

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130015-O/U
damit vereinigt Geschäfts-Nr. PC130037

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 27. November 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Berufungskläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin, Berufungsbeklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung und Beschwerde gegen Verfügungen des Einzelgerichts im
ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 30. April 2013
(FE110195-D)**

Erwägungen:

I.

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

- "1. Der Eheschutzentscheid vom 13. Juli 2009 sei in Bezug auf Ziffer 2 (Obhutzuteilung), Ziffer 3 (Besuchsrecht) und Ziffer 4 (Unterhalt) aufzuheben und wie folgt zu ändern:
 - 1.1 Es sei der gemeinsame Sohn C._____, geb. am tt.mm.2006, in die Obhut des Klägers [recte: Beklagten] zu stellen.
 - 1.2 Es sei der Beklagten [recte: Klägerin] ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Samstag 12.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr zuzusprechen.
 - 1.3 Es sei der Beklagten [recte: Klägerin] ein Ferienrecht mit C._____ von zwei Wochen pro Jahr zuzusprechen.
2. Eventualiter sei C._____ für die Dauer des Verfahrens in die Obhut von D._____, Grossmutter, zu geben.
3. Die Verpflichtung des Klägers [recte: Beklagten] zur Bezahlung von Unterhalt an die Beklagte [recte: Klägerin] persönlich sei rückwirkend auf den 01. Mai 2011 aufzuheben.
4. Die Verpflichtung des Klägers [recte: Beklagten] zur Bezahlung von Kinderunterhalt für C._____ an die Beklagte [recte: Klägerin] sei rückwirkend auf den 01. Mai 2011 aufzuheben.
5. Die Beklagte [recte: Klägerin] sei zu verpflichten, dem Kläger [recte: Beklagten] einen angemessenen Beitrag an den Unterhalt von C._____ zu leisten, mindestens CHF 400.–, eventuell wieviel mehr.
6. Eventualiter sei die Beklagte [recte: Klägerin] zu verpflichten, an D._____ einen angemessenen Beitrag an den Unterhalt von C._____ zu leisten, mindestens CHF 400.–, eventuell wieviel mehr.

7. Unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten [recte: Klägerin]."

Im Eheschutzverfahren hatte die Richterin unter anderem verfügt, dass C. _____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin, Beschwerdegegnerin und Berufungsbeklagten (fortan: Klägerin) gestellt und dem Beklagten ein Besuchsrecht eingeräumt wird. Weiter wurde der Beklagte verpflichtet, der Klägerin und C. _____ für die weitere Dauer des Getrenntlebens ab Juli 2009 einen monatlichen Gesamtunterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.–, nämlich Fr. 700.– für die Klägerin persönlich und Fr. 800.– für C. _____, zuzüglich Familienzulage, zu bezahlen (Urk. 8/13/24). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 2 S. 2 ff.) verwiesen werden. Hier sei bloss erwähnt, dass im Dezember 2011 gestützt auf Art. 308 ZGB E. _____ als Beistand für C. _____ eingesetzt wurde (Urk. 8/19). Zudem ordnete die Vorinstanz für C. _____ mit Verfügung vom 1. März 2012 eine Prozessbeistandschaft an und beauftragte Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ mit der Vertretungsbeistandschaft (Urk. 8/32).

2. Im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens wurde zur Erziehungsfähigkeit der Parteien ein Gutachten in Auftrag gegeben (Urk. 8/51 f.), welches am 20. Juli 2012 erstattet wurde (Urk. 8/90). In seiner Stellungnahme vom 28. März 2013 zum Gutachten stellte der Beklagte folgende Rechtsbegehren (Urk. 8/118):

- "1. Das Gutachten von Dr. phil. F. _____, eingereicht am 20. Juli 2012, betreffend die Erziehungsfähigkeit der Eltern von C. _____ sei aus dem Recht zu weisen.
2. Eventualiter sei das Gutachten für unbeachtlich zu erklären.
3. Es sei ein Obergutachten über die Erziehungsfähigkeit der Eltern anzuordnen.
4. Bis zum Vorliegen des Obergutachtens sei C. _____ in der Obhut von D. _____ und G. _____ [Ehemann von D. _____] zu belassen.
5. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin."

3. Der Gutachter wurde in der Folge zur Stellungnahme aufgefordert (Urk. 8/121), welche mit Eingabe vom 12. April 2013 erfolgte (Urk. 8/122). Mit Verfügungen vom 30. April 2013 entschied die Vorinstanz über die Anträge betref-

fend das Gutachten, das Massnahmenbegehren sowie ein von der Klägerin gestelltes Gesuch um Prozesskostenvorschuss/unentgeltliche Prozessführung wie folgt (Urk. 2):

Es wird verfügt:

(Prozesskostenvorschuss, unentgeltliche Rechtspflege)

- "1. Der Antrag der Klägerin, den Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, wird abgewiesen.
2. Der Klägerin wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
3. Das Rückforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. [Mitteilung]

Weiter wird verfügt:

(Anträge Gutachter)

5. Der Antrag des Beklagten, das Gutachten von Dr. phil. F._____, eingereicht am 20. Juli 2012, betreffend die Erziehungsfähigkeit der Eltern von C._____ sei aus dem Recht zu weisen, wird abgewiesen.
6. Die Anträge des Beklagten, das Gutachten für unbeachtlich zu erklären und ein Obergutachten über die Erziehungsfähigkeit der Eltern anzuordnen und C._____ bis dahin in der Obhut von D._____ und G._____ zu belassen, werden abgewiesen.
7. Die Kosten dieses Entscheids werden im Endentscheid erhoben.
8. [Mitteilung]
9. [Rechtsmittel: Beschwerde]

Sodann wird verfügt:

(vorsorgliche Massnahmen)

10. Der Antrag des Beklagten betreffend die Abänderung der Obhutsregelung der Eheschutzverfügung vom 13. Juli 2009 wird abgewiesen.

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

Der Beklagte, bzw. die Grosseltern D._____ und G._____, werden verpflichtet, den Sohn C._____ bis spätestens 13. Juli 2013, 14.00 Uhr in die Obhut der Klägerin zu übergeben.

Die Parteien, die Grosseltern D._____ & G._____ und der Beistand des Kindes gemäss Art. 308 ZGB werden dazu aufgefordert, die genauen Modalitäten des Umzuges zu organisieren. Im Streitfall hat der Umzug spätestens am ersten Samstagnachmittag der Sommerferien, 13. Juli 2013 um 14.00 Uhr stattzufinden.

11. Die Anträge des Beklagten betreffend die Besuchs- und Ferienbesuchsrechtsregelung zugunsten der Klägerin werden abgewiesen.
12. Die am 8. November 2011 von der Vormundschaftsbehörde der Stadt H._____ errichtete Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird beibehalten. Dem Beistand von C._____ werden insbesondere folgende Aufgaben übertragen:
 - den Parteien in ihrer Sorge um C._____ mit Rat und Tat beizustehen;
 - die Parteien und die Grosseltern von C._____ in ihren gemeinsamen Bemühungen so zu unterstützen, dass sie später eine selbständige Besuchsrechtsregelung treffen können;
 - im Streitfall zwischen den Beteiligten zu schlichten;
 - unter Einbezug aller Beteiligten die Modalitäten des Besuchsrechts (insbesondere den Übergabeort, die Übergabezeit sowie das Nachholen des Besuchswochenendes bei Verhinderung) zu überprüfen und diese jeweils der veränderten Situation anzupassen;
 - die Modalitäten des Umzugs von C._____ vom Vater und von den Grosseltern D._____ & G._____ zur Klägerin zu organisieren.
13. Die Anträge des Beklagten betreffend die Aufhebung- bzw. Abänderung der in der Eheschutzverfügung vom 13. Juli 2009 festgesetzten Kindes- und Ehegattenunterhaltsbeiträge werden abgewiesen.
14. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
15. [Mitteilung]
16. [Rechtsmittel: Berufung]
17. [kein Fristenstillstand]"

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

- "1. Es sei das vorliegende Beschwerdeverfahren mit dem Berufungsverfahren zusammen zu legen.
2. Das Gutachten von Dr. phil. F. _____, eingereicht am 20. Juli 2012, betreffend die Erziehungsfähigkeit der Eltern von C. _____ sei aus dem Recht zu weisen.
3. Eventualiter sei das Gutachten für unbeachtlich zu erklären.
4. Es sei ein Obergutachten über die Erziehungsfähigkeit der Eltern anzuordnen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Andererseits erhob er zeitgleich Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei der vorliegenden Berufung in Bezug auf die Obhutszuteilung und das Besuchsrecht die aufschiebende Wirkung zu gewähren und die Vollstreckbarkeit sei aufzuschieben.
2. Es sei eine mündliche Verhandlung durchzuführen.
3. Die Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf (Geschäfts-Nr. FE110195-D/Z16/B-4/ma/rg) vom 30. April 2013 sei in Bezug auf die Ziffern 10 bis 13 aufzuheben.
4. Der Eheschutzentscheid vom 13. Juli 2009 sei in Bezug auf Ziffer 2 (Obhutszuteilung), Ziffer 3 (Besuchsrecht) und Ziffer 4 (Unterhalt) aufzuheben und wie folgt zu ändern:
 - 4.1. Es sei der gemeinsame Sohn C. _____, geb. am tt.mm.2006, in die Obhut des Klägers zu stellen.
 - 4.2. Es sei der Beklagten ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Samstag 12.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr zuzusprechen.
 - 4.3. Es sei der Beklagten ein Ferienrecht mit C. _____ von zwei Wochen pro Jahr zuzusprechen.
5. Eventualiter sei C. _____ für die Dauer des Verfahrens in die Obhut von D. _____, Grossmutter, zu geben bzw. dort zu belassen.
6. Die Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung von Unterhalt an die Beklagte persönlich sei rückwirkend auf den 1. Mai 2011 aufzuheben.
7. Die Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung von Kinderunterhalt für C. _____ an die Beklagte sei rückwirkend auf den 1. Mai 2011 aufzuheben.
8. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ab 1. November 2013 einen angemessenen Beitrag an den Unterhalt von C. _____ zu leisten, mindestens CHF 400.–, eventuell wieviel mehr.

9. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, an D._____ einen angemessenen Beitrag an den Unterhalt von C._____ zu leisten, mindestens CHF 400.–, eventuell wieviel mehr.
10. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

5. Mit Verfügung vom 27. Juni 2013 wurde der Berufung des Beklagten gegen Dispositiv-Ziffer 10 der Verfügungen des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 30. April 2013 aufschiebende Wirkung erteilt. Nachdem mit Erteilung der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich wieder die Regelung gemäss Eheschutzentscheid vom 13. Juli 2009 gegolten hätte, wurde festgehalten, dass C._____ für die Dauer des Berufungsverfahrens in der Betreuung der Eltern des Beklagten, D._____ und G._____, bleibe (Urk. 6 Dispositiv-Ziffer 1).

Der die Beschwerde und die Berufung enthaltende Briefumschlag trägt den Poststempel vom 25. Juni 2013, 12 Uhr, und auf der Rückseite des Briefumschlages befindet sich eine Bestätigung von I._____, wonach der Einwurf des Couverts am 24. Juni 2013, 23.35 Uhr, erfolgt sei. Da die Beschwerdefrist am 24. Juni 2013 ablief, wurden Abklärungen bei der Schweizerischen Post getätigt, welche ergaben, dass eine Abstempelung des Briefumschlages erst am Mittag des Folgetags möglich sei (Urk. 9 und 11).

Mit Eingaben vom 2. Juli 2013 stellte die Klägerin sowohl in der Berufung als auch in der Beschwerde folgende prozessualen Anträge (Urk. 10 S. 1, Urk. 13 f., Urk. 44/8 S. 1 f.):

- "1. Es sei der Beklagte und Berufungskläger zu verpflichten, der Klägerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenbeitrag/-vorschuss von CHF 5'000.– (zzgl. 8 % MwSt.) zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Klägerin und Berufungsbeklagten auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu gewähren."

6. Mit Urteil vom 17. Juli 2013 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde der Klägerin gegen die Gewährung der aufschiebenden Wirkung nicht ein (Urk. 15).

7. Die Beschwerdeantwort der Klägerin datiert vom 2. August 2013 und enthält folgende Rechtsbegehren (Urk. 44/10 S. 2):

"1. Auf die Beschwerde des Beklagten vom 24.6.2013 sei nicht einzutreten.

Eventualiter: Die Beschwerde sei abzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

Der Vertreter von C._____ liess sich mit Eingabe vom 12. August 2013 zur Beschwerde wie folgt vernehmen (Urk. 44/11 S. 1 f.):

"1. Auf die Beschwerde des Beklagten und Beschwerdeführers sei nicht einzutreten.

Eventualantrag:

2. Die Beschwerde sei abzuweisen.

Alles und Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

prozessuale Gesuche:

"1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Unterzeichneten als Prozessbeistand von C._____ einen angemessenen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen.

2. Eventualiter sei C._____ für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung, d.h. Übernahme der Gerichtskosten sowie des Kostenaufwandes als Kindervertreter, zu gewähren."

8. Die Berufungsantwort der Klägerin datiert vom 6. August 2013 und enthält folgende Rechtsbegehren (Urk. 22 S. 2):

"1. Auf die Berufung des Beklagten vom 24.6.2013 sei nicht einzutreten.

Eventualiter: Die Berufung sei abzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners."

Der Vertreter von C._____ liess sich mit Eingabe vom 12. August 2013 zur Berufung wie folgt vernehmen (Urk. 23 S. 1 f.):

"1. Auf die Berufung des Beklagten und Berufungsklägers sei nicht einzutreten.

Eventualantrag:

2. Die Berufung sei abzuweisen.

Alles und Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

prozessuale Gesuche:

"1. Es sei der Beklagte zu verpflichten, dem Unterzeichneten als Prozessbeistand von C._____ einen angemessenen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen.

2. Eventualiter sei C._____ für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung, d.h. Übernahme der Gerichtskosten sowie des Kostenaufwandes als Kindervertreter, zu gewähren."

9. Mit Beschlüssen vom 16. August 2013 wurde dem Beklagten je eine Frist von fünf Tagen angesetzt, um zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde bzw. Berufungserhebung abschliessend seine Beweismittel zu bezeichnen (Urk. 44/12 und Urk. 24 je Dispositiv-Ziffer 1). Dies tat der Beklagte mit Eingaben vom 28. August 2013 (Urk. 44/14 und 26). Mit Beschlüssen vom 5. September 2013 wurde dem Beklagten der Hauptbeweis für die Rechtzeitigkeit der Beschwerde- bzw. der Berufungserhebung auferlegt und die Einvernahme des Zeugen I._____ als Beweismittel abgenommen (Urk. 44/17 und 29 je Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Weiter wurde der Klägerin Frist angesetzt, um Belege zu ihrer Einkommens- und Vermögenssituation einzureichen (Urk. 44/17 Dispositiv-Ziffer 4 und Urk. 29 Dispositiv-Ziffer 5). Schliesslich wurden die Anträge des Kindsvetreters, es sei der Beklagte zu verpflichten, ihm einen angemessenen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen, eventualiter sei C._____ für das Beschwerde- bzw. Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, abgewiesen (Urk. 44/17 Dispositiv-Ziffer 5 und Urk. 29 je Dispositiv-Ziffer 6).

10. Die Zeugeneinvernahme von I._____ fand am 16. September 2013 statt (Urk. 44/21 und 33). Mit Beschlüssen vom 17. September 2013 wurde festgestellt, dass sowohl die Beschwerde als auch die Berufung des Beklagten rechtzeitig erhoben wurden (Urk. 44/22 und 36).

11. Mit Eingaben datiert vom 26. September 2013 reichte die Klägerin die verlangten Unterlagen zu ihren finanziellen Verhältnissen ein (Urk. 44/23 bis 44/25/1-23 und Urk. 37 bis 39/1-23). Die Stellungnahmen des Beklagten dazu erfolgten mit Eingaben vom 24. Oktober 2013 (Urk. 44/27 und 41). Am 30. Oktober

2013 wurden diese der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 44/29/1+2 und 43/1+2).

II.

1. Da sich im vorliegenden Berufungsverfahren wie auch im Beschwerdeverfahren PC130037 dieselben Parteien in derselben Rechtssache gegenüberstehen, sich in beiden Verfahren teilweise gleiche Fragen stellen und die gleiche sachliche Zuständigkeit gegeben ist (§ 48 GOG), ist das Beschwerdeverfahren PC130037 mit dem vorliegenden Berufungsverfahren zu deren Vereinfachung zu vereinigen, unter der Prozessnummer LY130015 weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben (Art. 125 lit. c ZPO). Die Akten des in das vorliegende Berufungsverfahren zu vereinigenden Beschwerdeverfahrens sind als Urk. 44 zu den Akten des vorliegenden Verfahrens zu nehmen.

2.1. Der mit Beschwerde angefochtene vorinstanzliche Entscheid betreffend das Gutachten stellt eine prozessleitende Verfügung dar. Die Beschwerde gegen prozessleitende Verfügungen ist – von den hier nicht massgeblichen, im Gesetz explizit statuierten Fällen abgesehen – nur zulässig, wenn durch sie ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil droht (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO). Der Gesetzgeber hat die selbständige Anfechtung gewöhnlicher Inzidenzentscheide absichtlich erschwert, denn der Gang des Prozesses sollte nicht unnötig verzögert werden (vgl. Botschaft ZPO, BBI 2006 S. 7221 ff., S. 7377). Die Beweislast für das Bestehen der Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils trägt die Beschwerde führende Partei, falls die Gefahr nicht von vornherein offenkundig ist (BK ZPO II-Sterchi, Art. 319 N 15). Das Gutachten selber kann regelmässig erst zusammen mit dem Endentscheid angefochten werden (vgl. BGer 2C_507/2008 vom 14 Juli 2008, E. 2.3; BK ZPO II-Bühler, Art. 183 N 51 und 53).

