, antragsgemäss die gesamte Betreuungsregelung und damit einhergehend die alternierende Obhut als vorsorgliche Massnahmen mit dem Entscheid sofort anzuordnen (Urk. 136 S. 18).

#### **E. 2.2**

Umgehung von Art. 315 Abs. 3 ZPO

##### **E. 2.2.1**

Die Beklagte rügt, die Zuteilung der Obhut sei ein Gestaltungsurteil. Bei diesen könne die Vorinstanz die aufschiebende Wirkung nicht entziehen. Daher habe die Vorinstanz die entsprechenden Urteilsziffern als vorsorgliche Massnahmen sofort vollstreckbar erklärt, um so Art. 315 Abs. 3 ZPO zu umgehen. Der Gesetzgeber habe solche Konstellationen allerdings mit eben dieser Vorschrift verhindern wollen (Urk. 135 S. 3 f.).

### **E. 2.2.2**

Vorsorgliche Massnahmen gelten bis zur Rechtskraft des Entscheides in der Hauptsache (Art. 268 Abs. 2 ZPO). Die Berufung gegen einen Gestaltungsentscheid wirkt aufschiebend (Art. 315 Abs. 1 und 3 ZPO). Dies bedeutet, dass vorsorgliche Massnahmen, die vor dem Entscheid in der Hauptsache erlassen werden, auch während des Berufungsverfahrens gelten. Dasselbe gilt bei vorsorglichen Massnahmen, die zusammen mit dem erstinstanzlichen Entscheid in der Hauptsache ergehen. Eine Umgehung von Art. 315 Abs. 3 ZPO ist darin nicht zu erblicken, solange die Voraussetzungen von Art. 261 ZPO erfüllt sind.

### **E. 2.3**

Notwendigkeit vorsorglicher Massnahmen

#### **E. 2.3.1**

Die Beklagte wendet ein, es schade C. \_\_\_\_\_ nicht, wenn eine allfällige alternierende Obhut erst in ein paar Monaten beginne. Allerdings sei es nicht im Kindeswohl, wenn sie nun nullkommaplötzlich ihre gewohnte Umgebung verlassen müsse und in ein Betreuungsumfeld gesteckt werde, welches noch nicht habe aufgegleist werden können. So sei nicht mit Belegen erwiesen, dass der Kläger sofort 80 % arbeiten könne. Zudem sei nicht geklärt und nicht aktenkundig, dass die Mutter des Klägers C. \_\_\_\_\_ sofort betreuen könne (Urk. 135 S. 9). Vorsorgliche Massnahmen seien zu verfügen, wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil drohe. Die Vorinstanz begründe dies mit der fehlenden Regelung des Besuchsrechts in den Weihnachtsferien. Die Feiertage würden dieses Jahr [2021] auf das Weihnachtswochenende vom Samstag, 25., bis Sonntag, 26. Dezember 2021, fallen, an welchem dem Vater ein ordentliches Betreuungswochenende zustehe. Daher begründe dieser Punkt keine Notwendigkeit einer vorsorglichen Massnahme (Urk. 135 S. 10).

#### **E. 2.3.2**

Das Gericht trifft die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt ist oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die vorsorglichen Massnahmen Kinderbelange betreffen. In Scheidungs- und Eheschutzverfahren kommt dem Kriterium des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils indessen nur geringe Bedeutung zu, weil mögliche Konfliktpunkte zwischen den Parteien sofort durch eine "Friedensord-

- 16 - nung" beseitigt werden sollen; insofern genügt es zu prüfen, ob das Anliegen der gesuchstellenden Partei berechtigt ist (OGer BE ZK 12 377 HOH vom 30.08.2012, in: FamPra.ch 2013, S. 211 ff., E. III.5.; OGer ZH LE140025 vom 25.08.2014, E. 4.2.). Die Ausgangslage ist bei Klagen betreffend Unterhalt und anderen Kinderbelangen dieselbe. Zudem ist ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil in der Regel anzunehmen, wenn es um Kinderalimente im Rahmen vorsorglicher Massnahmen (Art. 303 Abs. 1 ZPO) geht (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 303 N 10; ZK ZPO-Schweighauser, Art. 303 N 15; BSK ZPO- Moret/Steck, Art. 303 N 18). Es leuchtet nicht ein, weshalb es bei den übrigen Kinderbelangen anders sein sollte. Vor diesem Hintergrund ist auch bei letzteren

ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil grundsätzlich zu bejahen.

