

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120003-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, Dr. M. Kriech und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiber lic. iur.
Ch. Büchi

Beschluss und Urteil vom 23. Juli 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Beiständin Dr. iur. Z. _____

betreffend **Abänderung vorsorgliche Massnahmen (Obhut, Besuchsrecht)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 9. Januar 2012 (FE100145)

Verfügung der Vorinstanz:

- "1. Der Antrag um Anordnung vorsorglicher Massnahme im Sinne einer wechselnden respektive geteilten Obhut über das Kind C._____, geboren am tt.mm.2000, wird abgewiesen.
2. Der Antrag um Anordnung vorsorglicher Massnahme im Sinne einer Umteilung der Obhut über das Kind C._____, geboren am tt.mm.2000, an den Kläger wird abgewiesen.
3. Der Antrag um Anordnung vorsorglicher Massnahme betreffend Ausdehnung des Besuchsrechts des Klägers und Festhalten einer Konfliktregelung wird gutgeheissen. Dementsprechend werden Dispositivziffern 3.3.1. bis 3.3.3. der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen vom 23. Mai 2008 (Geschäfts-Nr. EE070066), abgeändert durch Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 24. August 2011, aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. Wochenendbesuchsrecht

Während der Schulzeit ist der Kläger berechtigt, das Kind C._____, geboren am tt.mm.2000, jeweils an den Wochenenden der geraden Wochen von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

2. Ferienbesuchsrecht

Während der Schulferien ist der Kläger berechtigt, C._____ für je die zweite Woche in den Sport-, Frühlings- und Herbstferien sowie in den Jahren mit gerader Jahreszahl in der ersten Woche der Weihnachtsferien und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl in der zweiten Woche der Weihnachtsferien und ferner in den Sommerferien in den ersten drei Ferienwochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, jeweils von Samstag 12.00 Uhr bis Samstag 12.00 Uhr.

Für das Jahr 2011 gilt jedoch für die Weihnachtsferien folgende Regel: Der Kläger ist berechtigt, C._____ vom 23. Dezember 2011 ab 12.00 Uhr bis am 26. Dezember 2011 10.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

3. Feiertagsbesuchsrecht

In Jahren mit gerader Jahreszahl von Gründonnerstag 17.00 Uhr bis Oster-

montag 19.00 Uhr und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstfreitag 17.00 Uhr bis Pfingstmontag 19.00 Uhr.

Kollidiert die vorstehende Feiertagsregelung mit dem Ferienwochenrecht der Mutter geht die Feiertagsregelung für deren Dauer vor.

4. Telefonrecht

Der Kläger ist berechtigt, sich jeweils am Montag- und Mittwochabend um 20.30 Uhr sowie am Freitag um 19.30 Uhr telefonisch direkt beim Sohn C._____ zu melden. Die Beklagte ist dafür besorgt, dass C._____ das Telefon persönlich entgegennimmt.

Während ihrer Ferienrechtswochen steht dieses Recht auf Telefonkontakt entsprechend der Mutter zu.

5. Beizug der Kinderbeiständin

Bei Uneinigkeit der Parteien in Bezug auf diese Regelung des persönlichen Verkehrs der Parteien mit dem Sohn C._____ sowie bei notwendigen Modifikationen, verpflichten sich die Parteien, die Kinderbeiständin zu informieren und über sie eine Lösung zu finden.

Ist eine einvernehmliche Regelung nicht möglich, ist die Kinderbeiständin befugt, eine für beide Parteien verbindliche Anordnung zutreffen."

4. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden dem Endentscheid vorbehalten.
5. (Mitteilungssatz).
6. (Rechtsmittel)."

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S.2 f.):

"1. Disp. Ziff. 2 und 3 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und es sei

a) Hauptantrag

die Obhut über das Kind C._____, geb. am tt.mm.2000, auf den Kläger zu übertragen, wobei der Beklagten das reziproke Besuchsrecht wie im nachfolgenden Subeventualantrag zuzugestehen sei.

b) Eventualantrag (für den Fall, dass C._____ unter der Obhut der Beklagten verbleibt) Es sei dem Kläger folgendes Besuchs- bzw. Betreuungsrecht hinsichtlich des Sohnes C._____, geb. tt.mm.2000, zuzugestehen:

Während der Schulzeit

Während den ungeraden Kalenderwochen, wobei der Betreuungswechsel jeweils am Freitag nach Schulschluss stattfindet. In den Fällen, in denen die Schule geschlossen ist, wechselt C._____ jeweils selbständig am Freitag 17.00 Uhr in die Wohnung zum anderen Elternteil.

Während der Schulferien

Während der Schulferien soll der Kläger berechtigt sein, C._____ für je die zweite Woche in den Sport- und Frühjahrsferien sowie während der ganzen Herbstferien (zwei Wochen) sowie in den Jahren mit gerader Jahreszahl in der ersten Woche der Weihnachtsferien und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl in der zweiten Woche der Weihnachtsferien und ferner in den Sommerferien in den ersten drei Ferienwochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, jeweils von Samstag, 12.00 Uhr, bis Samstag, 12.00 Uhr.

Feiertagsbesuchsrecht

In Jahren mit gerader Jahreszahl von Gründonnerstag, 17.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr, und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstfreitag, 17.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr.

Kollidiert die vorstehende Feiertagsregelung mit dem Ferienwochenrecht der Mutter, geht die Feiertagsregelung für deren Dauer vor.

(Telefonrecht und Beizug der Kinderbeiständin gemäss angefochtenem Entscheid)

c) Subeventualantrag

Das Ferienbesuchsrecht gemäss Disp. Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung (Besuchsrechtsregelung Ziff. 2) sei dahingehend abzuändern, dass der Kläger berechtigt erklärt wird, C._____ in den Herbstferien nicht nur in der zweiten, sondern während beider Herbstferienwochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

2. Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Sohn C._____ sei durch das Obergericht anzuhören, und zwar in Begleitung von Kinderanwältin Z._____.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 1 S.2 f.):

"Die Berufung des Klägers sei vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 %) zu Lasten des Klägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt.mm.1997 geheiratet. Aus ihrer Ehe ging der gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt.mm.2000, hervor (Urk. 5/2). Mit Eingabe vom 8. Juni 2007 machte die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) am Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen ein Eheschutzverfahren anhängig. Seit dem 12. August 2007 leben die Parteien getrennt (Urk. 5/3/5 S. 1; Urk. 5/32 S. 6). Mit Einreichen der Weisung des Friedensrichteramtes D._____ machte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) am 14. Juni 2010 beim Einzelgericht am Bezirksgericht Horgen eine Scheidungsklage anhängig (Urk. 2 S. 2 ff.).

2. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 2. November 2011 ordnete diese für den ersten Teil des Hauptverfahrens (Klagebegründung/Klageantwort) das schriftliche Verfahren an und hielt fest, dass am 25. November 2011 keine Hauptverhandlung stattfinden würde. Gleichzeitig wurden die Parteien jedoch zur Verhandlung betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen vorgeladen (Urk. 2 S. 4, E. 1.10.). Anlässlich der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 25. November 2011 schlossen die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts eine Vereinbarung bezüglich der Neuregelung des Besuchsrechts des Klägers, welche bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids über die vorsorglichen Massnahmen gültig sein soll. Dieser Vergleich wurde mit Verfügung vom 25. November 2011 genehmigt und dadurch die Dispositiv-Ziffern 3.3.1. bis 3.3.3. der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen (Geschäftsnummer EE070066), bereits früher abgeändert durch Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung vom 24. August 2011, aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt (Urk. 2 S. 5 f., E. 1.13.):

"1. Wochenendbesuchsrecht

Während der Schulzeit ist der Kläger berechtigt, das Kind C._____, geboren am tt.mm.2000, jeweils an den Wochenenden der geraden Wochen von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

2. Ferienbesuchsrecht

Während der Schulferien ist der Kläger berechtigt, C._____ für je die zweite Woche in den Sport-, Frühlings- und Herbstferien sowie in den Jahren mit gerader Jahreszahl in der ersten Woche der Weihnachtsferien und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl in der zweiten Woche der Weihnachtsferien und ferner in den Sommerferien in den ersten drei Ferienwochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, jeweils von Samstag 12.00 Uhr bis Samstag 12.00 Uhr.