2.2. Der Beklagte äussert sich nicht dazu, worin der drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil für ihn bestehen soll. Nachdem das Gericht in Fachfragen nicht ohne triftige Gründe von einem Gutachten abweichen darf (Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 187 N 7) und

es dies vorliegend im Massnahmenentscheid auch nicht tat, ist der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil für den Beklagten mit dem Massnahmenentscheid betreffend Obhut bereits eingetreten. Damit wäre das Gutachten mittels Berufung zu rügen bzw. hinsichtlich des Scheidungshauptverfahrens in der Beschwerde zu begründen gewesen, worin der drohende nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil besteht. Die Vorinstanz hat als Rechtsmittel gegen den Entscheid betreffend das Gutachten die Beschwerde belehrt (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 9). Dementsprechend bezeichnete der Beklagte sein Rechtsmittel als Beschwerde (Urk. 44/1). Unrichtig bezeichnete Rechtsmittel werden praxisgemäss mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt (ZR 110 Nr. 109). Die gegen das Gutachten erhobenen Rügen sind somit nach den Regeln der Berufung zu behandeln. Soweit das Gutachten auch für das Scheidungshauptverfahren aus dem Recht gewiesen – bzw. für unbeachtlich erklärt und ein Obergutachten angeordnet – werden soll, kann mangels Begründung darauf nicht eingetreten werden.

III.

A) Gutachten

1. Der Beklagte beanstandet den Beweiswert des eingeholten Gutachtens. Er will dieses aus folgenden Gründen aus dem Recht gewiesen bzw. für unbeachtlich erklärt haben: In seiner Stellungnahme zum Gutachten vom 28. März 2013 habe er ausgeführt, dass der Gutachter aufgrund seiner weltanschaulichen/psychoanalytischen Richtung die ihm vorgelegten Fragen nicht habe wertneutral prüfen können. Diesem Argument habe der Gutachter in seiner Stellungnahme nicht widersprochen (Urk. 44/1 S. 3 und 5).

Weiter habe er darauf hingewiesen, dass das Gutachten nicht parteisymmetrisch und neutral erfolgt sei (Urk. 44/1 S. 3 f.). Der Gutachter habe wesentlich mehr Zeit für die Exploration der Klägerin aufgewendet (auch Urk. 44/1 S. 4). Auch sei die Wohnsituation bei der Klägerin im Gegensatz zu derjenigen beim Beklagten überprüft worden (Urk. 44/1 S. 5). Der Gutachter stütze sich vor allem auf ungeprüfte und falsch wieder gegebene Aussagen der Klägerin (Urk. 44/1 S. 3). Zudem sei

keine Exploration des jeweiligen Elternteils zusammen mit C._____ erfolgt. Dies sei aber wichtig, um die Interaktion zwischen dem jeweiligen Elternteil und C._____ beurteilen zu können. Diese Unterlassung mit Kostenersparnis zu begründen, gehe vollkommen an der Sache vorbei und mache das Gutachten wertlos (Urk. 44/1 S. 5). Weiter hätte bei D._____ – der Grossmutter von C._____ – ein Hausbesuch gemacht werden sollen (Urk. 44/1 S. 4). Ein Abklärungsbericht, welcher dem Ergebnis des Gutachtens diametral entgegenstehe, sei weder in die Erwägungen mit einbezogen, noch kritisch hinterfragt worden. Auch sei das Gutachten bezüglich der Prostitution der Klägerin lückenhaft. Unklar sei insbesondere, wie sich diese Problematik auf ihre Erziehungsfähigkeit auswirke (Urk. 44/1 S. 3). Der Gutachter mache weitere widersprüchliche Feststellungen, indem er beispielsweise festhalte, nur die Klägerin sei in der Lage, genügend Bindungstoleranz zur anderen Partei aufzubringen; dennoch sei eine Beistandschaft notwendig. Es sei ausser Acht gelassen worden, dass der Beistand bereits seit Jahren überhaupt keine Rolle mehr bei den Besuchen spiele. Weiter führe die Vorinstanz trotz anderslautender Begehren des Beklagten aus, dass nie zur Diskussion gestanden habe, C._____ in die Obhut des Beklagten zu geben. Das sei aktenwidrig. Damit hätte auch seine Erziehungsfähigkeit geprüft werden müssen (Urk. 44/1 S. 4). Auf weitere Argumente, die das Gutachten F._____ unbrauchbar erscheinen liessen, gehe die Vorinstanz überhaupt nicht ein, wie beispielsweise auf die Bestätigung der falsch wiedergegebenen Äusserungen J._____ (Urk. 44/1 S. 5 unter Hinweis auf Urk. 8/120/4).

Nachfolgend ist auf die einzelnen Rügen des Beklagten einzugehen:

2.1. Unabhängigkeit des Gutachters

Der Beklagte wusste seit der Verfügung vom 28. März 2012 bzw. dem Gutachtersauftrag vom 30. März 2012 (Urk. 8/51+52), um wen es sich beim Gutachter handelt – bzw. hätte dies wissen können. Ausstandgründe sind sofort geltend zu machen (vgl. Art. 49 ZPO). Die Versäumnis der zur Geltendmachung von Ablehnungsgründen angesetzten Frist führt zur Verwirkung des Ablehnungsrechts (Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 183 N 22; BSK ZPO-Dolge, Art. 183 N 20). Eine solche Frist wurde dem Beklagten zwar vor-

liegend nicht angesetzt. Immerhin erklärte der Beklagte aber am 18. Mai 2012 sein Einverständnis mit den an den Gutachter gestellten Fragen und stellte eine Zusatzfrage (Urk. 8/68). Eine Partei darf nicht in Kenntnis eines Ausstandsgrundes untätig einen weiteren und unter Umständen zu wiederholenden Verfahrensschritt ablaufen lassen. Denn die Ablehnung darf nicht davon abhängig sein, wie sich die Sache aus der Sicht einer Partei entwickelt (vgl. BGE 132 II 485 E. 4.3 und BGE 134 I 20 E. 4.3.1; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 49 N 3; KUKO ZPO-Kiener, Art. 49 N 5). Ein solches Verhalten ist rechtsmissbräuchlich (Art. 52 ZPO). Im Übrigen schliesst auch der Umstand, dass der Gutachter Anhänger einer bestimmten Lehrmeinung, "Schule" oder Methode ist, ihn als neutralen Gutachter nicht von vornherein aus (BSK ZPO-Dolge, Art. 183 N 24). Weshalb dies vorliegend anders sein soll, erläutert der Beklagte in seiner Beschwerde nicht. Dagegen führte der Gutachter in seiner Stellungnahme vom 12. April 2013 – entgegen den Ausführungen des Beklagten – aus, die rechtspsychologische Begutachtung verfüge über eigene, durch wissenschaftliche Forschung gestützte Vorgehensweisen, die kaum etwas mit psychotherapeutischen Interventionen zu tun habe. Er sei in seiner Sicht-, Vorgehens- und Entscheidungsweise an seine wissenschaftliche Disziplin gebunden (Urk. 8/122 S. 1).

2.2. Mängel des Gutachtens

Das Gericht hat im Rahmen der Beweismwürdigung gemäss Art. 157 ZPO zu beurteilen, ob das ihm von der sachverständigen Person vorgelegte Gutachten beweistauglich ist oder nicht. Dies geschieht von Amtes wegen. Das Gericht muss zum Schluss kommen können, dass das Gutachten eine verlässliche und taugliche Grundlage für seine Meinungsbildung bietet. Dabei darf es durchaus auch ein gewisses Mass an Zweifeln und Unsicherheiten hinsichtlich der Schlussfolgerungen durch sein Vertrauen in die Unabhängigkeit und die Sachkunde des von ihm bestellten Sachverständigen überbrücken, denn die Prüfung kann ja nur aus der Sicht des interessierten Laien erfolgen. Parteianträge leisten dem Gericht dabei lediglich Hilfestellung für seine Prüfung. Die Kriterien für die vom Gericht vorzunehmende Prüfung ergeben sich im Wesentlichen aus Art. 188 Abs. 2 ZPO: Demnach ist zu prüfen, ob das Gutachten "vollständig", "klar" und "gehörig be-

gründet" ist (Müller, DIKE-Komm-ZPO, Art. 188 N 9). Ein Gutachten ist erst unvollständig, wenn es an nachvollziehbaren Begründungen fehlt, die eine Überprüfung der Ergebnisse erlauben. Es muss als Ganzes verständlich sein und keine Widersprüche aufweisen (Weibel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 188 N 6; KUKO ZPO-Schmid, Art. 183 N 21 m.w.H.; BSK ZPO-Dolge, Art. 183 N 12).

2.2.1. Was die ungeprüften und falsch wiedergegebenen Stellen im Gutachten betrifft, handelt es sich um eine unsubstantiierte Rüge des Beklagten (vgl. Reetz/Theiler: in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Beklagte hätte die einzelnen falsch wiedergegebenen Stellen im Gutachten benennen müssen. Nach dem oben Erwähnten schadet die unsubstantiierte Rüge dem Beklagten grundsätzlich nicht. Für das Gericht sind jedoch ausser der Aussage J._____ – auf welche unter E. 2.2.8 zurückzukommen sein wird – keine falsch wiedergegebenen Stellen im Gutachten ersichtlich. Dass sich schliesslich ein psychologisches Gutachten auch auf Angaben des zu Begutachtenden stützt, gehört zur üblichen Herangehensweise eines mit einem Gutachten beauftragten Psychologen/Psychiaters.