### **E. 2.3.3**

Es ist nicht ersichtlich, weshalb es C.\_\_\_\_\_ schaden sollte, wenn eine allfällige alternierende Obhut sofort beginnt, nicht aber, wenn dies erst in ein paar Monaten der Fall ist. In beiden Fällen kommt es zu einer Veränderung der Betreuungssituation. Der Kläger betreute C.\_\_\_\_\_ seit dem 1. Januar 2021 mehrmals pro Woche, teilweise auch mit Übernachtung (E. II.3.4.). C.\_\_\_\_\_ muss somit nicht "nullkommaplötzlich ihre gewohnte Umgebung verlassen". Soweit die Beklagte einwendet, es sei nicht aktenkundig, dass die Mutter des Klägers C.\_\_\_\_\_ sofort betreuen könne, ist nicht der strikte Beweis erforderlich; Glaubhaftmachung genügt (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Gestützt auf das Schreiben vom

### **E. 3**

Mit Eingabe vom 15. November 2021 erhob die Beklagte innert Frist (siehe Urk. 128) Berufung gegen die Verfügung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 135). Mit Verfügung vom 25. November 2021 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um sich zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu äussern (Urk. 140). Die Stellungnahme datiert vom 3. Dezember 2021 (Urk. 142). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2021 wurde der Antrag um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde (Urk. 145 S. 11).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, die Parteien hätten übereinstimmend angegeben, dass in Bezug auf die Kommunikation und Kooperation zwar Defizite bestünden; seit Juli 2021 habe sich die angespannte Situation aber etwas verbessert. So hätten sie sich unter anderem über die Zehenfehlstellung von C.\_\_\_\_\_

- 17 - ausgetauscht. Diese erfreuliche und positive Entwicklung zeige, dass die Eltern grundsätzlich die Kompetenz und die Bereitschaft hätten, zu kommunizieren und kooperieren (Urk. 136 S. 10). Die von den Parteien ins Feld geführten Meinungsverschiedenheiten in Bezug auf die Beaufsichtigung von C.\_\_\_\_\_ auf dem Spielplatz kämen in vielen Paarbeziehungen vor. Sodann schein die Beklagte – im Gegensatz zum Kläger – eine tiefere Bereitschaft zu haben, eine bessere Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit zu erarbeiten, die eigenen Defizite zu reflektieren und gegebenenfalls Anpassungen im Verhalten vorzunehmen. Dies zeige sich insbesondere auch darin, dass sich die Beklagte nach wie vor weigere, mit dem Kläger – wie von diesem beantragt – eine Mediation zu besuchen mit der Begründung, es sei eine Zeitverschwendung, die Sache werde sich aufgrund ihres Alters von "alleine kehren" und sie mit dem Kläger nie eine Beziehung führen werde. Es genüge, sich lediglich auszutauschen, wenn C.\_\_\_\_\_ verletzt sei oder etwas habe. Alles andere interessiere sie nicht (Urk. 136 S. 11). Demgegenüber stehe der Kläger zu seinen Fehlern. Allerdings bestehe im Hinblick auf das von der Beklagten geschilderte impulsive Auftreten des Klägers durchaus Verbesserungsbedarf. Negative sowie verletzende Äusserungen seien für weitere Fortschritte in der Kommunikation und Kooperation ebenfalls wenig zielführend (Urk. 136 S. 11 f.). Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte in ihrer Duplik begleitete Besuche von ein paar wenigen Stunden beantrage, obwohl sie über keine neuen Konflikte oder Vorkommnisse berichtet habe. Die Beklagte schein den Umstand auszublenden, dass C.\_\_\_\_\_ seit über einem Jahr ohne Schwierigkeiten beim Kläger übernachtete bzw. von diesem betreut werde. Zudem kommunizierten und kooperierten die

Eltern nicht nur in Bezug auf das Wochen- endbesuchsrecht, sondern auch darüber hinaus, habe doch die Beklagte dem Kläger C.\_\_\_\_\_ beispielsweise vom 23.–27. März 2021 zur Betreuung übergeben. Das Verhältnis der Eltern von C.\_\_\_\_\_ sei folglich nicht von einer Feindseligkeit gezeichnet, die C.\_\_\_\_\_ einem gravierenden Elternkonflikt aussetzen würde. Im Interesse von C.\_\_\_\_\_ sei es jedoch wünschenswert, dass die Eltern allfällige Verletzungen durch die Trennung verarbeiteten und die Auseinandersetzungen abnähmen. Im Übrigen könne allein aus dem Umstand, dass sich die Beklagte ei- ner Regelung mit geteilter Betreuung widersetze, nicht ohne Weiteres geschlos-

- 18 - sen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet, weshalb ihr (automa- tisch) die alleinige Obhut zu übertragen sei. Diesfalls wäre die Obhutzuteilung vom Gericht zu prüfen. Und ebenso führe auch eine mehrheitlich einseitige Kom- munikationsverweigerung nicht ohne Weiteres dazu, dass eine für die alternieren- de Obhut massgebende Voraussetzung verneint werde (Urk. 136 S. 12). Auf- grund des installierten Settings mit Beistandschaft bestünden ideale Vorausset- zungen, um die Kommunikation zwischen C.\_\_\_\_\_s Eltern im Rahmen regelmäs- siger Gespräche zu verbessern und weiter auszubauen. Insgesamt sei die für die alternierende Obhut erforderliche Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern im erforderlichen Umfang vorhanden. Ein erheblicher und chronischer Kon- flikt sei zu verneinen. Hinzu komme, dass den Eltern mit dem vorliegenden Ent- scheid zwei Kommunikationshilfen in Form einer Beistandschaft und einer Pflichtmediation gestellt würden, die dazu beitragen sollten, ihre Kommunikations- und Kooperationsprobleme zu entschärfen (Urk. 136 S. 12 f.).