Für das Jahr 2011 gilt jedoch für die Weihnachtsferien folgende Regel: Der Kläger ist berechtigt, C._____ vom 23. Dezember 2011 ab 12.00 Uhr bis am 26. Dezember 2011 10.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

3. Feiertagsbesuchsrecht

In Jahren mit gerader Jahreszahl von Gründonnerstag 17.00 Uhr bis Ostermontag 19.00 Uhr und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstfreitag 17.00 Uhr bis Pfingstmontag 19.00 Uhr.

Kollidiert die vorstehende Feiertagsregelung mit dem Ferienwochenrecht der Mutter geht die Feiertagsregelung für deren Dauer vor.

4. Telefonrecht

Der Kläger ist berechtigt, sich jeweils am Montag- und Mittwochabend um 20.30 Uhr sowie am Freitag um 19.30 Uhr telefonisch direkt beim Sohn C._____ zu melden. Die Beklagte ist dafür besorgt, dass C._____ das Telefon persönlich entgegennimmt.

Während ihrer Ferienrechtswochen steht dieses Recht auf Telefonkontakt entsprechend der Mutter zu.

5. Beizug der Kinderbeiständin

Bei Uneinigkeit der Parteien in Bezug auf diese Regelung des persönlichen Verkehrs der Parteien mit dem Sohn C._____ sowie bei notwendigen Modifikationen, verpflichten sich die Parteien, die Kinderbeiständin zu informieren und über sie eine Lösung zu finden.

Ist eine einvernehmliche Regelung nicht möglich, ist die Kinderbeiständin befugt, eine für beide Parteien verbindliche Anordnung zutreffen.

6. Zeitliche Befristung

Diese Regelung gilt bis zum Vorliegen eines vollstreckbaren Entscheids über das Massnahmebegehren des Klägers um Abänderung der Obhuts- und Besuchsrechtsregelung vom 14. Oktober 2011."

3. Nach entsprechender vorgängiger Terminabsprache wurde die Kinderanhörung von C._____ auf den 16. Dezember 2011 angesetzt und an diesem Datum durchgeführt (Urk. 2 S. 6, E. 1.14.).

4. Mit Verfügung vom 9. Januar 2012 entschied die Vorinstanz betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen das Voranstehende (Urk. 2 S. 18 ff.). Dieser Entscheid gibt im Übrigen denn auch über den detaillierten Verfahrenslauf vor der Vorinstanz Auskunft (Urk. 2 S. 2 ff.).

5. Gegen den vorgenannten Entscheid vom 9. Januar 2012 legte der Kläger innert Frist Berufung ein und stellte dabei die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 1 S.2 f.).

6. Mit Buchungsdatum vom 9. Februar 2012 ging innert Frist der dem Kläger mit Verfügung vom 1. Februar 2012 auferlegte Kostenvorschuss für die Gerichtskosten (Urk. 6) bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 7).
7. Mit Eingabe vom 5. März 2012 schloss die Beklagte innert Frist auf kostenfällige Abweisung der Berufung (Urk. 9 S. 2).
8. Mit Eingabe vom 21. März 2012 erfolgte durch den Kläger eine Noveneingabe, worin er nunmehr beantragt, dass die von ihm mit der Berufungsschrift beantragte Kinderanhörung ohne Beisein der Prozessbeiständin von C._____ durchzuführen sei (Urk. 12 und Urk. 13/1-6).
9. Mit Eingabe vom 28. März 2012 stellte die Prozessbeiständin von C._____ folgende Anträge (Urk. 14 S. 2):
 - "1. Es seien die Eltern zu verpflichten, die Beratung des Instituts E._____ aufzusuchen und mindestens 5 Beratungsstunden zu besuchen;
 2. Es sei das Institut E._____ zu beauftragen, dem Gericht mitzuteilen, ob die Eltern die Beratungsstunden wahrgenommen haben."
10. Mit Eingang vom 2. April 2012 erfolgte durch den Kläger (selbst) abermals eine Noveneingabe (Urk. 16 und Urk. 17/1-3).
11. Mit Eingabe vom 2. Mai 2012 stellte die Prozessbeiständin von C._____ folgenden Antrag um Anordnung einer superprovisorischen Massnahme (Urk. 18 S. 2):

"Es sei die Vormundschaftsbehörde F._____ zu beauftragen, abklären zu lassen, ob das Kindeswohl von C._____ durch das Verhalten seiner Eltern in deren hochstrittigen Scheidungsverfahren gewahrt ist."
12. Mit Verfügung vom 4. Mai 2012 wurde der vorgenannte Antrag der Prozessbeiständin von C._____ um Anordnung einer superprovisorischen Massnahme abgewiesen (Urk. 20 S. 4, Dispositiv-Ziffer 1).
13. Mit Eingabe vom 20. Juli 2012 zog die Prozessbeiständin von C._____ ihre gemäss Ziff. 9 hievor gestellten Anträge zurück (Urk. 23). Dies ist vorzumerken.

14. Die Noveneingabe des Klägers vom 21. März 2012 wurde klägerischerseits auch der Beklagten und der Prozessbeiständin von C._____ zugestellt (vgl. Urk. 12 S. 9). Eine freiwillige Stellungnahme erfolgte bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht. Die Eingabe des Klägers (selbst) vom 30. März 2012 (Urk. 16) erweist sich als nicht entscheidrelevant, weshalb bislang auf ihre Zustellung an die Beklagte und die Prozessbeiständin von C._____ verzichtet wurde. Mit dem Endentscheid ist ihnen je eine Kopie zuzustellen. Mit dem Rückzug der von der Prozessbeiständin von C._____ mit Eingabe vom 28. März 2012 gestellten Anträge sind allfällige Stellungnahmen der Parteien obsolet geworden. Die Doppel der Eingabe sind den Parteien mit dem Endentscheid zuzustellen.

II.

1.1 Das Rechtsmittelverfahren steht unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272; Art. 405 Abs. 1 ZPO).

1.2 In Bezug auf das Verfahren vor Vorinstanz gilt es zu berücksichtigen, dass dieses vor Inkrafttreten der ZPO eingeleitet wurde, sodass bis zu dessen Abschluss das bisherige kantonalzürcherische Verfahrensrecht (ZPO/ZH) gilt (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Damit sind für das Verfahren vor Vorinstanz auch weiterhin die bisherigen Verfahrensbestimmungen von Art. 134-149 aZGB anzuwenden.

1.3 Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung notwendig ist.

2. Vorliegend sind hinsichtlich des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz vom 9. Januar 2012 betreffend Anordnung von vorsorglichen Massnahmen die Obhut über C._____ sowie das Besuchs- und Ferienrecht des nicht die Obhut über C._____ innehabenden Elters im Streit.

3.1 Wie die Vorinstanz eingangs ihrer Erwägungen zutreffend festgehalten hat, ist das Verfahren betreffend Anordnung, Aufhebung und Abänderung vorsorglicher Massnahmen summarischer Natur. Die Vorinstanz hat dieses - auch bezüg-

lich Officialmaxime und Substantiierungslast - zutreffend charakterisiert (Urk. 2 S. 7, E. 1.15).

3.2.1 Im Rahmen seiner Berufungsschrift bringt der Kläger vor, dass vor Vorinstanz sein rechtliches Gehör verletzt worden sei. Zum einen hätten die Parteien keine Gelegenheit erhalten, zum Ergebnis der Kinderanhörung von C._____ vom 16. Dezember 2011 Stellung zu nehmen, indem das entsprechende Protokoll erst mit dem angefochtenen Entscheid überhaupt zugestellt worden sei. Zum anderen habe es die Vorinstanz entgegen den Anträgen des Klägers und der Prozessbeiständin ohne nähere Begründung abgelehnt, C._____ im Beisein seiner Prozessbeiständin zu befragen. In beiden Unterlassungen sei eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu erblicken. Im hochsensiblen Entscheid über die Kinderbelange könne die Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht einfach im Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden. Dies unter anderem auch deswegen, weil die Vorinstanz bereits unmittelbar nach den Ausführungen der Prozessbeiständin im Hauptverfahren zum Ausdruck gegeben habe, den Hauptantrag des Klägers und der Prozessbeiständin auf Anordnung der wechselnden Obhut zu verwerfen (Urk. 1 S. 4 f.).