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

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

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

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

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

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

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

2.2.6. Was die Rüge betrifft, wonach die Bindungstoleranz der Klägerin nicht mit den im Gutachten wiedergegebenen Erfahrungen des Beistandes korrespondiere, ist festzuhalten, dass hier kein Widerspruch ersichtlich ist. Zwar führt das Gutachten aus, die Klägerin könne die Rolle des Beistandes weder akzeptieren noch verstehen (Urk. 8/90 S. 35). Damit ist aber nichts bezüglich der entscheidenden Bindungstoleranz der Klägerin gegenüber dem Kindsvater und den Grosseltern väterlicherseits gesagt. Der Gutachter führt nachvollziehbar aus, dass C._____ Auffälligkeiten am ehesten nach einem Wechsel von einem Elternteil zum anderen auftreten würden. Während die Mutter solche Schwierigkeiten als normal taxiere und C._____ Zeit lasse, sich bei ihr zu orientieren, bestehe bei der Grossmutter und dem Kindsvater die Tendenz, solche Symptome dem Verhalten der Kindsmutter zuzuschreiben. Ihre Besorgtheit verstärke die Probleme des Kindes und trage zur Symptomausbildung bei (Urk. 8/90 S. 42).

Der Gutachter kommt zum Schluss, dass sich die Lebenssituation der Klägerin positiv verändert habe, so dass sie mit Unterstützung eines Beistandes in der Lage sei, für ihr Kind zu sorgen (Urk. 8/90 S. 49). Zuvor führt er aus, dass die Erziehungsfähigkeit der Klägerin durch teilweise unrealistische Vorstellungen und Unkenntnis über die Lebensbedingungen in der Schweiz leicht eingeschränkt sei. Ihren Schilderungen lasse sich zwar ein Erkenntnisgewinn und eine Anpassungsleistung erkennen, die weiterentwickelt werden müssten (Urk. 90 S. 47). Zur Hilfestellung bei dieser Weiterentwicklung erachtet er eine Beistandschaft als notwendig. Die empfohlene Beistandschaft hat dabei nichts mit einer fehlenden Bindungstoleranz der Klägerin zu tun.

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

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

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

Die Rechtsvertreterin des Beklagten forderte J. _____ in der Folge auf, das Gutachten hinsichtlich seines Telefonats mit dem Gutachter zu überprüfen und dazu Stellung zu nehmen (Urk. 8/120/3). J. _____ erklärte in seiner Stellungnahme vom 15. März 2013, es müsse betreffend die vom Gutachter festgehaltene Tendenz des Beklagten, stets in Schwierigkeiten zu geraten, ein Missverständnis vorliegen. Es sei zu keiner entsprechenden Äusserung von J. _____ gekommen. Der Beklagte gerate nicht häufiger in Schwierigkeiten als andere Menschen. Zudem habe die Mutter des Beklagten genau zwei Mal mit seiner Praxis telefoniert. Im Gutachten könne der falsche Eindruck entstehen, sie habe dies deutlich öfters gemacht. Ob der Vater des Beklagten ein verbitterter Mann sei, entziehe sich seinen Kenntnissen, ihm sei lediglich das belastete Verhältnis zwischen dem Beklagten und seinem Vater bekannt (Urk. 8/120/4).

Das Telefongespräch mit J._____ nimmt eine Seite des insgesamt 52 Seiten umfassenden Gutachtens ein. Dagegen explorierte der Gutachter persönlich den Beklagten ausgiebig (Urk. 8/90 S. 14 bis 23). Die Exploration durch den Gutachter ist somit weitaus wichtiger für dessen Willensbildung. Was die Häufigkeit von Telefonaten der Mutter des Beklagten betrifft, so konnte das Gutachten schon deshalb keinen falschen Eindruck erwecken, weil dieses selbst festhält, der schädliche Alkoholkonsum des Beklagten habe sich rasch reduziert. Das Gutachten gab soweit wenig Anlass zu Missverständnissen. Was die häufigen Probleme des Beklagten und die Verbitterung seines Vaters anbelangt, mögen Missverständnisse vorliegen – eventuell bedingt dadurch, dass sich der Gutachter anlässlich des Telefongesprächs vom 11. Juli 2012 in den vorangehenden Sitzungen mit dem Beklagten vom 31. Mai, 21. Juni sowie vom 5. Juli 2012 bereits ein eigenes Bild von diesem gemacht hatte. Die Relativierungen durch J._____ mögen aber auch mit dem auftragsrechtlichen Vertrauensverhältnis gegenüber dem Beklagten zu tun haben. Dies kann aber offen bleiben. Soweit Missverständnisse vorliegen mögen, haben sie auf die Schlussfolgerungen des Gutachters (Urk. 8/90 S. 39 ff.) keinen ersichtlichen Einfluss.

3. Fazit

Das vom Beklagten beanstandete Gutachten erweist sich im Sinne der eingangs erwähnten Voraussetzungen (E. 2.2 oben) als vollständig, klar und gehörig begründet. Auch auf den ersten Blick hellhörig machende Schilderungen von C._____s Kindergärtnerin erklärt der Gutachter nachvollziehbar: Die Kindergärtnerin führte aus, C._____ habe jeweils erzählt, was er an den Wochenenden unternommen habe. Dabei habe es sich vorwiegend um Erlebnisse mit dem Beklagten gehandelt. Von der Klägerin habe er selten erzählt. Am Anfang des Kindergartens habe er den Kindern gar erzählt, er habe keine Mutter (Urk. 8/90 S. 29). Dieses Verhalten wird vom Gutachter überzeugend damit erklärt, dass C._____ mit mannigfaltigen Verdächtigungen gegenüber seiner Mutter konfrontiert worden sei. Er sei mehrfach im Kinderspital auf sexuelle Handlungen (vgl. auch Urk. 8/86) – darauf wird gleich zurückzukommen sein – untersucht worden. Die Grossmutter und der Beklagte hätten die Kindergärtnerin über ihre Vermutungen informiert. Er

sehe sich einem geschlossenen System meist unausgesprochener Verdächtigungen gegenüber und habe die Strategie eingeschlagen, seine Zuneigung und Liebe zur Mutter für sich zu behalten, respektive sie nur zu zeigen, wenn er bei ihr sei. Dies sei seine Lösung im Loyalitätskonflikt (Urk. 8/122 S. 3). Auch nimmt der Gutachter nicht einseitig für eine Partei Stellung. Er schildert im Gutachten eine gute Beziehung C.____s sowohl zur Klägerin als auch zum Beklagten und seiner Grossmutter. Der Gutachter führt aber aus, dass die Haltung der Grossmutter auf die Förderung der Zweierbeziehung ausgerichtet sei, was sich längerfristig auf C.____ einschränkend auswirken könne. Problematisch sei zudem die ablehnende Haltung gegenüber der Klägerin (Urk. 8/90 S. 46). Zudem hält das Gutachten fest, C.____ sei 2012 dreimal in der Notfallstation des Kinderspitals Zürich mit Verdacht auf Misshandlungen vorgeführt worden. Die Untersuchungen hätten jeweils unmittelbar nach den Aufenthalten bei der Klägerin stattgefunden. Zweimal seien die Geschlechtsteile C.____s untersucht worden. Alle drei Untersuchungen hätten keine Hinweise auf eine Misshandlung oder Vernachlässigung ergeben. Der Effekt von Mehrfachuntersuchungen auf das Kind werde nicht reflektiert. Es müsse davon ausgegangen werden, dass Untersuchungen der Geschlechtsteile, die stets nach dem Besuch der Klägerin stattgefunden hätten, für C.____ nicht nachvollziehbar seien, zumal er keine Beschwerden angegeben habe. Das Vorgehen des Beklagten und der Grossmutter irritiere das Kind und störe die Beziehung zur Mutter. C.____ schütze sich, indem er möglichst wenig von der Klägerin erzähle, was wiederum die Ängste der Grossmutter und des Beklagten schüre (Urk. 8/90 S. 51). Diese Umstände sind es, die in gut nachvollziehbarer Weise für seine Empfehlung einer Obhutszuteilung an die Klägerin entscheidend sind.

Die Anträge des Beklagten, es sei das Gutachten aus dem Recht zu weisen, eventualiter sei es für unbeachtlich zu erklären, und es sei ein Obergutachten über die Erziehungsfähigkeit der Eltern anzuordnen, sind nach dem Ausgeführten abzuweisen.