### **E. 3.2**

Die Beklagte wendet ein, dass sich die Übergaben vor der letzten Ver- handlung zwar verbessert hätten. Dennoch hätten beide Eltern ausgesagt, nur das Minimum zu kommunizieren. Zudem seien sie sich über Themen betreffend C.\_\_\_\_\_ kaum je einig gewesen. Die Beistände hätten dies in ihrem Abklärungs- bericht vom 17. Juni 2021 bestätigt: Sie hätten festgehalten, dass die Kommuni- kation zwischen den Eltern beeinträchtigt sei, dass entsprechend nicht einmal kindesgerechte Übergaben möglich seien und die Eltern nicht einmal fähig seien, sich bei gegebener Notwendigkeit auszutauschen. In einer solchen Konstellation bestehe das erhöhte Risiko, dass C.\_\_\_\_\_ einem gravierenden Elternkonflikt ausgesetzt werde (Urk. 135 S. 4 f.).

### **E. 3.3**

Die alternierende Obhut erfordert unter anderem organisatorische Massnahmen und gegenseitige Informationen. Insofern setzt die praktische Um- setzung einer alternierenden Betreuung voraus, dass die Eltern fähig und bereit sind, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren (BGE 142 III 612 E. 4.3; BGer 5A\_67/2021 vom 31. August 2021, E. 3.1.3). Die Kommunikation zwischen den Eltern kann auch bloss schriftlich erfolgen. Es steht einer alternierenden Obhut nicht entgegen, wenn die Eltern zur gemeinsamen

- 19 - Entscheidungsfindung über die Kinderbelange auf die Vermittlung einer Drittperson angewiesen sind (BGer 5A\_629/2019 vom 13. November 2020, E. 4.2). Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer alternierenden Betreuungsregelung widersetzt, kann nicht ohne Weiteres auf eine fehlende Kooperationsfähigkeit der Eltern geschlossen werden, die einer alternierenden Obhut im Weg steht. Ein derartiger Schluss kann nur dort in Betracht fallen, wo die Eltern aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Feindseligkeiten

auch hinsichtlich anderer Kinderbe- lange nicht zusammenarbeiten können. Dies muss zur Folge haben, dass sie ihr Kind im Szenario einer alternierenden Obhut dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen würden, die seinen Interessen offensichtlich zuwiderläuft (BGE 142 III 612 E. 4.3; BGer 5A\_629/2019 vom 13. November 2020, E. 4.2; BGer 5A\_67/2021 vom 31. August 2021, E. 3.1.3).

#### **E. 3.4**

Die Beklagte äussert sich nicht zur vorinstanzlichen Feststellung, wo- nach C.\_\_\_\_\_ seit über einem Jahr ohne Schwierigkeiten beim Kläger übernachtete bzw. von diesem betreut werde (siehe Urk. 136 S. 12). Ebenso wenig geht sie auf das Argument ein, wonach mit der Beistandschaft ideale Voraussetzungen be- stünden, um die Kommunikation zwischen den Eltern im Rahmen regelmässiger Gespräche zu verbessern (siehe Urk. 136 S. 12). Sie behauptet sodann pauschal, dass die Parteien betreffend (fast) allen Belangen bezüglich C.\_\_\_\_\_ zum Teil sogar gegenteilige Auffassungen hätten (Urk. 135 S. 5), ohne dies näher zu spe- zifizieren. Damit genügt sie den Begründungsanforderungen nicht (E. II.1.2.). Ins- besondere ist damit noch nicht dargetan, dass der elterliche Konflikt C.\_\_\_\_\_s In- teressen augenfällig zuwiderläuft. Zutreffend ist, dass die Beistandspersonen am 17. Juni 2021 festhielten, dass die Kommunikation zwischen den Eltern beein- trächtigt sei.