3.2.2 Mit dem Anspruch des Kindes auf Vertraulichkeit seiner Aussagen kollidiert der Anspruch der Eltern auf rechtliches Gehör. Das Bundesgericht hat dazu festgehalten, der Gehörsanspruch sei gewahrt, wenn den Eltern das Ergebnis der Anhörung, nicht aber die Einzelheiten des Gesprächsinhalts bekannt gegeben würden und sie vor dem Zuteilungsentscheid dazu Stellung nehmen könnten. Daher ist nicht erforderlich, dass über das Gespräch oder das Ergebnis der Anhörung ein formelles Protokoll unter Wahrung sämtlicher zivilprozessualer Formvorschriften erstellt wird. Gleichwohl sind die Ergebnisse schriftlich festzuhalten, zumindest dann, wenn das Gericht in seinem Entscheid darauf abstellt. Der Gehörsanspruch der Eltern setzt ferner eine inhaltlich so konkrete schriftliche Wiedergabe der Anhörungsergebnisse voraus, dass eine substantiierte Stellungnahme möglich ist (Guy Bodenmann/Alexandra Rumo-Jungo, Die Anhörung von Kindern aus rechtlicher und psychologischer Sicht, FamPra.ch 2003, S. 22 N 39 f.). Im Hinblick auf die Wahrung ihres rechtlichen Gehörs sind den Parteien die wesentlichen Ergebnisse der Kinderanhörung zur Stellungnahme zuzustellen, was

erst mit dem angefochtenen Entscheid geschehen ist (vgl. Urk. 2 S. 20, Dispositiv-Ziffer 5). Damit hat die Vorinstanz den Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme im vorinstanzlichen Verfahren vereitelt (vgl. dazu auch § 201 b Abs. 4 ZPO/ZH).

3.2.3 Die Möglichkeit der Heilung einer Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren hängt namentlich von der Schwere und Tragweite der Verletzung sowie davon ab, ob die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei überprüfen kann. Zudem darf der Partei, welche das Rechtsmittel ergriffen hat, kein Nachteil durch die Heilung erwachsen (vgl. BGE 129 I 129 E. 2.2.3 S. 135; BGE 126 I 68 E. 2 S. 72; BGE 125 I 209 E. 9 lit. a S. 219 = Pra 89 Nr. 149 S. 888 f.; BGE 122 II 274 E. 6 S. 285; BGE 116 Ia 94 E. 2 S. 95 ff.; BGE 111 Ib 182 E. 5 S. 188; BGE 107 Ia 1 E. 1 S. 2 f.; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 56 N 6a). Kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten, ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, zumal diese zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. BGE 136 V 117 E. 4.2.2.2; BGE 133 I 201 E. 2.2).

3.2.4 Das Obergericht verfügt im Berufungsverfahren über eine umfassende Kognition (vgl. ZPO-Kommentar Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Reetz/Theiler, N 6 zu Art. 310), mithin über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz. Der Berufungsinstanz steht daher im Rahmen der Berufungsanträge eine uneingeschränkte Überprüfung des angefochtenen Entscheides zu.

Anzumerken gilt es, dass das Protokoll der Kinderanhörung auch der Beklagten erst mit dem angefochtenen Entscheid zugestellt worden ist, weshalb auch sie vor der Fällung des angefochtenen Entscheides keine Möglichkeit zur Stellungnahme hatte. Insofern besteht im vorliegenden Verfahren also Waffengleichheit. Der Kläger hat in seiner Berufung in ausführlicher Weise umfassend zum Protokoll der Kinderanhörung Stellung nehmen können.

Bei der Kinderanhörung geht es mitunter darum, die Meinung des Kindes und die von ihm dafür angegebenen Gründe in die Entscheidungen betreffend Kinderbelange einzubeziehen. Den Wünschen des Kindes kommt dabei eine um so grössere Bedeutung zu, je reifer dieses ist. Bei einem knapp elfjährigen Kind können dessen Wünsche jedoch nicht allein massgeblich sein kann (BGE 5C.52/2005, E. 3.2). Aus den Erwägungen im angefochtenen Entscheid ergibt sich, dass sich die Vorinstanz für ihre Entscheidungsfindung im Wesentlichen auch gar nicht auf die Aussagen von C._____ gestützt hat. Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen erfolgte die Abweisung des Hauptantrages des Klägers und der Prozessbeiständin auf Anordnung der wechselnden Obhut primär mangels Vorliegens eines gemeinsamen Antrages. Gemäss Vorinstanz würde jedoch auch ein gemeinsamer Antrag der Parteien mangels Kooperations- und Kommunikationsbereitschaft und -fähigkeit unter den Eltern abgewiesen werden müssen (Urk. 2 S. 12 f., E. 2.6.). Sodann ergibt sich aus den Erwägungen zum klägerischen (Eventual-)Antrag auf Umteilung der Obhut, dass dessen Abweisung erfolgte, weil gemäss vorinstanzlicher Auffassung keinerlei Anzeichen dafür vorliegen würden, dass das Wohl von C._____ aktuell gefährdet sein würde und entsprechende Massnahmen getroffen werden müssten (Urk. 2 S. 15, E. 3.2.). Die Aussagen von C._____ wurden lediglich beigezogen, um festzustellen, ob seine Wünsche der Entscheidungsfindung diametral entgegenstehen würden oder mit ihr eine Gefährdung seines Kindeswohls einhergehen würde (Urk. 2 S. 12 und 15 ff.). Das Ergebnis der materiellen Beurteilung durch die Vorinstanz zeitigt daher, dass durch die verspätete Zustellung des Ergebnisses der Kinderanhörung mit dem angefochtenen Entscheid weder eine schwerwiegende Gehörsverletzung noch ein schwerer Eingriff in die Rechtsposition des Klägers erfolgte. Es ist der Beklagten zuzustimmen, dass eine Rückweisung unweigerlich zu unnötigen Verzögerungen und zu einem formalistischen Leerlauf führen würde, was es mit Blick auf die beförderlich zu behandelnden Kinderbelange dringend zu vermeiden gilt (vgl. Urk. 9 S. 4). Eine allfällige Gehörsverletzung wurde somit durch den Umstand, dass sich der Kläger nun im Berufungsverfahren umfassend äussern konnte, geheilt.

3.3 Wie bereits erwähnt, will der Kläger auch in der Unterlassung der Vorinstanz, C._____ im Beisein seiner Prozessbeiständin zu befragen, eine Verlet-

zung des rechtlichen Gehörs erblicken (vgl. Ziffer 3.2.1 hiervor). Entgegen seines ursprünglichen Antrages, C._____ sei erneut durch das Obergericht, und zwar im Beisein seiner Prozessbeiständin anzuhören, beantragte er mit Eingabe vom 20. März 2012 die Durchführung der Anhörung in Abwesenheit der Prozessbeiständin (Urk. 12 S. 8). Damit fehlt dem Kläger ein schutzwürdiges Interesse, sich diesbezüglich auf einen allfälligen Mangel zu berufen (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Kinderanhörung unter Abwesenheit der Eltern, weiterer Bezugspersonen oder der Anwälte erfolgen soll. Damit werden dem Kind psychische Druckmittel und mögliche Loyalitätskonflikte erspart (Guy Bodenmann/Alexandra Rumo-Jungo, a.a.O, S. 22 N 39). Wurde dem Kind eine Vertretung bestellt, so nimmt diese andererseits gemäss der hier noch anwendbaren gesetzlichen Bestimmung in der Regel an der Anhörung teil (§ 201 b Abs. 2 ZPO/ZH). In der Praxis verzichteten die Prozessbeistände aus den oben angeführten Überlegungen meist auf eine Teilnahme an der Anhörung. Da die Teilnahme nicht zwingend ist, besteht kein Anspruch der Eltern auf eine Teilnahme des Prozessbeistandes an der Anhörung.