B) Vorsorgliche Massnahmen

1.1. Der Beklagte beantragt in seiner Berufung eine mündliche Verhandlung, ohne dies jedoch zu begründen (Urk. 1 S. 4).

1.2. Die Rechtsmittelinstanz kann gemäss Art. 316 Abs. 1 ZPO eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. Die Berufungsinstanz hat dabei die Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung nach Abwägung sämtlicher Umstände und in Berücksichtigung des bisherigen Verfahrens (erstinstanzliches Verfahren und bisheriges Berufungsverfahren) anzuordnen, wenn eine solche als geboten erscheint. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn Beweise abzunehmen sind. Weiter ist denkbar, dass die bisherigen (schriftlichen) Eingaben der Parteien im Berufungsverfahren zu wenig Aufschluss geben für eine Beurteilung aufgrund der Akten, weshalb sich eine Berufungsverhandlung insbesondere zwecks Parteibefragung (Art. 191 ZPO) aufdrängt (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 316 N 18). Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, die – mit Ausnahme der erfolgten Zeugeneinvernahme – eine mündliche Verhandlung erheischen würden, weshalb der Antrag des Beklagten abzuweisen ist.

2. Obhut über C._____

2.1. Die Vorinstanz sah gestützt auf das voranstehend auf seine Beweistauglichkeit hin geprüfte Gutachten keinen Grund für die Abänderung des Eheschutzentscheides, weshalb sie die Übergabe C._____s an die Klägerin anordnete (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 10).

2.2. Der Beklagte macht in seiner Berufung geltend, zu Beginn des Jahres 2011 habe die Vormundschaftsbehörde H._____ beim Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich einen Abklärungsbericht über C._____ in Auftrag gegeben. Dieser datiere vom 2. Juli 2011 und stelle fest, dass die Kindsmutter in ihrer Erziehungsfähigkeit eingeschränkt sei. Der Abklärungsbericht habe unmissverständlich festgehalten, dass der Lebensmittelpunkt von C._____ bei den Grosseltern geschützt werden sollte, damit er zur Ruhe kommen und endlich längerfristige Beziehungen aufbauen könne. Die Platzierung von C._____ bei den Grosseltern sei somit aufgrund der Empfehlungen des Abklärungsberichts erfolgt.

Dementsprechend könne keine Rede davon sein, dass die Klägerin dem Obhutswechsel nur insoweit zugestimmt habe, bis sich ihre Wohnsituation stabilisiert habe. Sie habe sich zunächst in die Gegebenheiten gefügt, die sich neu ergebenden Freiheiten aber sichtlich genossen und C._____ zum Teil wochenweise nicht gesehen. Auch ihre Wochenendbesuche übe sie nicht vollständig aus (Urk. 1 S. 5). Noch bevor das Gutachten erstellt worden sei, habe die Vorinstanz den Parteien einen Vergleichsvorschlag betreffend die vorsorglichen Massnahmen unterbreitet. Grundlage dieses Vorschlags sei die Belassung von C._____ in der Obhut der Grosseltern für die Dauer des Scheidungsverfahrens gewesen. Bezeichnenderweise sei der Vergleichsvorschlag insbesondere (bzw. lediglich) deswegen nicht zustande gekommen, weil sich die Parteien nicht über den von der Klägerin zu leistenden Kinderunterhalt hätten einigen können (Urk. 1 S. 6). Weiter führt der Beklagte aus, hätte die Klägerin nicht in die Unterbringung von C._____ bei den Grosseltern eingewilligt, wäre es unweigerlich zu einem Obhutsentzug gekommen (Urk. 1 S. 7 unter Hinweis auf Urk. 8/17/1+2). Der Mietvertrag auf den Namen der Klägerin beweise zudem nicht, dass sie in ihrer Wohnung tatsächlich alleine wohne. C._____ habe deshalb auch kein eigenes Schlafzimmer zur Verfügung (Urk. 1 S. 7). Der Abklärungsbericht – und nicht wie von der Vorinstanz festgestellt, der Beklagte oder D._____ – habe Bedenken an der Erziehungsfähigkeit der Klägerin geäussert. Diesem könne entnommen werden, dass es der Klägerin an der Einsicht fehle, dem Kind eine nachvollziehbare und verlässliche Betreuungs- und Lebenssituation zu bieten (Urk. 1 S. 7 unter Hinweis auf Urk. 8/17/1 S. 9 f.). Der Beklagte moniert erneut, dass der Gutachter seine Aussagen zur Erziehungsfähigkeit der Eltern nicht auf eigene Beobachtungen stützen könne, da er es unterlassen habe, die Eltern zusammen mit C._____ zu explorieren. Seine Feststellungen stützten sich ausschliesslich auf die Besprechungen mit der Kindsmutter. Ob sie ihre Beteuerungen (Urk. 8/90 S. 43 und 46 f.) in die Tat umsetzen könne, könne der Gutachter somit nicht beurteilen. Im Übrigen habe sich der Gutachter in keiner Weise mit den seinen Erkenntnissen widersprechenden Feststellungen des Abklärungsberichts auseinandergesetzt (Urk. 1 S. 8). Die Vorinstanz führe aus, dass der Klägerin kein erzieherischer Fehler unterlaufen und ihr deswegen die Obhut nicht zu entziehen und der diesbezügliche Antrag des Beklagten abzuweisen sei.

Dabei verkenne die Vorinstanz, dass C._____ bereits seit 26 Monaten bei den Grosseltern lebe, dass er dort zu Hause sei und dass es für ihn nahezu einen "Kulturschock" darstellen würde, zur Klägerin umzuziehen. Die Vorinstanz lasse bei ihren Überlegungen die gelebte Wirklichkeit völlig ausser Acht (Urk. 1 S. 8). Der Beklagte habe sich für den Fall der Obhutszuteilung an ihn auch schon darum bemüht, seine Arbeitszeiten flexibel zu gestalten, sodass er die Betreuung C._____s grösstenteils selber übernehmen könnte (Urk. 1 S. 8 unter Hinweis auf Urk. 5/5). Weiter bemängelt der Beklagte die Rolle des Kindesvertreters. Dieser führe in einer Stellungnahme aus, dass er seine Tätigkeit in erster Linie auf das objektive Kindeswohl auszurichten habe. Diese Auffassung widerspreche den Aufgaben des Kindesvertreters diametral. Dessen zentrale Aufgabe sei es, dem Gericht die subjektive Meinung des Kindes zu übermitteln (Urk. 1 S. 9 unter Hinweis auf Urk. 8/115 Ziff. 2). Aus den Ausführungen des Kindesvertreters gehe hervor, dass er C._____s Äusserungen einfach so interpretierte, wie es für seine Anträge hilfreich gewesen sei. Der sechsjährige C._____ solle *sinngemäss* bejaht haben, mehr Zeit mit der Mutter verbringen zu wollen. Des Weiteren habe der Kindesvertreter zu C._____s Aussage, dass das gar nicht gehe, selbst ein "leider" hinzugefügt. Daraus ergebe sich die tendenziöse Darstellung des Kinderanwalts klar. Die diesbezüglichen Äusserungen von C._____ bzw. die Richtigkeit der Interpretation würden bestritten. Der Kindesvertreter komme den ihm übertragenen Aufgaben nicht sorgfältig genug nach (Urk. 1 S. 9).

2.3. Die Klägerin entgegnet, die Notsituation, welche die Klägerin veranlasst habe, ihr Kind vorübergehend von den väterlichen Grosseltern betreuen zu lassen, bestehe nicht mehr. Es sei jedoch zwischen den Parteien ein Streit darüber entbrannt, wo C._____ am Besten aufgehoben sei. Die Klägerin hätte C._____ einfach bei sich behalten können, da die Eheschutzverfügung immer noch Gültigkeit gehabt habe. Sie habe jedoch den Entscheid der Vorinstanz abgewartet. Bis zu diesem Entscheid habe es jedoch unvorhergesehen lange gedauert, weil die Gegenseite mit allen Mitteln versucht habe, das Verfahren in die Länge zu ziehen. So habe der Beklagte ein unnötiges Ausstandsbegehren gegen den Kinderanwalt gestellt. Der negative Entscheid sei ans Obergericht weitergezogen (PC120044), die Beschwerde jedoch mangels Substantiierung abgewiesen

worden. Das Hauptverfahren sei deshalb für gut sechs Monate sistiert worden. Die mangelnde Beschwerdeschrift zeige, dass es dem Beklagten um Zeitgewinn gehe, damit später gesagt werden könne, C._____ sei schon so lange bei den Grosseltern, dass er dort bis zum Schluss des Verfahrens bleiben müsse. Das sei rechtsmissbräuchlich und kindswohlschädlich (Urk. 22 S. 4 f.). Der Abklärungsbericht des Amtes für Jugend und Berufsberatung vom Juli 2011 sei schon längst überholt. Dass es zu einem Obhutsentzug gekommen wäre, wenn die Kindsmutter nicht in die Unterbringung von C._____ bei den Grosseltern eingewilligt hätte, sei eine blosser Spekulation des Beklagten. Zudem sei diese Überlegung irrelevant, weil seither ein umfassendes Verfahren durchgeführt, ein Gutachten eingeholt und für den Sohn C._____ ein Kinderanwalt bestellt worden sei (Urk. 22 S. 6). C._____ könne nur in die Obhut der väterlichen Grossmutter gegeben werden, wenn der Klägerin vorgängig die Obhut entzogen werde. Die strengen Voraussetzungen für einen Obhutsentzug gegenüber der Klägerin lägen aber in keiner Weise vor (Urk. 22 S. 7). Dass eine Obhutzuteilung an den Beklagten nicht in Frage komme, ergebe sich im Übrigen klar aus den vorinstanzlichen Akten (Urk. 22 S. 8).