Kindsgerechte Übergaben seien aufgrund sehr eingeschränkter Kommunikation zwischen den Eltern nicht immer sichergestellt. Dass sich die El- tern bei gegebener Notwendigkeit im Rahmen der gemeinsamen Sorge austau- schen und absprechen könnten, schein aktuell nicht realistisch zu sein. Es ent- stehe der Eindruck, dass alle Themen rund um das Kind konfliktbehaftet seien (Urk. 97 S. 1). Dies ist insofern zu relativieren, als die Parteien anlässlich der Ver- handlung vom 1. Oktober 2021 übereinstimmend berichteten, dass die Kommuni- kation zumindest in den letzten drei Monaten geklappt habe (Prot. I, S. 97 und - 20 - 102). Selbst wenn die Parteien für die Kommunikation die Beistände (siehe Urk. 136 S. 38) benötigen sollten, stünde dies einer alternierenden Obhut nicht entgegen. Mit Verfügung vom 7. August 2020 wurde C.\_\_\_\_\_ im Sinne einer vor- sorglichen Massnahme unter die alleinige Obhut der Beklagten gestellt (Urk. 37 S. 40). Dem Kläger wurde das Recht eingeräumt, die Tochter ab 1. Januar 2021 jeden Donnerstagabend von 17 bis 19 Uhr sowie alternierend jeden Samstag von 8 bis 19 Uhr bzw. jedes zweite Wochenende von Samstag, 8 Uhr, bis Sonntag, 10 Uhr, zu betreuen (Urk. 37 S. 40); die Kammer bestätigte diese Regelung mit Urteil vom 29. September 2020 (Urk. 62 S. 17). Seit dem 1. Januar 2021 fanden somit alle zwei Wochen acht Übergaben statt. Nach der neuen Regelung soll der Kläger seine Tochter in der einen Woche von Montag, 8 Uhr, bis Dienstag, 19 Uhr, und in der anderen Woche von Freitag, 17.30 Uhr, bis Dienstag, 19 Uhr, betreuen (Urk. 136 S. 35 f.). Dies entspricht vier Übergaben alle zwei Wochen. Soweit die Beistandspersonen schreiben, dass kindsgerechte Übergaben auf- grund der sehr eingeschränkten Kommunikation der Eltern nicht immer sicherge- stellt seien (Urk. 97 S. 1), ist festzustellen, dass die diesbezüglichen Risiken mit der neuen Regelung tiefer sind. Im Übrigen wären auch bei einer alleinigen Obhut der Beklagten vier Übergaben alle zwei Wochen nicht ungewöhnlich (siehe An- drea Büchler/Sandro Clausen, Das "gerichtsübliche" Besuchsrecht, FamP- ra.ch 2020, S. 535 ff., S. 542).

#### **E. 3.5**

Zusammenfassend vermag die Beklagte nicht darzutun, inwiefern die Kommunikationsprobleme C.\_\_\_\_\_s Interessen offensichtlich tangieren und sich im Falle

der alleinigen Obhut weniger auf die Tochter auswirken würden. 4. Bericht der Beistände vom 17. Juni 2021

#### **E. 4**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–134). Da sich die Berufung als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte mit Eingabe vom 6. Dezember 2021 auch Berufung gegen das vorinstanzliche Urteil in der Hauptsache erhoben hat; jene Berufung ist Gegenstand des Verfahrens LZ210030-O.

- 13 - II. Materielle Beurteilung 1. Prozessuale Vorbemerkungen

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz erwog, dass die Voraussetzungen für eine alternierende Obhut erfüllt seien und mit deren Anordnung das Wohl von C.\_\_\_\_\_ gewahrt werde. Daran ändere nichts, wenn die Beistandspersonen in ihrem Bericht wegen dem Elternkonflikt von einer alternierenden Obhut abrieten. Die Aufgabe der Beistandspersonen sei es gewesen, die vom Gericht gestellten Fragen zu beantworten. Sich für oder gegen eine alternierende Obhut auszusprechen, gehöre nicht zu deren Auftrag. Diese Beurteilung obliege dem Gericht. Selbst wenn den Bei-

- 21 - standspersonen diese Aufgabe zukommen würde, setzten sie die Anforderungen an eine alternierende Obhut offensichtlich höher an, als dies vom Bundesgericht verlangt werde (Urk. 136 S. 14 f.).

#### **E. 4.2**

Die Beklagte wendet ein, die Beistände hätten sich an die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehalten, wenn sie empfohlen hätten, wegen der mangelnden Kooperation und Kommunikation keine alternierende Obhut anzuordnen (Urk. 135 S. 5). Die Beistände seien diejenigen Personen, welche neben den Parteien die beste Einsicht in die tatsächliche Situation hätten. Daher würden deren Expertisen und Einschätzungen den Urteilen auch zugrunde gelegt, wenn sie nicht an einem offensichtlichen Mangel litten. Im vorliegenden Fall sei kein solcher Mangel ersichtlich. Vielmehr zeige der Bericht auf, dass sich die Beistände eingehend mit der Frage der alternierenden Obhut befasst hätten und zum Resultat gekommen seien, dass eine solche nicht im Kindeswohl sei (Urk. 135 S. 6).