3.4 Der klägerische (Eventual-)Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheides und dessen Rückweisung an die Vorinstanz zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs und neuer Entscheidungsfindung ist daher abzuweisen.

4.1 Der Kläger bringt in seiner Berufungsschrift vor, dass das Protokoll der Kinderanhörung vom 16. Dezember 2011 in weiten Teilen nicht das wiedergebe, was von C._____ ausgesagt worden sei, sondern es so abgefasst sei, dass es zum angefochtenen Entscheid nicht im Widerspruch stehe. Dass dem so sei, resultiere auf seiner Besprechung des Protokolls mit C._____. C._____ habe den Vater anlässlich eines Besuchswochenendes Mitte Dezember 2011 darüber aufgeklärt, was im Protokoll inhaltlich nicht stimmen würde und keinen Eingang gefunden habe. Sodann habe C._____ mit einem Schreiben vom 15. Januar 2012 in seiner eigenen Handschrift auf die unrichtige Protokollierung reagiert und den Wunsch geäussert, dass das Protokoll im Sinne seiner eigenen Darstellung korrigiert werde (Urk. 3/1). Wie sich aus diesem Schreiben ausserdem ergebe, habe C._____ dem Kläger noch weitere Unrichtigkeiten im Protokoll mitgeteilt, was letzterer zusammengefasst und aufgezeichnet habe (Urk. 3/2). Auch wenn das Ergebnis der

Kinderanhörung gegebenenfalls summarisch und schriftlich festzuhalten sei, könne es nicht angehen, dass das Gericht etwas festhalte, was C. _____ nie gesagt habe, währenddem umgekehrt das, was er wirklich gesagt habe, nicht ins Protokoll der Anhörung aufgenommen werde. Die wesentlichen Aussagen eines Kindes seien im Protokoll so festzuhalten, wie sie gelautet hätten, und nicht, wie sie das Gericht gerne hätte. Hinsichtlich des seiner Ansicht nach fehlerhaften Protokolls habe der Kläger bei der hierfür zuständigen Vorinstanz bereits um die Berichtigung des Protokolls ersucht (Urk. 1 S. 5 f.). Zur Berichtigung der seiner Ansicht nach eklatanten Differenzen zwischen den protokollierten Aussagen von C. _____ und dem, was C. _____ selbst zur Anhörung ausführe, könne auch mit einer erneuten Anhörung von C. _____ durch das Obergericht begegnet werden, und zwar im Beisein seiner Prozessbeiständin (Urk. 1 S. 8). In seiner Eingabe vom 20. März 2012 beantragte er dann allerdings - wie gesehen - die Durchführung der Anhörung in Abwesenheit der Prozessbeiständin (Urk. 12 S. 8).

4.2 Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass ein Protokollberichtigungsbegehren bei jener Gerichtsstelle zu verlangen ist, über deren Verfahren das Protokoll Aufschluss gibt (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 154 N 8). Zuständig ist demnach die Vorinstanz. § 141 Abs. 2 GVG/ZH sieht als Kann-Vorschrift die Möglichkeit vor, dass auf ein Handprotokoll verzichtet werden kann und stattdessen lediglich das Ergebnis der Anhörung schriftlich festzuhalten ist (vgl. auch Hauser/Schweri, a.a.O., § 142 N 7). Aus § 141 Abs. 2 GVG/ZH ergibt sich folglich, dass es dem Gericht anheim gestellt ist, ein ausführliches Protokoll oder eine summarische Zusammenfassung der Kinderaussagen zu erstellen oder lediglich das Ergebnis der Anhörung schriftlich festzuhalten. Hieraus resultiert aber auch, dass kein Anspruch auf Vollständigkeit der Kinderaussagen besteht. Zuletzt gilt es nicht ausser acht zu lassen, dass, wie bereits dargelegt, der Anspruch des Kindes auf Vertraulichkeit seiner Aussagen zu berücksichtigen ist (vgl. vorstehende Ziff. 3.2.2). Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Gesetzgeber die Gefahr in Kauf genommen hat, dass die befragende Person die Aussagen des Kindes rein subjektiv wertet und dass eine nachträgliche Überprüfung der Korrektheit der aus den Kinderaussagen gezogenen Schlüsse nicht möglich ist (vgl. auch Hauser/Schweri, a.a.O., § 142 N 7). Zum

anderen stellen aber Aussagen, welche Kinder im Rahmen einer Anhörung machen, keine formellen Beweisaussagen (Zeugenaussagen) dar. Sie dienen in erster Linie der Information des Richters über die Meinung des Kindes hinsichtlich der Regelung der elterlichen Sorge und des persönlichen Verkehrs (Hauser/Schweri, a.a.O., § 142 N 9, mit weiteren Verweisen). Sodann sind die Aussagen eines Kindes für die Entscheidungsfindung über die Kinderbelange für sich alleine nicht ausschlaggebend, auch wenn den Wünschen des Kindes eine um so grössere Bedeutung zukommt, je reifer dieses ist (vgl. vorstehende Ziff. 3.2.4). Der Gesprächsinhalt ist als eines von mehreren Kriterien anzusehen. Der Entscheid über die Regelung der Kinderbelange soll oder kann nicht an einzelnen Antworten festgemacht werden. Aufgrund des dem Gericht einberaumten Ermessens in Bezug auf die formelle Verwertung der Aussagen eines Kindes anlässlich einer Kinderanhörung stellt sich die Frage, inwieweit das Protokoll bzw. die Zusammenfassung überhaupt einem Berichtigungsbegehren zugänglich sein kann. Wie zu zeigen sein wird, kann diese Frage für die vorliegende Entscheidungsfindung offen bleiben (vgl. nachstehende Ziff. 5.4). Nebenbei sei jedoch bemerkt, dass der Vorwurf des Klägers, die Vorinstanz habe das Ergebnis der Kinderanhörung nahezu mutwillig protokolliert, jeglicher Grundlage entbehrt.

4.3.1 Im Rechtsmittelverfahren ist eine erneute Anhörung grundsätzlich nur dann angezeigt, wenn sich die Umstände seit der letzten Anhörung geändert haben (Pra 2003 Nr. 67 = Fam Pra 2003 Nr. 58). Entscheidend ist, dass die einmal vorgenommene Anhörung bzw. deren Ergebnis im Zeitpunkt der Verwertung noch aktuell ist. Dies ist Ausdruck des Gedankens, dass eine Anhörung um der Anhörung willen zu vermeiden ist und von wiederholten Anhörungen abgesehen werden kann, wo neue Erkenntnisse nicht zu erwarten sind (BGE 5A.160/2011, E. 5.2.1, mit weiteren Verweisen). Selbst wenn neue Erkenntnisse zu erwarten sind, ist von einer erneuten Anhörung abzusehen, wo dies für das Kind eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, was namentlich bei akuten Loyalitätskonflikten der Fall sein kann, und überdies der erhoffte Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zu der durch die erneute Befragung verursachten Belastung stünde (vgl. BGE 133 III 553, E. 4., mit weiteren Verweisen).

4.3.2 Der Kläger behauptet nicht, es hätten sich die Umstände seit der letzten Anhörung geändert. Vielmehr will er mit einer erneuten Anhörung eine Berichtigung des nach seiner Ansicht nicht richtig festgehaltenen Ergebnisses der Anhörung von C._____ vor Vorinstanz erwirken. Er will also nicht neue, sondern andere Erkenntnisse erzielen. Dieses Ziel ist verfehlt, liegt doch, wie dargelegt, die Zuständigkeit für eine allfällige Berichtigung bei der Vorinstanz (vgl. hierzu auch vorstehende Ziff. 4.2).