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

Auf seine diesbezüglichen Ausführungen zur Wohnsituation, welche sich mit seinen Eindrücken decken, könne abgestellt werden. Soweit er mit den Grosseltern C.____s in Kontakt gewesen sei, sei ihm deren ablehnende Haltung gegenüber der Klägerin mehrmals aufgefallen (Urk. 23 S. 6). Zu den vom Beklagten gegen ihn geäusserten Vorwürfen führt der Kindsvertreter aus, er verweise auf seine Stellungnahme zum Gutachten (Urk. 8/115), worin er sich sehr detailliert und gewissenhaft mit der Situation aller Beteiligten auseinandergesetzt und die Empfehlung abgegeben habe, C.____ in die Obhut der Klägerin zu geben. Wenn er in seiner Eingabe das Wort "leider" in Klammern gesetzt habe, dann habe er damit das nur ansatzweise geäusserte Bedauern von C.____ zum Ausdruck bringen wollen, nicht mehr Zeit mit der Klägerin verbringen zu können. Wenn er ihn in Anwesenheit des Beklagten befragt hätte, hätte C.____ wohl ebenfalls bedauert, nicht mehr Zeit mit ihm verbringen zu können. So seien auch seine Ausführungen zu verstehen, wonach an sich die Übermittlung der subjektiven Meinung des Kindes an das Gericht Vorrang haben sollte, dieser Wille bei C.____ aber altersbedingt und aufgrund der komplizierten Konstellation zwischen allen Beteiligten nur schwer ermittelbar sei, weshalb letztlich eben doch das objektive Kindeswohl für seine Tätigkeit massgebend sein müsse (Urk. 23 S. 7).

2.5.1. Die Beweistauglichkeit des Gutachtens wurde oben unter Erwägung A geprüft, darauf kann verwiesen werden. Die in der Berufungsschrift wiederholte Kritik bezüglich des Nichteingehens auf den Abklärungsbericht sowie die fehlende Exploration der Kindseltern zusammen mit C.____ wurden bereits behandelt. Vorliegend kann nicht bloss auf das Gutachten abgestellt werden, sondern auch auf die Wahrnehmungen des Beistands und des Kinderanwalts von C.____. Letzterer hat sich, nachdem sich das Gutachten dafür aussprach, C.____ in die faktische Obhut der Klägerin zurück zu geben, in Absprache mit dem Beistand E.____ dazu entschlossen, C.____ bei der Klägerin zu Hause aufzusuchen. Dem Beistand sei es wichtig erschienen, dass der Kinderanwalt sich noch einmal ein Bild von der Wohnung der Kindsmutter mache. Ihm selbst sei es hauptsächlich darum gegangen, C.____ zu sehen, um ihn im Umfeld der Kindsmutter zu erleben (Urk. 8/115 S. 2). Der Kinderanwalt schildert überzeugend, dass sich die Wohnverhältnisse der Klägerin gebessert hätten und dass C.____s Russisch-

kenntnisse – obschon er seit längerem nicht mehr bei der Klägerin lebt – ein Indiz einer offenkundig stattgefundenen frühkindlichen Prägung durch die Kindsmutter und für die eingetretene Bindungswirkung zwischen C._____ und ihr seien (Urk. 8/115 S. 2 f. und 6). Auch er erachtet – nachdem er die Interaktion zwischen der Klägerin und C._____ beobachten konnte – einzig die Klägerin als kompetent, ein Nebeneinander der verschiedenen Erlebniswelten C._____s zu garantieren (Urk. 8/115 S. 4) und beantragt deshalb, die Obhut über C._____ bei der Klägerin zu belassen.

2.5.2. Was die Kritik am Kindsvertreter betrifft, so ist sich die Literatur uneinig, ob dieser sich nach den Wünschen und dem Willen des Kindes (FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anhang ZPO Art. 300 N 3 mit weiteren Hinweisen) oder nach dem objektiven Kindeswohl zu richten hat (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 146/147 N 46). Jedoch fügt selbst ein Verfechter der Willensvertretung an, je kleiner die Kinder seien, desto sorgfältiger sei zu prüfen, ob eine reine Willensvertretung dem Kind effektiv dienlich sei, und eine vollständige Trennung von Willensvertretung und Kindeswohlvertretung lasse sich daher oftmals gar nicht sinnvoll durchführen (FamKomm Scheidung/Schweighauser, Anhang ZPO Art. 300 N 4 f.). Es kann hier auf die Ausführungen des Kindsvertreters verwiesen werden (E. 2.4 oben), wonach bei C._____ aufgrund seines jungen Alters und der komplexen Konstellation zwischen allen Beteiligten gewisse Schwierigkeiten bei der Ermittlung des subjektiven Kindswillens bestünden. Damit ist vorliegend eine gewisse Orientierung des Kindsvertreters am objektiven Kindesinteresse unvermeidbar. Wenn dem Kindsvertreter im Übrigen mangelnde Sorgfalt vorgeworfen wird, so ist einerseits auf seine detaillierte Stellungnahme zum Gutachten hinzuweisen (Urk. 8/115). Andererseits überzeugt der Kinderanwalt aber gerade auch dadurch, dass er der Vorinstanz ein Schreiben der Kindergärtnerin C._____s einreichte, in welchem diese der Klägerin sinngemäss mangelnde Kooperation und Desinteresse vorwirft (Urk. 8/116). Mit diesen Vorwürfen setzt er sich auseinander (der Klägerin seien einerseits Informationen vorenthalten worden; andererseits wisse sie nicht, wie sie sich die fehlenden Informationen selbst beschaffen könne; über Elternanlässe sei sie nicht informiert worden [Urk. 8/115 S. 5]), um zum Schluss zu kommen, die Unerfahrenheit der

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

2.6. Kriterien Obhutszuteilung/-entzug

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

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

und agiere vorwiegend mit dem Kind mit. Er unternehme viel mit seinem Sohn und schaffe so gute Gelegenheiten, die C. _____ ermöglichen, sich mit seinem Vater auseinanderzusetzen. Ein Konzept zur erzieherischen Anleitung sei bei ihm kaum erkennbar und bestehe vorwiegend darin, diesen Teil seiner Mutter zu delegieren. Seine Beziehungstoleranz sei teilweise eingeschränkt. Er misstraue der Klägerin und sei sich nicht sicher, ob er ihr C. _____ ausliefern solle. Die Einschränkung der Beziehungstoleranz scheine am ehesten mit der Einflussnahme seiner Mutter in Verbindung zu stehen, die ihn mit Vermutungen über gefährdende Einflüsse der Klägerin verunsichere und zum Handeln auffordere (Urk. 8/90 S. 47 f.). Das Gutachten hält die Klägerin für geeigneter, die Obhut über C. _____ auszuüben. Sie verfüge über ein besseres Erziehungskonzept, eine tragfähige Beziehung zum Kind, fördere und fordere C. _____, zeige eine gute Beziehungstoleranz gegenüber allen Familienangehörigen und fördere auch die Beziehungen zu weiteren Erziehungspersonen, wie auch zu Gleichaltrigen. Sie habe genügend Zeit, sich um C. _____ zu kümmern; ansonsten nehme sie Unterstützung an (Urk. 8/90 S. 48 f.). Die in den psychologischen Befragungen von D. _____ und vom Beklagten angedeuteten Vernachlässigungen des Kindes hätten nicht nachvollzogen werden können. Es sei durchaus denkbar, dass im Rahmen der ehelichen Auseinandersetzungen Vernachlässigungen vorgekommen seien, da beide Elternteile stark mit sich beschäftigt gewesen seien. Die Klägerin sei zudem stets der Meinung gewesen, dass C. _____ bei der Grossmutter, die sie als Teil ihrer Familie und Stellvertreterin der eigenen Mutter einschätze, in schwierigen Situationen gut aufgehoben wäre. Den Umgang des Beklagten mit C. _____ schätze sie ebenfalls als liebevoll ein und überlasse ihm den Sohn ohne Bedenken. Die heutige Lebenssituation der Klägerin habe sich positiv verändert, so dass sie mit Unterstützung in der Lage sei, für ihr Kind zu sorgen. Seit der Abklärung durch den Beistand (recte: Abklärungsbericht des Amtes für Jugend und Berufsberatung) seien (bereits im damaligen Zeitpunkt) mehrere Monate vergangen. Sie habe ihre Wohnung kinderfreundlich ausgestattet und sehe heute die Notwendigkeit ein, C. _____ ein konstantes und geregeltes Leben bieten zu müssen. Die Veränderungen ihrer Lebenssituation seien noch im Gange. Es fänden sich einige positive

Veränderungen, die auf eine gelingende Integration in der Schweiz hinweisen würden (Urk. 8/90 S. 49).