#### **E. 4.3**

Wie bereits erwähnt, gilt im vorliegenden Verfahren die Untersuchungsmaxime (E. II.1.3.). Diese verpflichtet das Gericht, von sich aus alle Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidungswesentlich sind, und unabhängig von den Anträgen der Parteien Beweise zu erheben. Letztere würdigt das Gericht frei (Art. 157 ZPO); zudem wendet es das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Bei einem Gutachten im Sinne der Art. 183 ff. ZPO ist es nicht an eine allfällige rechtliche Einordnung gebunden (BGer 5A\_90/2016 vom 16. August 2016, E. 1.2; siehe BGE 130 I 337 E. 5.4.1). Dies gilt a fortiori für einen blossen Bericht (BGer 5A\_1031/2019 vom 26. Juni 2020, E. 4.4.3).

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz belehrte die Beistände nicht gemäss Art. 184 Abs. 2 ZPO (siehe Urk. 90 S. 4 f.). Deren Bericht vom 17. Juni 2021 (Urk. 97) ist demzufolge kein Gutachten im Sinne

der Art. 183 ff. ZPO. Die Frage, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der alternierenden Obhut erfüllt sind oder nicht, ist rechtlicher Natur. Damit war die Vorinstanz diesbezüglich nicht an den Bericht der Beistände gebunden. Ob letzterer offensichtlich mangelhaft ist oder nicht, spielt – entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 135 S. 6) – keine Rolle.

- 22 - 5. Distanz 5.1. Die Vorinstanz erwog, die Eltern wohnten in Zürich (E.\_\_\_\_\_ - Strasse ...) und D.\_\_\_\_\_ (F.\_\_\_\_\_ -Strasse ...). Die Distanz zwischen den beiden Wohnungen betrage 12.5 Kilometer. Für diese würden mit dem Auto rund 30 Minuten und mit den öffentlichen Verkehrsmitteln rund 35 Minuten benötigt. Eine solche überschaubare Reisestrecke sei für Kinder im Alter von C.\_\_\_\_\_ keine unzumutbare Belastung. Die Distanz der elterlichen Wohnungen sei für die Umsetzung des Wechselmodells als günstig einzustufen, zumal die Eltern für den Weg auch nicht zwingend auf ein Auto angewiesen seien, obwohl sie beide über ein solches verfügten (Urk. 136 S. 13). 5.2. Die Beklagte rügt, die Eltern wohnten zu weit entfernt für eine alternierende Obhut. Das Gericht habe bei den Übergaben geregelt, dass C.\_\_\_\_\_ am Dienstag im Abendverkehr abzuholen wäre, was eine erheblich lange Autofahrt bedeuten würde (Urk. 135 S. 5). Schon bald komme C.\_\_\_\_\_ in die Spielgruppe und anschliessend in den Kindergarten, in welchem es essentiell sei, dass sie den Kindergartenweg zu Fuss zurücklegen könne. Die Beklagte habe nach langem Suchen und Warten endlich eine Genossenschaftswohnung in D.\_\_\_\_\_ gefunden, welche nicht weit vom Kindergarten und der Schule entfernt liege (Urk. 135 S. 6). In der Überbauung und sogar in der Nachbarschaftswohnung gebe es Kinder im selben Alter, welche mit C.\_\_\_\_\_ höchstwahrscheinlich die gleiche Klasse besuchen würden und mit welchen sie den Kindergarten- und Schulweg bestreiten könne. Es sei somit sinnvoll, dass C.\_\_\_\_\_ unter der Woche bei der Mutter wohne und von ihr betreut werde (Urk. 135 S. 6 f.). 5.3. C.\_\_\_\_\_ wurde am tt.mm.2019 geboren (Urk. 2/2). Sie wird somit im Spätsommer 2024 in den Kindergarten eintreten (siehe § 5 Abs. 1 VSG). Es ist davon auszugehen, dass die vorsorglichen Massnahmen bis zu jenem Zeitpunkt durch den Endentscheid abgelöst sein werden, weshalb sich Ausführungen im Zusammenhang mit dem Kindergarten und der Schule erübrigen. Was die Übergaben am Dienstagabend betrifft, geht die Beklagte nicht auf den Hinweis der Vorinstanz ein, wonach die Distanz mit öffentlichen Verkehrsmitteln in 35 Minuten zurückgelegt werden kann; damit genügt sie den Begründungsanforderungen

- 23 - nicht (E. II.1.2.). Im Übrigen sind Übergaben während des Abends- oder Morgenverkehrs auch bei alleiniger Obhut üblich; dies ist der Fall, wenn das Besuchsrecht am Freitagabend beginnt und/oder am Montagmorgen endet (siehe Buehler/Clausen, a.a.O., S. 548 f. mit weiteren Hinweisen). 6. Kontinuität

## **E. 6**

September 2016, E. 5.3). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime (BGer 5A\_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 5.1).