4.3.3 Bereits mit Verfügung vom 4. Mai 2012 ist den Parteien dargelegt worden, dass die von der Vorinstanz festgehaltene umfangreiche Prozessgeschichte der seit dem Jahre 2007 getrennt lebenden Parteien darauf schliessen lässt, dass sich das bei der Vorinstanz am 14. Juni 2010 anhängig gemachte Scheidungsverfahren als äusserst strittig gestaltet. Im Streit liegen insbesondere die Kinderbelange (vgl. Urk. 2 S. 2 ff.). So kämpfen die Parteien seit einiger Zeit erbittert um die Zuteilung der elterlichen Obhut über C._____. Gerichtsnotorisch ist, dass ein Kind in einem Verfahren betreffend seine Belange in einen Loyalitätskonflikt gerät, je länger ein Verfahren andauert. Ebenso bekannt ist, dass durch einen solchen Konflikt das Wohl des Kindes stark beeinträchtigt wird und gar eine Kindeswohlgefährdung resultieren kann. Aufgrund der vorliegenden Akten muss darauf geschlossen werden, dass C._____ sich in einem massiven Loyalitätskonflikt befindet und sein Wohl entsprechend stark beeinträchtigt respektive gefährdet ist (Urk. 20 S. 3, E. 4.). Die Konfliktsituation von C._____ entgeht denn auch den Parteien nicht (vgl. Urk. 1 S. 13; Urk. 9 S. 6). Die mit ihr einhergehende Beeinträchtigung bzw. Gefährdung des Kindeswohls ist damit nicht nur eine abstrakte, sondern eine konkrete. Die Beeinträchtigung bzw. die Gefährdung des Wohls von C._____ muss überdies als grösser eingestuft werden, als dies im Zusammenhang mit einer Trennung der Eltern naturgemäss der Regelfall sein kann. Aus den Eingaben der Prozessbeiständin ergibt sich zudem, dass sich die Situation von C._____ mit der Dauer und dem Verlauf der eherechtlichen Streitigkeiten verschärft hat und zunehmend verschärft (Urk. 14 und Urk. 18). Beide Parteien stellen dies denn auch nicht Abrede, nur die Verantwortung dafür wollen sie je beim anderen Elternteil sehen. Unter den gegebenen Umständen muss eine Gewährleistung für eine eigene Meinungsbildung und freie Äusserung von C._____, mit

dem selbst Ergebnisse und Protokoll der Anhörung besprochen werden, derzeit als nicht gegeben erachtet werden. Ohne diese Gewährleistung wären die Erkenntnisse aus einer erneuten Anhörung jedoch kaum verwertbar.

4.3.4 Die Ansicht des Klägers, wonach die Vorinstanz das Ergebnis der Kinderanhörung nicht richtig festgehalten habe, gründet auf der direkten väterlichen Konfrontation von C._____ mit dem festgehaltenen Ergebnis anlässlich eines Besuchswochenendes beim Kläger in G._____ vom 16. bis 18. Dezember 2011. Das behauptete fehlerhafte Ergebnis will er mit dem handschriftlichen Schreiben von C._____ vom 15. Januar 2012, demnach verfasst am Besuchswochenende beim Kläger in G._____ vom 13. bis 15. Januar 2012 (vgl. Urk. 9 S. 6), und mit eigenen Aufzeichnungen dargetan haben (Urk. 3/1-2). Demgegenüber sieht die Beklagte das durch die Vorinstanz festgehaltene Ergebnis der Kinderanhörung bei der Prozessbeiständin von C._____ als bestätigt (Urk. 9 S. 7). Ebenso geht letztere von diesem Ergebnis aus (Urk. 14 S. 3; Urk. 18 S. 2 f.).

Hieraus ergibt sich, dass der sich in einem massiven Loyalitätskonflikt befindliche C._____ mit dem Ergebnis seiner Anhörung vom 16. Dezember 2011 intensiv hat auseinandersetzen müssen. Weiter geht insbesondere aus den klägerischen Eingaben hervor, dass C._____ mit der Dauer und dem Verlauf der eherechtlichen Streitigkeiten in diese in einem weit überdurchschnittlichen Masse involviert wird. Sodann ergibt sich aus den Eingaben, dass sich der Kläger regelmässig hinsichtlich aktueller Geschehnisse auf Seiten der Beklagten sowie der Prozessbeiständin über C._____ auf dem Laufenden hält. Ebenso kann ihnen aber auch entnommen werden, dass auch seitens der Beklagten ein Einbezug von C._____ in die eherechtlichen Streitigkeiten erfolgt, was unbestritten geblieben ist (vgl. Urk. 12 und Urk. 16). Jüngst sieht sich C._____ sogar in ein Strafverfahren des Klägers gegen den Partner der Beklagten wegen behaupteter Drohung miteinbezogen (Urk. 9 S. 5 ff., Urk. 12 und Urk. 16). Aus dem Gesagten erhellt, dass C._____ zweifelsohne einer sehr hohen Belastung ausgesetzt ist, was es zu vermeiden gilt. Eine erneute Anhörung von C._____ würde der damit einhergehenden sehr hohen Belastung seiner Person wohl kaum entgegen wirken. Im Gegenteil, es wäre damit zu rechnen und zu befürchten, dass C._____ im Anschluss an eine erneute Anhörung zur Rede gestellt würde und sich abermals intensiv mit

dem festgehaltenen Ergebnis auseinanderzusetzen hätte. Eine solche Belastung ist dem Wohl von C._____ nicht zuträglich.

Die Parteien sind an dieser Stelle unter Hinweis auf ihre Loyalitätspflicht im Sinne von Art. 274 ZGB mit Nachdruck aufzufordern, alles zu unterlassen, womit eine Beeinträchtigung bzw. Gefährdung des Wohls von C._____ auch nur einhergehen könnte. Es geht nicht an, auf C._____ einzuwirken oder sich über C._____ Vorteile verschaffen zu wollen. Die vorliegende Streitigkeit ist eine solche zwischen den Parteien. C._____ ist also nicht Partei, sondern unfreiwillig Verfahrensbeteiligter. Für C._____ ist für die vorliegende Streitigkeit zur Wahrung seiner Interessen eine Prozessbeiständin bestellt worden. Es ist an ihr und nicht an den Parteien, C._____ hinsichtlich der Kinderbelange über das Verfahren zu orientieren und für ihn Anträge zu stellen (vgl. nachstehende Ziff. 4.3.5). Daran ändert auch nichts, dass der Kläger mit der Person der Prozessbeiständin Mühe bekundet (Urk. 12 und Urk. 16). Des Weiteren sind die Parteien darauf hinzuweisen, dass ein Aushorchen von oder Einwirken auf C._____ seinem Wohl nicht zuträglich ist. Ein derartiges Verhalten wirft ein unvorteilhaftes Licht auf die Erziehungsfähigkeit des betreffenden Elternteils.

4.4 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der fragliche Nutzen einer erneuten Anhörung von C._____ aufgrund nicht zu erwartender verwertbarer Ergebnisse in keinem vernünftigen Verhältnis zur mit einer Anhörung verbundenen Belastung von C._____ steht. Im Ergebnis ist der klägerische Antrag auf eine erneute Anhörung von C._____ abzuweisen.