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

2.6.3. Der Vollständigkeit halber ist hier verschiedenen Behauptungen des Beklagten zu begegnen, die alle sinngemäss darauf abzielen scheinen, die Erziehungsfähigkeit der Klägerin in Frage zu stellen:

Wenn der Beklagte heute geltend macht, die Platzierung bei den Grosseltern sei nicht infolge des Wohnungsverlustes erfolgt bzw. sonst wäre es zu einem Obhutsentzug gekommen, ist ihm zu entgegnen, dass selbst im Abklärungsbericht festgehalten wurde, C._____ wohne wegen des Wohnungsverlusts der Klägerin bei seinen Grosseltern (Urk. 8/17/1 S. 2), und es sich bei allem anderen um Spekulationen handelt, die durch keine objektiven Anhaltspunkte gestützt werden.

Auch ist es nicht richtig, dass der Vergleichsvorschlag nur deswegen nicht zustande gekommen ist, weil sich die Parteien nicht über den von der Klägerin zu leistenden Kinderunterhalt einigen konnten. Dabei handelt es sich um eine unvollständige Wiedergabe der damaligen Sachlage. *Erstens* hat die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 28. Juni 2012 zum Vergleichsvorschlag betont, dass sie zwar mit der von der Vorinstanz vergleichsweise vorgeschlagenen Regelung für die Dauer des Scheidungsverfahrens einverstanden sei, dass es aber nicht Sinn und Zweck sein dürfe, C._____ durch ein langes Scheidungsverfahren von der Klägerin zu entfremden und damit Tatsachen zu schaffen, so dass im Scheidungsurteil

die Zuteilung der elterlichen Sorge an sie nicht mehr in Betracht gezogen werde. *Zweitens* war die Klägerin mit dem knappen gerichtlichen Besuchsrecht nicht einverstanden. Sie verlangte regelmässige und innert kurzen Zeitabständen stattfindende Besuche. *Drittens* wurde darauf hingewiesen, dass die Klägerin den von der Vorinstanz vorgeschlagenen Unterhaltsbeitrag aufgrund ihrer Arbeitslosigkeit nicht bezahlen könne. Die Grosseltern müssten mit dem Anhäufen von Schulden rechnen (Urk. 8/78).

Wenn der Beklagte schliesslich immer noch behauptet, die Klägerin wohne nicht alleine bzw. C. _____ habe bei ihr kein eigenes Schlafzimmer, obschon der Gutachter als auch der Kindsvertreter Gegenteiliges schildern (Urk. 8/90 S. 9, Urk. 8/115 S. 5), ist die Vermutung der Klägerin nachvollziehbar, dem Beklagten gehe es um eine Verfahrensverzögerung.

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

Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass selbst beim Entzug der elterlichen Obhut die Massnahme auf Wiedereinsetzung der elterlichen Obhut gerichtet ist (Breitschmid, a.a.O., Art. 310 N 10). Vorliegend geht es nur faktisch um die Wiedereinsetzung der elterlichen Obhut; rechtlich wurde diese – mindestens bis zur Gewährung der aufschiebenden Wirkung – nicht entzogen. Wo die Eltern das Kind selbst bei Dritten untergebracht haben, können sie es aber unter Vorbehalt von Art. 310 Abs. 3 ZGB jederzeit zurücknehmen (Breitschmid, a.a.O., Art. 310 N 15 und 21). Die Eltern haben dabei das Wohl des Kindes zu beachten: Es steht nämlich solches Vorgehen – ist es nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt – in Widerspruch zum (impliziten) Gebot persönlicher Betreuung und Erziehung, und kann unter Umständen das Verbot der Rücknahme nach Art. 310 Abs. 3 ZGB bewirken (Breitschmid, a.a.O., Art. 310 N 21). Massgebend ist weniger die zeitliche Dauer des Pflegeverhältnisses als die Frage, ob während dessen Dauer eine Verwurzelung mit sozialpsychischer Elternstellung der Pflegeeltern eingetreten ist, was sowohl vom Alter des Kindes wie den gesamten Umständen (Qualität der früheren Beziehung zu den leiblichen Eltern, Kontaktverlauf mit ihnen während der Pflegedauer) und der Bereitschaft und Eignung der Pflegeeltern zu weiterer Betreuung abhängt. Wo die Voraussetzungen zur Erteilung der Obhut wieder vorliegen und die Eltern sich während der Fremdplatzierung um Aufbau bzw. Fortführung der persönlichen Beziehung zum Kind bemüht haben, kann Art. 310 Abs. 3 ZGB nicht deshalb angerufen werden, weil das Kind auch zu den Pflegeeltern gute Beziehungen entwickelt hat. Der Anspruch der Eltern auf persönliche Betreuung und das Interesse des Kindes an kontinuierlichen, stabilen Beziehungen sind gegeneinander abzuwägen (BGE 111 II 119 E. 5; Breitschmid, a.a.O., Art. 310 N 25). C._____ in die faktische Obhut der Grosseltern zu geben bzw. ihn dort zu belassen, war vorliegend im Wohnungsverlust der Klägerin und im darauf folgenden Streit um dessen faktische Obhut begründet. Dass die Klägerin zweitweise ein gewisses Desinteresse an C._____ gezeigt haben mag, kann ihr heute nicht mehr vorgeworfen werden. Sie verfügt jedenfalls über eine gute Bindung zu C._____ (s. E. 2.5.1. oben). Die entstandenen intensiven Kontakte zwischen C._____ und der bald 70-jährigen Grossmutter (Urk. 8/90 S. 19) vermögen längerfristig die wünschbare Mutterbeziehung nicht zu ersetzen.

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

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

3. Besuchsrecht

3.1. Der Beklagte macht geltend, es sei beim Besuchsrecht von der heute praktizierten Regelung auszugehen. Die Vorinstanz habe es unterlassen, überhaupt eine Regelung vorzunehmen. Der Beklagte verbringe seit Ende 2010 jedes Wochenende mit C._____ von Freitagabend bis Sonntag oder Montagabend. Demgegenüber habe die Klägerin ihr Besuchsrecht an keinem einzigen Wochenende gesamthaft und auch noch nie zu gleichen Uhrzeiten in Anspruch genommen. Sie bestelle C._____ jeweils per SMS zwischen 12.00 und 15.00 Uhr auf den Bahnhof an ihrem Wohnort (Urk. 1 S. 9).

3.2. Weder die Klägerin noch der Kindsvertreter äussern sich zum Besuchsrecht (Urk. 22 S. 8, Urk. 23 S. 7 f.). Der vom Beklagten geltend gemachte Ablauf der Besuchswochenenden wird jedoch sowohl von der Klägerin als auch vom Kinderanwalt bestritten (Urk. 22 S. 6 und Urk. 23 S. 5), weshalb darauf nicht abgestellt werden kann.

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

3.4. Es ist unzutreffend, dass die Vorinstanz es unterlassen hat, eine Besuchsrechtsregelung zu treffen. Indem sie die Anträge des Beklagten betreffend die Besuchs- und Ferienbesuchsrechtsregelung zu Gunsten der Klägerin abwies, blieben die eheschutzrichterlichen Anordnungen anwendbar. Damals wurde dem Beklagten nebst einer gerichtsblichen Feiertagsbesuchsrechtsregelung folgendes Besuchsrecht eingeräumt: An Wochenenden gerader Kalenderwochen von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr. Zudem wurde der Beklagte für berechtigt erklärt, mit C. _____ fünf Wochen Ferien im Jahr zu verbringen (Urk. 8/13/24 Dispositiv-Ziffer 3). Nachdem das Gutachten jedoch festhält, die Klägerin hätte nichts dagegen, wenn C. _____ jeweils am Mittwoch die Grossmutter besuchen oder mit dem Beklagten das Abendessen einnehmen würde (Urk. 8/90 S. 14), ist dem Beklagten zusätzlich ein wöchentliches Besuchsrecht am Mittwoch von 14.00 Uhr bis 19.00 Uhr einzuräumen. Dadurch wird es C. _____ auch ermöglicht, die enge Beziehung zu seiner Grossmutter weiterzupflegen.

4. Beistandschaft

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

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

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

sitz des Kindes zuständige KESB Bülach Süd zu deren Ernennung/Übernahme einzuladen.

5. Unterhaltsbeiträge

5.1. Die Eheschutzrichterin verpflichtete den Beklagten in ihrem Entscheid vom 13. Juli 2009, der Klägerin und C._____ einen Gesamtunterhaltsbetrag von insgesamt Fr. 1'500.–, nämlich Fr. 700.– für die Klägerin persönlich und Fr. 800.– für ihren gemeinsamen Sohn, zuzüglich Familienzulagen, zu bezahlen (Urk. 8/13/24 Dispositiv-Ziffer 4). Grundlage der Unterhaltsberechnung bildete auf Beklagtenseite ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 5'930.– und ein Bedarf von Fr. 4'413.– (Urk. 8/13/24 S. 6).