- 14 -

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz erwog, für die Beurteilung der Stabilität der Verhältnisse sei zentral, dass C.\_\_\_\_\_s Eltern nur für eine kurze Zeit ein Paar gewesen seien und sich vor ihrer Geburt getrennt hätten. Mittlerweile sei C.\_\_\_\_\_ etwas mehr als zwei Jahre alt. Eine von C.\_\_\_\_\_ bewusst erlebte Betreuung durch die Eltern in einem gemeinsamen Haushalt, die weitergeführt werden könnte, gebe es nicht. Entsprechend gebe es hier auch keine Stabilität,

die im Interesse von C.\_\_\_\_\_ durch Weiterführung einer gelebten Situation geschützt werden müsste. Auf die während der Dauer des Verfahrens bei der KESB oder beim Gericht ausgeübte Obhut sowie die wöchentliche Betreuung von Montagmorgen bis Mittwochabend durch die Grossmutter mütterlicherseits könne nicht abgestellt werden. Der Kläger habe C.\_\_\_\_\_ von Geburt an betreuen wollen, weshalb er auch bereits im Dezember 2019 bei der KESB eine Betreuungsregelung verlangt habe. Andernfalls würde in Fällen wie dem vorliegenden, in denen sich Eltern vor oder kurz nach der Geburt eines Kindes trennten und das Kind wortwörtlich in die Umgebung der Mutter hineingeboren werde, die alternierende Obhut faktisch verunmöglicht (Urk. 136 S. 13 f.). Die Beklagte arbeite in einem Pensum von 60 % jeweils von Montag bis Mittwoch und plane, berufsbegleitend ein Nachdiplomstudium zu absolvieren. Der Kläger sei aktuell in einem 90 %-Pensum arbeitstätig und beabsichtige, sein Pensum noch weiter zu reduzieren, was gestützt auf die eingereichten Bestätigungen möglich sein werde. Auf Seiten des Klägers sei künftig von 80 % und auf Seiten der Beklagten von 60 % auszugehen. Dabei würden beide Eltern C.\_\_\_\_\_ zwar nicht in vollem Umfang, aber zumindest in den Randzeiten (morgens, abends, an den Wochenenden) persönlich betreuen können. Die Eltern würden zusätzlich je auf eine Drittbetreuung für einen Tag angewiesen sein. Da die Eigen- und Fremdbetreuung gleichwertig sei, könnten sie hierfür ohne Weiteres entweder die ihnen angebotene Unterstützung ihrer Mütter oder die Dienste

- 24 - einer Krippe in Anspruch nehmen. Dass aufgrund von spezifischen Bedürfnissen von C.\_\_\_\_\_ eine persönliche Betreuung notwendig wäre, werde weder geltend gemacht noch sei dies ersichtlich. C.\_\_\_\_\_ sei sodann noch ein Kleinkind und wohne erst seit kurzem in D.\_\_\_\_\_, so dass der Einbettung in ein soziales Umfeld eine eher geringe Bedeutung beizumessen sei (Urk. 136 S. 14).

### **E. 6.2**

Die Beklagte rügt, die Stabilität sei eines der wichtigsten Merkmale bei Kleinkindern. C.\_\_\_\_\_ habe sich an die Betreuung durch ihre Mutter und Grossmutter mütterlicherseits gewöhnt. Sie habe ihren Vater lediglich bei den Wochenendbesuchen kennengelernt. Ihr Verhältnis zur Mutter und Grossmutter mütterlicherseits sei entsprechend viel tiefer und gefestigter als jenes zum Vater. Der Kläger habe sich erst Monate nach der Organisation der Betreuungsregelung entschieden, C.\_\_\_\_\_ nun doch mehr zu sehen. Die alternierende Obhut falle auch ausser Betracht, weil die Eltern sich vor C.\_\_\_\_\_s Geburt getrennt und das Kind daher nie gemeinsam betreut hätten (Urk. 135 S. 7). Bei Kleinkindern sei auch wichtig, dass sie nicht von zu vielen unterschiedlichen Personen in einer Woche betreut würden. Die Vorinstanz habe diesen Gesichtspunkt ausgeblendet, indem sie ein Betreuungsmodell festgelegt habe, das vier Betreuungspersonen umfasse (Urk. 135 S. 7 f.). Der Kläger habe nicht geltend gemacht, dass er sofort seine Arbeitsstelle wechseln oder sein Pensum reduzieren könne. Es sei nicht erwiesen, dass er bei seinem aktuellen Arbeitgeber, der G.\_\_\_\_\_ AG, 80 % arbeiten könnte. Auch sei die Bestätigung der Schreinerei H.\_\_\_\_\_ vom 12. März 2021 eventuell nicht mehr aktuell. Die Vorinstanz führe aus, dass der Kläger C.\_\_\_\_\_ in dieser Übergangszeit seiner Mutter in die Obhut geben solle. Allerdings sei nicht geklärt und nicht aktenkundig, ob diese sofort Zeit dafür habe. Auch könne C.\_\_\_\_\_ nicht von einem auf den anderen Tag ihrer Grossmutter väterlicherseits übergeben werden, welche sie kaum kenne (Urk. 135 S. 9).