5.1 Im Zusammenhang mit dem Antrag auf Umteilung der Obhut über C._____ bringt der Kläger vor, dass die vorinstanzliche Entscheidungsfindung auf einer mangelhaften Feststellung des Willens von C._____ beruhe. Zum einen sei das Ergebnis der Anhörung von C._____ vom 16. Dezember 2011 nicht richtig festgehalten worden, indem dieses inhaltlich nicht mit den Aussagen von C._____ übereinstimmen würde und Gesagtes von C._____ keinen Eingang in dieses gefunden hätte (Urk. 1 S. 5 ff.; vgl. auch vorstehende Ziff. 4.1). Zum anderen sei der durch die Prozessbeiständin kundgegebene Wille von C._____ anlässlich der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen und unentgeltliche Prozess-

führung vom 25. November 2011 bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt worden (Urk. 1 S. 9 ff.). Des Weiteren moniert er eine mangelhafte Fragestellung anlässlich der Kinderanhörung vom 16. Dezember 2011. So sei das subjektive Empfinden von C._____ über die derzeitige Regelung der Kinderbelange anlässlich der Kinderanhörung zu wenig erforscht worden. Bei entsprechender Fragestellung durch die Vorinstanz wäre die vom Kläger vorgebrachte Ausgrenzung aufgrund des von C._____ subjektiv empfundenen Konkubinats der Beklagten und ihres Partners hervorgegangen. Dies hätte den Wunsch von C._____, künftig beim Kläger leben zu wollen, zum Ausdruck gebracht. Sodann sei nicht erforscht worden, ob C._____ durch den Miteinbezug in ein Strafverfahren des Klägers gegen den Partner der Beklagten wegen behaupteter Drohung möglicherweise nicht auch gegenüber dem Partner der Beklagten in einen Loyalitätskonflikt gefallen sei. Im Falle der Bejahung eines solchen Loyalitätskonfliktes sei es naheliegend, dass in C._____ der Wunsch entstehe, aus diesem Loyalitätskonflikt fliehen und künftig beim Kläger wohnen zu wollen. Dies, um nicht tagtäglich dem Partner der Beklagten begegnen zu müssen, auch wenn die Beziehung zur Beklagten soweit intakt sei. Sodann sei der Verdacht der Prozessbeiständin nicht von der Hand zu weisen, wonach der Widerstand der Beklagten gegen eine Umteilung der elterlichen Obhut weniger vom Kindeswohl diktiert sei, als von finanziellen Fragen (Urk. 1 S.12 ff.).

5.2 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorbringen des Klägers in Bezug auf die Umteilung der Obhut über C._____ völlig unsubstantiiert seien. Die Berufung lasse jeglichen Hinweis vermissen, welcher eine Umteilung der Obhut unter dem Blickwinkel des Kindeswohls rechtfertigen würde. Die Vorbringen des Klägers würden sich - wie bereits im erstinstanzlichen Verfahren - darauf reduzieren, dass die Beklagte in einem Konkubinat lebe, welches C._____ gegenüber dem Kläger bestreiten müsse. Aus diesem Grund lebe er gemäss Kläger in einer "Lügenwelt", aus welcher er herausgenommen werden müsse. Die fixe Idee des Klägers betreffend ein (nicht existierendes) Konkubinat seitens der Beklagten werde erneut bestritten. Der Partner der Beklagten habe selber Kinder, wohne in H._____ und habe nicht die geringste Absicht, die Rolle des "Ersatzvaters" zu übernehmen. Dass er ab und zu bei der Beklagten (und diese ab und zu

bei ihm) übernachten würde, gehe den Kläger nichts an; das betreffe die Privatsphäre der Beklagten, welche der stalkende Kläger bekanntlich seit Jahren mit Füssen trete. Die Tatsache, dass der Kläger bei jeder Gelegenheit mit Hilfe zweifelhafter Methoden (im Eheschutzverfahren habe er gar einen Privatdetektiv auf die Beklagte angesetzt) ein Konkubinat der Beklagten herbeireden wolle, um sich daraus einen finanziellen Vorteil zu verschaffen, sei das eine. Dass er aber mit dieser Argumentation die Umteilung der Obhut über C. _____ zu erlangen suche, sei absurd. Bei seinem entlarvenden Vorwurf an die Adresse der Beklagten, ihr Widerstand gegen eine Umteilung der Obhut sei "weniger vom Kindeswohl diktiert, als von finanziellen Fragen", handle es sich daher um eine augenscheinliche Projektion (Urk. 9 S. 12 ff.). Im Übrigen hege die Beklagte seit Langem die Vermutung, dass hinter der beantragten Umteilung der Obhut über C. _____ bzw. der verlangten Anordnung eines Wechselmodells oder wie im nunmehrigen Verfahren die Ausdehnung des Besuchsrechts im Sinne des Wechselmodells die Absicht bzw. die Taktik des Klägers stecke, die Liegenschaft in D. _____ für sich zu beanspruchen, die Beklagte von dort fortweisen zu lassen und in der Folge zu behaupten, sie habe ihre Eigenversorgungskapazität aufgrund wegfallender Betreuungspflichten noch weiter zu erhöhen (Urk. 9 S. 10).

5.3 Vorweg gilt es festzuhalten, dass hinsichtlich der Kinderbelange in Bezug auf die Regelung der Obhut über das Kind C. _____ und den persönlichen Verkehr eine rechtskräftige Regelung gemäss Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 23. Mai 2008 (Eheschutz) besteht, angepasst durch die Verfügungen des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 24. August 2011 (Urk. 5/65) und vom 25. November 2011 (Urk. 5/85) betreffend vorsorgliche Massnahmen. Die Erwägungen im angefochtenen Entscheid betreffend das Verhältnis von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren mit bestehenden Eheschutzmassnahmen, mithin der Voraussetzungen für eine gerichtliche Änderung von bestehenden Eheschutzmassnahmen, sowie hinsichtlich der Kriterien für die Zuteilung bzw. auch die Umteilung der elterlichen Obhut erweisen sich als zutreffend. Es kann deshalb vollumfänglich auf die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 2 S. 9, E. 2.4.). Es ist sowohl der Vorinstanz als auch der Beklagten zuzustimmen, dass

im Interesse einer kontinuierlichen Entwicklung des Kindes die Elternrechte nicht leichfertiger neu geregelt werden dürfen (Jann Six, Eheschutz, Zürich/Basel/Genève 2008, Rz 4.02; Urk. 2 S. 10, E. 2.4.; Urk. 9 S. 13). Seit der Trennung der Parteien im Sommer 2007 lebt C._____ bei der Beklagten, mithin seit zirka fünf Jahren. Der bestehenden Regelung kommt daher eine gewisse normative Kraft zu (vgl. BGE 5P.290/2002, E. 2.2.). Von daher erfolgt eine Umteilung der elterlichen Obhut im Streitfall dann, wenn mit der bestehenden Regelung eine Gefährdung des Kindeswohls einhergeht. Bereits die Vorinstanz hat auf diese Voraussetzung hingewiesen (vgl. auch Urk. 2 S. 14 ff, E. 3.2. und E. 3.3.).

5.4 Der Kläger bemängelt das Ergebnis der Anhörung von C._____ vom 16. Dezember 2011 und stützt sich dabei auf ein handschriftliches Schreiben von C._____ vom 15. Januar 2012 und eigene Aufzeichnungen (Urk. 3/1-2). Auf die Entstehung des Schreibens ist bereits hingewiesen worden (vgl. Ziff. 4.3.4 hier vor). Die Beklagte und die Prozessbeiständin stellen sich auf den Standpunkt, dass dieses Schreiben von C._____ durch den Kläger initiiert und aufgesetzt sei, was C._____ gegenüber der Prozessbeiständin auch bestätigt habe (Urk. 9 S. 7; Urk. 14 S. 3; Urk. 18 S. 2 f.). Es ist der Beklagten zuzustimmen, dass der angewandte Schreibstil und die verwendeten Formulierungen im besagten Schreiben kaum als altersadäquat angesehen werden können (vgl. Urk. 9 S. 7). Sodann weist das Schreiben inhaltlich nur auf angebliche Fehler des durch die Vorinstanz festgehaltenen Ergebnisses der Anhörung von C._____ hin, die darauf abzielen, dem Kläger einen Vorteil zu verschaffen. Daher hinterlässt es einen einseitigen Eindruck. Nicht zweifelsfrei auszuschliessen ist demnach, dass das Schreiben auf einer illoyalen Einflussnahme beruht und daher nicht verwertbar wäre. Dies kann vorliegend aber offen bleiben.

Gemäss Kläger ergibt sich aus dem Inhalt des Schreibens von C._____, dass dieser beim Kläger wohnt und zumindest im Herbst nicht nur eine, sondern zwei Ferienwochen beim Kläger verbringen wolle sowie dass der Partner bei der Beklagten wohne (Urk. 1 S. 8 f.).