### **E. 6.3**

Vorab ist festzuhalten, dass die Stabilität eines von mehreren Kriterien ist, welches für die Frage der alternierenden Obhut geprüft werden muss. Letztere fällt eher in Betracht, wenn die Eltern das Kind schon vor der Trennung abwechselnd betreuten (BGE 142 III 612 E. 4.3). Die Vorinstanz hat ausführlich dargelegt, weshalb das Kriterium der Stabilität vorliegend eine untergeordnete Rolle

- 25 - spielt (siehe Urk. 136 S. 13 f.). Inwiefern vier Betreuungspersonen für ein Kleinkind zu viel sein sollten, ist nicht ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte während der studiumsbedingten Abwesenheiten beabsichtigt, C.\_\_\_\_\_ am Freitagnachmittag in die Kita I.\_\_\_\_\_ in D.\_\_\_\_\_ zu schicken (Urk. 121 S. 12; Prot. I, S. 94). Die Behauptung, wonach C.\_\_\_\_\_ ihre Grossmutter väterlicherseits kaum kenne (Urk. 135 S. 9), ist durch nichts belegt. Mit Blick auf die Bereitschaft der Mutter des Klägers, C.\_\_\_\_\_ zu betreuen (Urk. 2/3), ist zudem nicht davon auszugehen, dass C.\_\_\_\_\_ keinen oder kaum Kontakt zu ihrer Grossmutter väterlicherseits gehabt hat (siehe auch Prot. I, S. 63). Die Beklagte bezweifelt sodann, dass die Mutter des Klägers C.\_\_\_\_\_ sofort betreuen könne (Urk. 135 S. 9), ohne Gründe aufzuführen, weshalb dem nicht so sein sollte. Solche sind auch nicht ersichtlich: So bestätigte die Mutter des Klägers bereits mit Schreiben vom 11. April 2020, dass sie C.\_\_\_\_\_ gerne betreuen würde. Da sie Rentnerin sei, habe sie genügend Zeit (Urk. 2/3). 7. Erziehungsfähigkeit des Klägers 7.1. Die Vorinstanz erwog, die Beklagte stelle (auch) in ihrer Duplik die Erziehungsfähigkeit des Klägers in Frage, obwohl sie anlässlich der Verhandlung vom 1. Oktober 2021 persönlich ausgeführt habe, dass die Betreuung durch den Vater seit der Hauptverhandlung gut funktioniere. Zur geltend gemachten Erziehungsunfähigkeit führe sie im Wesentlichen aus, C.\_\_\_\_\_ habe einmal einen stark geröteten und entzündeten Po gehabt, C.\_\_\_\_\_ habe jeweils einen wunden und geröteten Po, wenn sie vom Kläger nach Hause komme, C.\_\_\_\_\_ sei mit dem Kläger in einem veralteten Kindersitz (Blechschiel mit Gurt) Velo gefahren, C.\_\_\_\_\_ habe sich auf dem Spielplatz verletzt, C.\_\_\_\_\_ habe einen Sonnenbrand gehabt, der Kläger besitze kein fiebersenkendes Mittel und der Kläger kiffe (Urk. 136 S. 7). In Bezug auf den von der Beklagten bereits im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ausführlich und im Hauptverfahren wiederum im Detail geschilderten Vorfall vom 25. Juli 2020 (Windeln) sei zunächst – um Wiederholungen zu vermeiden – vollumfänglich auf die entsprechenden Erwägungen in den Entscheiden vom 7. August 2020 (Urk. 37 S. 11–16) und vom 29. September 2020 (Urk. 62 S. 12 f.) zu verweisen. Soweit die Beklagte geltend mache, der

- 26 - Kläger bringe C.\_\_\_\_\_ immer mit einem geröteten Po nach Hause, sei darauf hinzuweisen, dass ein Windelausschlag nicht unüblich sei und gewisse Kinder eine empfindlichere Haut hätten. Eine Rötung dürfte sich somit auch bei einer Betreuung durch die Beklagte – wie sie im Übrigen selbst angegeben habe – ereignen (Urk. 136 S. 8). Bei der Velofahrt mit C.\_\_\_\_\_, die auf einem älteren Frontkindersitz gesessen habe, handle es sich um eine einmalige Angelegenheit. Der Kläger sehe auch ein, dass die Anforderungen an einen sicheren Kindersitz nicht erfüllt gewesen seien. Mittlerweile habe der Kläger einen vom TCS empfohlenen Frontlader mit Fünf-Punkt-Gurt gekauft. Mitte Mai 2021 sei es zu einem "Unfall" gekommen, als C.\_\_\_\_\_ mit dem Kläger auf dem Spielplatz gewesen sei. Nach Darstellung des Klägers sei C.\_\_\_\_\_ auf einem Stein gestanden und von einem anderen Kind geschubst worden, wodurch sie sich – wie auch dem Arztbericht zu entnehmen sei – Verletzungen (Hämatom Stirn und Ellenbogen, Schürfung Ellenbogen, 4 x 5 mm grosse Rissquetschwunde) zugezogen habe. Solche Vorfälle seien – wie auch die Beistandspersonen festhalten würden (Urk. 97 S. 3) – nicht auf eine ungenügende Aufsicht

des Klägers zurückzuführen. C.\_\_\_\_\_ sei ein Kleinkind, das im Alltag aktiv sei, und solche Verletzungen könnten beim Spielen deshalb durchaus vorkommen. Schliesslich könne dem Vater auch nicht zum Nachteil angelastet werden, dass er mit C.\_\_\_\_\_ nicht zum Arzt gegangen sei, denn gemäss Arztbericht seien die festgestellten Verletzungen nicht behandlungsbedürftig gewesen. Dass C.\_\_\_\_\_ einen Sonnenbrand erlitten habe, sei nicht gut. Wegen ihrer noch dünnen und empfindlichen Haut sollte bei Kindern besonders auf einen Sonnenschutz geachtet werden und zwar unabhängig davon, ob ein Elternteil zu den Risikopatienten für Hautkrebs gehöre. Bei einem einmalig erlittenen Sonnenbrand könne nicht von einer Vernachlässigung des Kindes und einer eingeschränkten Erziehungsfähigkeit ausgegangen werden. Ebenso verhalte es sich mit den pauschalen Behauptungen der Beklagten, wonach der Kläger kiffe und – entgegen seinen Ausführungen – im Haushalt über keine fiebersenkenden Medikamente verfüge (Urk. 136 S. 8 f.). Dem Abklärungsbericht der Beistandspersonen von C.\_\_\_\_\_ lasse sich entnehmen, dass an der Erziehungsfähigkeit beider Elternteile keine Zweifel bestünden (Urk. 136 S. 9).

- 27 - 7.2. Die Beklagte wendet ein, die Beistände seien im Wissen darum, dass der Kläger sein Defizit eingesehen und sich bereit erklärt habe, sich helfen und beraten zu lassen, zum Schluss gekommen, dass die alternierende Obhut nicht im Kindeswohl sei. Anlässlich der Verhandlung vom 1. Oktober 2021 habe der Kläger verneint, dass er Hilfe benötige. Es erscheine deshalb angezeigt, dass eine Abklärung der Erziehungsfähigkeit des Klägers von unabhängigen Fachpersonen durchgeführt werde (Urk. 135 S. 6). Die Beistände seien ausserdem der Ansicht, dass der Kläger C.\_\_\_\_\_ zum Teil zu hohen Risiken ausgesetzt habe. Sie bezögen sich insbesondere auf den Vorfall mit dem Fahrrad, als der Vater C.\_\_\_\_\_ in einem alten Velokindersitz mit einem Einpunktgurtsystem vorne auf dem Velo habe sitzen lassen. Die Bestände hätten ausgeführt, dass dem Vater vorher hätte bewusst sein sollen, wie gefährlich das sei. Auch hätte er C.\_\_\_\_\_, nachdem sie sich ein Loch im Hinterkopf zugezogen habe, umgehend in ärztliche Behandlung bringen müssen (Urk. 135 S. 8). 7.3. Die Vorinstanz hat sich ausführlich mit der Erziehungsfähigkeit des Klägers auseinandergesetzt und auch die beiden von der Beklagten aufgeführten Vorfälle gewürdigt. Die Beklagte begnügt sich damit, diese Vorkommnisse aus dem Bericht der Beistände aufzugreifen, ohne sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen. Sie lässt sodann aussen vor, dass die Beistände die Erziehungsfähigkeit des Klägers trotz der Vorfälle bejaht haben (Urk. 97 S. 3). Inwiefern die Bereitschaft, Hilfe anzunehmen, sich auf die Erziehungsfähigkeit auswirken soll, legt die Beklagte nicht dar. Aus dem Bericht der Beistände ist ein derartiger Konnex jedenfalls nicht ersichtlich (siehe Urk. 97 S. 1–3). Zusammenfassend genügt die Berufungsschrift den Begründungsanforderungen nicht, soweit sie sich auf die Erziehungsfähigkeit des Klägers bezieht. Auf die diesbezüglichen Rügen der Beklagten ist daher nicht einzutreten (E. II.1.2.). 8. Ergebnis Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 25. Oktober 2021 ist zu bestätigen.

- 28 - III. Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie unentgeltliche Rechtspflege 1. Kosten- und Entschädigungsfolgen

## **E. 11**

April 2020 (Urk. 2/3) erscheint es glaubhaft, dass die Mutter des Klägers C.\_\_\_\_\_ falls nötig betreuen kann (E. II.6.3.). Wie noch zu zeigen sein wird, erweisen sich die

Einwände, welche die Beklagte gegen die alternierende Obhut vorbringt, als unbegründet, soweit darauf einzutreten ist (E. II.3.–7.). Vor diesem Hintergrund erscheinen die Voraussetzungen zur Anordnung der vorsorglichen Massnahmen gegeben. 3.  
Kommunikation und Kooperation der Eltern

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