Wie sich aus den vorinstanzlichen Erwägungen ergibt und wie bereits erwähnt, sind die Aussagen eines Kindes für die Entscheidungsfindung über die Kinderbelange

für sich alleine nicht ausschlaggebend, auch wenn den Wünschen des Kindes eine um so grössere Bedeutung zu kommt, je reifer dieses ist (vgl. vorstehende Ziff. 3.2.4 und Ziff. 4.2). Das Gespräch mit dem Kind dient aber nicht unmittelbar der Entscheidungsfindung (es soll und darf dem Kind nicht über seine Meinungsäusserung die Verantwortung für den Entscheid übertragen werden), wohl aber der Verifizierung der sich aus den übrigen Informationsquellen ergebenden Aktenlage (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 144 N 8). Beim im Zeitpunkt der Anhörung knapp elfjährigen C._____ ist der Gesprächsinhalt als eines von mehreren Kriterien anzusehen (vgl. vorstehende Ziff. 3.2.4 und Ziff. 4.2).

Aus der blossen Willensäusserung, künftig beim Beklagten wohnen zu wollen, geht nicht hervor, worauf der angebliche Wunsch gründet. Aus ihr kann daher nicht abgeleitet werden, dass das Wohl von C._____ gefährdet ist oder im Falle eines anderslautenden Entscheides gefährdet wäre. Auch die Aussage, der Partner der Beklagten wohne bei ihm, deutet für sich allein nicht auf eine Kindeswohlgefährdung hin. Selbst wenn der Partner der Beklagten mit dieser und C._____ zusammenleben sollte, bedeutet dies nicht selbstredend, dass C._____ damit eine Ausgrenzung erfährt. Aus dem Inhalt des Schreibens von C._____ vom 15. Januar 2012 erhellt folglich keine Beeinträchtigung bzw. Gefährdung seines Wohls.

Es ist naheliegend, dass das durch den Kläger gegenüber dem Partner der Beklagten eingeleitete Strafverfahren durch den Miteinbezug von C._____ für diesen eine zusätzliche Belastung darstellt. Aus der bisherigen Aktenlage ergibt sich aber nicht, dass C._____ auch in einen möglichen Loyalitätskonflikt gegenüber dem Partner der Beklagten geraten ist. Insbesondere bestehen keine Anzeichen dafür, dass das Wohl von C._____ bei seiner bestehenden Wohnsituation beeinträchtigt bzw. gefährdet sein soll. Der Kläger selbst bringt ja auch vor, dass die Beziehung von C._____ zur Beklagten soweit intakt sei (Urk. 1 S. 13). Es ist davon auszugehen, dass sich ein allfälliger Loyalitätskonflikt von C._____ gegenüber dem Partner der Beklagten auch in seiner Beziehung zur Beklagten niederschlagen würde. Weder die Anhörung von C._____ noch die bisherigen Eingaben der Prozessbeiständin haben solches zum Vorschein gebracht. Die Argumentation des Klägers,

wonach C._____ aus der gegenwärtigen Wohnsituation würde entfliehen wollen, schlägt demnach fehl.

Die Vorbringen beider Parteien, die jeweilig von der Gegenseite gewünschte Zuteilung der elterlichen Obhut sei weniger vom Kindeswohl diktiert als von finanziellen Fragen, können weder als berechtigt noch als unberechtigt eingestuft werden. Als blosse Behauptungen gelten sie jedoch als nicht glaubhaft dargetan, weshalb auf diese nicht weiter einzugehen ist.

5.5 Zum Vorwurf des Klägers, der durch die Prozessbeiständin kundgegebene Wille von C._____ sei bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt worden, ist darauf hinzuweisen, dass auch die Vorbringen des Prozessbeistandes eines Verfahrensbeteiligten Parteivorbringen sind. Die Würdigung der Parteivorbringen obliegt dem Gericht. Bei der Entscheidung über die Umteilung der Obhut geht es darum, zu beurteilen, ob bei der gegenwärtigen Regelung das Wohl von C._____ beeinträchtigt bzw. gefährdet ist (vgl. vorstehende Ziff. 5.3). Der Entscheidung beinhaltet demnach nicht eine Qualifikation des Klägers als Vater. Aus dem allfällig von C._____ kundgegebenen Willen, künftig beim Vater wohnen zu wollen, kann denn auch nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass die gegenwärtige Regelung seinem Wohl entgegensteht.

5.6 Den voranstehenden Erwägungen zufolge ist es dem Kläger nicht gelungen, glaubhaft darzulegen, dass mit der bestehenden Regelung eine Gefährdung des Wohls von C._____ einhergeht. Hieraus resultiert, dass der Antrag des Klägers auf Umteilung der Obhut über C._____ abzuweisen ist.

6.1 Hinsichtlich seines Eventualantrages auf die Ausweitung seines Besuchsrechts bringt der Kläger vor, dass nicht wie im erstinstanzlichen Verfahren eine "Wechselobhut" (gemeinsame Obhut) der Eltern beantragt werde, sondern lediglich eine erhebliche Ausweitung seines Besuchsrechts. Das beabsichtigte Besuchsrecht decke sich praktisch mit dem, was die Prozessbeiständin im vorinstanzlichen Verfahren konkret beantragt habe. Namentlich beantrage er die Woche/Woche-Regelung während der Schulzeit und eine Ausweitung seines Ferienbesuchsrechts mit Präzisierungen hinsichtlich der Vermeidung von früher entstandenen Konflikten. Es sei nicht einzusehen, warum nicht wenigstens eine sol-

che Ausweitung des Besuchsrechts des Klägers (besser wohl: Betreuungsrecht bzw. Betreuungspflicht, da die Parteien ja immer noch die gemeinsame elterliche Sorge innehätten) möglich sein soll, und zwar ausdrücklich ohne gemeinsame Obhut der Parteien. Damit nämlich würden Probleme mit dem administrativen Wohnsitz des Sohnes vermieden, ebenso Fragen im Zusammenhang mit den Kinderunterhaltsbeiträgen oder auch die von der Vorinstanz so sehr hervorgehobenen angeblichen Probleme, bspw. des Waschens der Kleider usw. Die Vorinstanz hätte daher die von der Prozessbeiständin von C._____ in neun Gesprächen mit C._____ erarbeitete Lösung, welcher zumindest nach deren Ansicht auch dem Kindeswohl am besten entspreche, ernsthaft prüfen und nicht zum vornherein zurückweisen sollen. Gewiss würde ein so ausgedehntes Betreuungsrecht des Klägers den alteingesessenen Gewohnheiten der Gerichte nicht ohne Weiteres entsprechen. Ein Betreuungs- bzw. Besuchsrecht müsse jedoch nicht nach gerichtsüblichen Kriterien geregelt werden, sondern eben kinderadäquat und den ganzen Umständen des Einzelfalles entsprechend. Im Zeitalter der voraussichtlich kommenden gemeinsamen elterlichen Sorge auch nach Scheidung der Eltern im Regelfall würden sich ohnehin die alteingesessenen üblichen Besuchsrechtsregelungen nicht mehr halten lassen. Es werde endlich den modernen Vätern auch eine ernsthafte Möglichkeit eingeräumt, an der Betreuung ihrer Kinder aktiv und engagiert mitzuwirken. Vorliegend falle insbesondere in Betracht, dass C._____ subjektiv seinem Vater näher stehe als der Mutter (vgl. Prot VI S. 47, wo er sage, dass er bei der Mutter gewisse Nachteile sehe [... dass sie teilweise wütend werde. Sie könne manchmal sehr streng und ungeduldig sein], währenddem er erklärt, bei seinem Vater sei fast alles gut. Es gebe eigentlich nichts, was nicht so gut sei.). Wenn unter diesen Umständen die Vorinstanz zum vornherein die über Monate von der Prozessbeiständin zusammen mit C._____ erarbeitete Kompromisslösung verwerfe, dann sei sie ihrer Aufgabe nicht nachgekommen, was von der Berufungsinstanz im Eventualfall zu korrigieren sei. Zum Subeventualantrag bringt der Kläger vor, dass es bei der Ausweitung des Ferienrechts darum gehe, dass dem Wunsch von C._____ Nachachtung verschafft werde, die Herbstferien ganz und nicht nur geteilt (zwei Wochen statt einer Woche) mit dem Vater verbringen zu können. Wenigstens diesem Kinderwunsch hätte die Vorinstanz nachkommen müssen (Urk. 1 S. 14 ff.).

6.2 Die Beklagte bringt dagegen vor, dass der Kläger im Eventualantrag ein derart ausgedehntes Besuchsrecht beantrage, dass es einer wechselseitigen Betreuung gleichkomme (eine Woche beim Vater/ eine Woche bei der Mutter). Abgesehen davon, dass eine wechselseitige Betreuung dem Kindeswohl diametral entgegenstehe, sei eine solche Anordnung auch rechtlich nicht zulässig. Der Kläger fechte die Ende November 2011 vor Bezirksgericht einvernehmlich abgeschlossene Besuchsrechtsregelung an. Obschon sich die Beklagte in Respektierung des (vermeintlichen) Wunsches von C._____ bereit erklärt habe, das Besuchsrecht grosszügig auszudehnen, scheine dies dem Kläger immer noch nicht genug zu sein. Mit der vorgeschobenen Begründung, C._____ wünsche dies, verlange er im Eventual- und Subeventualantrag nun die Zusprechung beider Herbstferienwochen. Dieser Antrag sei abzuweisen, zumal er weder C._____ Wunsch entspreche noch in seinem Wohl liege. Ohnehin scheine C._____ sich langsam bewusst zu werden, dass die von ihm bei der Prozessbeiständin platzierte (und von den Parteien anschliessend nachvollzogene) Ausdehnung der Ferien beim Vater vielleicht doch nicht ganz in seinem Sinne sei. Er merke nun, dass er in seinen Ferien wie bis anhin (auch) etwas mit seinen Kollegen unternehmen wolle, an den Ruderlagern und -regatten teilnehmen möchte etc. Regelmässig habe ihm der Kläger solche Aktivitäten aus nicht nachvollziehbaren Gründen verboten oder sei mit ihm nach I._____ oder nach G._____ verweist (so würden z.B. die Ruderlager an Ostern, Auffahrt und Pfingsten stattfinden; Ostern und Auffahrt verbringe C._____ jedoch bei seinem Vater. Der Kläger verbiete ihm auch an Besuchswochenenden, seine Freunde zu sehen, an den Ruderregatten teilzunehmen usw.). Die Beklagte werde diese Entwicklung genau beobachten und müsse sich mit Blick auf das Wohl von C._____ eine Abänderung der Ferienregelung vorbehalten (Urk. 9 S. 12)

6.3 Nach geltendem Recht wird im Eheschutzverfahren für die gemeinsame Obhut ein entsprechender gemeinsamer Antrag beider Ehegatten zwingend vorausgesetzt, zuallermindest dann, wenn die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nicht bloss von kurzer Dauer ist (ZR 2004 Nr. 25; BGE 5P.14/2004 Erw. 2.2). Die Parteien leben seit dem Sommer 2007 getrennt, mithin seit zirka fünf Jahren. Die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes dauert demnach bereits

länger an. Die Abweisung des Hauptantrages des Klägers und der Prozessbeiständin im vorinstanzlichen Verfahren auf Anordnung der wechselnden Obhut erfolgte demnach mangels eines gemeinsamen Antrages zu Recht (vgl. Ziff. 3.2.4 hievore).

Hinter dem Ersuchen des Klägers verbirgt sich die Absicht, die verweigerte Zustimmung der Beklagten zur gemeinsamen elterlichen Obhut wenigstens de facto wieder wettzumachen. Ein solches Begehren lässt sich mit dem Gesetz nicht vereinbaren. Die verweigerte Zustimmung kann nicht über den Umweg einer alternierenden Obhut erreicht werden (vgl. Annatina Wirz, in: FamKommentar Scheidung, Hrsg. Ingeborg Schwenzer, Art. 133 ZGB N 27). Dem vermag auch der Hinweis auf die allfällig kommende gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung der Eltern als Regelfall nicht abzuhelfen. Eine Vorwirkung der geplanten Gesetzesrevision ist - jedenfalls bei derart strittigen Verhältnissen - abzulehnen, auch können hier allenfalls geänderte gesellschaftliche Anschauungen nicht herangezogen werden. Des Weiteren ist gänzlich unklar, ob vorliegend ein Regelfall zu bejahen wäre.

Im angefochtenen Entscheid wird dem Kläger ein Ferienrecht von insgesamt sieben Wochen eingeräumt. Im Kanton Zürich haben die schulpflichtigen Kinder 13 Wochen Ferien (<http://www.vsa.zh.ch/internet/bildungsdirektion/vsa/de/aktuell/feriendaten.html>, eingesehen am 21. Juni 2012). Der Kläger verfügt damit über einen Ferienrechtsanteil, der die Hälfte der zur Verfügung stehenden Ferien übersteigt. Angesichts dessen, dass C._____ in seinem Alter auch in der Lage sein soll, an Lagern oder dergleichen teilzunehmen, wenn er dies wünscht, rechtfertigt sich keine Ausdehnung des klägerischen Ferienrechts, insbesondere nicht für die einstweilige Dauer des Verfahrens. Da unter den gegebenen Umständen eine Gewährleistung für eine eigene Meinungsbildung und freie Äusserung von C._____ derzeit als nicht gegeben erachtet werden muss (vgl. vorstehende Ziff. 4.3.3), kann vorliegend auch nicht auf den fraglichen Wunsch von C._____ (vgl. Ziff. 5.4 hievore) abgestellt werden.

6.4 Aus dem Gesagten resultiert, dass auch der Eventualantrag auf Ausdehnung des Besuchsrechts und der Subeventualantrag auf Ausdehnung des Ferien-

rechts abzuweisen ist.

III.

1. Die Vorinstanz hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten, weshalb sich eine Regelung für das vorinstanzliche Verfahren erübrigt (vgl. § 71 ZPO/ZH).
2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) zu bestimmen. Konkret sind die §§ 6 Abs. 1, 5, 8 Abs. 1, 12 Abs. 1 und 2 GebV OG zu beachten. Unter Berücksichtigung der vorliegend zu beurteilenden strittigen Punkte und den damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen sowie der verschiedenen Noveneingaben ist die Gebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens müssen in der Regel von der unterliegenden Partei getragen werden (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichtes sind aber die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Verfahrensausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses achtenswerte Gründe zur Antragstellung hatten. Nicht gänzlich von der Hand zu weisen ist, dass der Kläger mit seiner Berufung vor allem Eigeninteressen verfolgt. Angesichts dessen, dass aber auch die Beklagte zu einer Beeinträchtigung bzw. Gefährdung des Wohls von C. _____ beiträgt (vgl. vorstehende Ziff. II.4.3.3), erscheint die hälftige Verteilung der gesamten Kosten angezeigt und es sind die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

Ferner sind die Kosten der Prozessbeiständin von C. _____ den Eltern – entsprechend der Praxis zu den Kindesschutzmassnahmen – unabhängig vom Verfahrensausgang je zur Hälfte aufzuerlegen (Kass.-Nr. 2001/395Z d.v. Kass.-Nr. 2002/014/Z). Die Prozessbeiständin wird für ihre Aufwendungen im Berufungsver-

fahren praxisgemäss vorab aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein. Über die Höhe ihres Honorars wird mit separatem Beschluss zu entscheiden sein.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Prozessbeiständin von C._____ die Anträge gemäss Eingabe vom 28. März 2012 zurückgezogen hat.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen, Einzelgericht, vom 9. Januar 2012 bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

Die Kosten für die Aufwendungen der Prozessbeiständin von C._____ bleiben vorbehalten.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'500.– zu ersetzen.

Die Kosten für die Prozessbeiständin von C._____ werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

4. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien unter Beilage der Doppel der Urk. 14, 15, 18, 19 und einer Kopie von Urk. 23, an die Beklagte und die Prozessbeiständin des Verfahrensbeteiligten C._____ zudem unter Beilage des Doppels von Urk. 12 und je einer Kopie der Urk. 13/1-6, 16 und 17/1-3, je gegen Empfangsschein sowie an das Bezirksgericht Horgen .

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 23. Juli 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. Ch. Büchi

versandt am:

ss