Die Vorinstanz erwog hinsichtlich der Unterhaltsbegehren des Beklagten im Wesentlichen, die Einkommens- und Bedarfszahlen der Klägerin seien im Eheschutzentscheid nicht festgehalten worden. Aus den Eheschutzakten gehe jedoch hervor, dass die Klägerin damals im Sinne eines Praktikums zwei Mal pro Woche als Kosmetikerin tätig gewesen sei, jedoch mit dieser Beschäftigung nur ein Taschengeld verdient habe. Der Bedarf der Klägerin sei (ohne Hausratversicherung) auf Fr. 4'478.90 beziffert worden (Urk. 2 S. 27). Subtrahiere man von ihrem Gesamtbedarf den Grundbedarf des Sohnes sowie die Kinderkrippe und addiere die damals noch abzuschliessende Hausratsversicherung resultiere ein Bedarf von Fr. 3'653.90. Die von der Klägerin erwähnten Bedarfszahlen ab September 2012 bewegten sich in ähnlichem Rahmen. Sie habe in den Jahren 2011 und 2012 teilweise bloss ein monatliches Einkommen von durchschnittlich Fr. 700.– mittels Reinigungsarbeiten erzielt und sei zeitweise arbeitslos gewesen. Die Klägerin werde von der Sozialhilfe unterstützt. Ihr effektiv erzielttes Einkommen in den Jahren 2011 und 2012 habe damit ihre eigenen Ausgaben nicht gedeckt. Selbst wenn man der Klägerin ein hypothetisches monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 2'400.– anrechne, könne sie ihre Ausgaben nicht decken. Da überdies nicht ins Existenzminimum des unterhaltsverpflichteten Ehegatten eingegriffen werden dürfe, seien die Anträge des Beklagten betreffend die Aufhebung der eheschutzrichterlich festgesetzten Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge sowie die Verpflichtung der Klägerin zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen abzuweisen

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

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

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

5.3. Die Klägerin erwidert, es könne bezüglich der Unterhaltsregelung auf die Akten und insbesondere die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden. Die übrigen Kosten der Klägerin seien durchaus nachgewiesen. Von der Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens habe die Vorinstanz in Bezug auf die Klägerin zu Recht abgesehen (Urk. 22 S. 8).

5.4.1. Eine Abänderung von Eheschutz- bzw. vorsorglichen Massnahmen ist zulässig, wenn seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist oder sich die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmenentscheid zugrunde lagen, nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Eine Änderung ist ferner insofern angebracht, dass sich der Entscheid als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Massnahmenentscheides einer Abänderung entgegen. Eine Änderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches oder missbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGer 5A_701/2012 vom 18. Februar 2013, E. 2.2.; BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 3).

5.4.2. Ehegattenunterhalt

Die Behauptung des Beklagten, die Klägerin habe bis zum Bezug ihrer jetzigen Wohnung im M._____ weder Wohn- noch Krankenkassenkosten gehabt, mag bezüglich der Wohnkosten zutreffen. Allerdings hat sie nur für wenige Monate über keine eigene Wohnung verfügt (Zuzug nach M._____ am 1. November 2011, Urk. 28), weshalb es bereits am Abänderungsgrund der *dauerhaft* veränderten Verhältnissen fehlt. Dass die übrigen Kosten der Klägerin nicht nachgewiesen seien, ist eine unsubstantiierte Behauptung des Beklagten. Bereits der Vergleich ihres früheren Mietzinses von Fr. 1'310.– (Urk. 8/13/19) mit ihrem heutigen Miet-

zins von Fr. 1'318.– (Urk. 39/19) zeigt, dass sich ihre Kosten nicht wesentlich verändert haben können. Der Notbedarf der Klägerin beläuft sich gemäss Kreisreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. September 2009 allein aufgrund der Positionen Grundbetrag (Fr. 1'200.–), Mietzins (Fr. 1'318.–) und Krankenkassenprämien (Fr. 220.60, Urk. 39/19) auf Fr. 2'738.60. Die Klägerin hat im Übrigen Anrecht auf Hinzurechnung weiterer Positionen wie Kommunikation, Hausratversicherung und Arbeitswegkosten. Die Klägerin vermöchte damit selbst unter Hinzurechnung eines ihre Betreuungsaufgaben sowie ihre Ausbildung und Erwerbssaussichten (BGE 137 III 385 E. 3; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 04.63 f.) berücksichtigenden hypothetischen Nettoeinkommens von Fr. 2'000.– ihren Bedarf nicht zu decken. Der Beklagte setzte sich mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen nicht auseinander und genügt damit seinen Begründungspflichten im Sinne von Art. 311 Abs. 1 ZPO nicht. Da der Ehegattenunterhalt aufgrund des Umstandes, dass nicht ins Existenzminimum des Beklagten eingegriffen werden darf (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 02.63; BGE 135 III 66 E. 2 – 10), auf Fr. 700.– begrenzt ist, durfte die Vorinstanz die Frage der Zumutbarkeit der Erzielung eines hypothetischen Einkommens zu Recht offen lassen. Damit sind die Voraussetzungen für eine Abänderung der Ehegattenunterhaltsbeiträge nicht gegeben. Trotz einer missverständlichen Formulierung (Urk. 2 S. 26) verneinte die Vorinstanz die Abänderung schliesslich auch nicht mit dem Hinweis auf ein missbräuchliches Verhalten des Beklagten (Zurückbehalten von C._____).

5.4.3. Kinderunterhalt

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

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

C) Prozesskostenvorschuss, unentgeltliche Rechtspflege

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

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

gerin schreibe nur ihre günstigsten Leistungen auf. Es dürfe bezweifelt werden, dass sie keinen anderen Umsatz generiere. Komme hinzu, dass anlässlich eines Kontrollanrufes der Rechtsvertreterin des Beklagten die Klägerin gesagt habe, dass sie grundsätzlich nicht am Montag arbeite. Aus der Liste ergebe sich aber, dass sie diverse Einnahmen am Montag gemacht habe (beispielsweise am 17. und 24. Juni 2013). Zudem gönne sich die Klägerin mehrmals im Jahr Ferien. Daraus werde offensichtlich, dass die Klägerin noch über andere Einnahmequellen verfüge, die sie weder gegenüber dem Sozialamt noch gegenüber den Gericht offen lege (Urk. 41).

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

2.1. Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. eines Prozesskostenbeitrages (vgl. ZR 85 Nr. 32; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 136) setzt einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden und Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraus.

2.2. Dem Beklagten ist es aufgrund seiner Einkommens- und Vermögenssituation (zu ersterem s. E. B.5 oben sowie Urk. 28/9+10) offensichtlich nicht möglich, der Klägerin nebst den geschuldeten Unterhaltsbeiträgen einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Das klägerische Gesuch um Zahlung eines Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- ist deshalb abzuweisen.

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

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

IV.

1. Die Vorinstanz hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ausdrücklich dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 Dispositiv-Ziffern 7 und 14), weshalb diesbezüglich keine weiteren Vorkehren zu treffen sind.

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

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

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

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren PC130037 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt, unter der Prozessnummer LY130015 weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben.

2. Der Antrag des Beklagten, es sei eine mündliche Berufungsverhandlung durchzuführen, wird abgewiesen.
3. Das Gesuch der Klägerin, es sei der Beklagte zu verpflichten, ihr für das Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenbeitrag-/vorschuss von Fr. 5'000.– (zzgl. 8 % MwSt.) zu bezahlen, wird abgewiesen.
4. Der Klägerin wird für das Berufungs- bzw. Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt, und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
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 (betreffend Vereinigung) im Sinne von Art. 90 BGG bzw. ein Vor-/Zwischenentscheid (betreffend mündliche Verhandlung) im Sinne von Art. 93 BGG bzw. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (betreffend Abweisung Prozesskostenvorschuss/-beitrag) 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.

Es wird erkannt:

1. Die Anträge des Beklagten, es sei das Gutachten von Dr. phil. F._____ vom 20. Juli 2012 aus dem Recht zu weisen bzw. für unbeachtlich zu erklären, und es sei ein Obergutachten über die Erziehungsfähigkeit der Eltern anzuordnen, werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Der Antrag des Beklagten betreffend Abänderung der Obhutsregelung der Eheschutzverfügung vom 13. Juli 2009 wird abgewiesen und der unter die Obhut der Klägerin gestellte gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt.mm.2006, für die Dauer des weiteren Scheidungsverfahrens in der Obhut der Klägerin belassen.

Der Beklagte, bzw. die Grosseltern D._____ und G._____, werden verpflichtet, C._____ bis spätestens Samstag, 15. Februar 2014, 18.00 Uhr, in die Obhut der Klägerin zu übergeben.

Die Parteien, die Grosseltern D._____ & G._____ und der Beistand des Kindes werden aufgefordert, die genauen Modalitäten des Umzuges zu organisieren. Im Streitfall hat der Umzug spätestens am Samstag, 15. Februar 2014, 18.00 Uhr, stattzufinden.

3. Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, C._____

- an Wochenenden gerader Kalenderwochen von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, sowie
- jeden Mittwoch, von 14.00 Uhr bis 19.00 Uhr, sowie
- in Jahren mit gerader Jahreszahl über Ostern (Karfreitagmorgen, 10.00 Uhr, bis Ostermontagabend, 18.00 Uhr) und in Jahren mit ungerader Jahreszahl über Pfingsten (Pfingstsamstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontagabend, 18.00 Uhr) und jährlich am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten (26. Dezember) und Neujahr (2. Januar)

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem wird der Beklagte für berechtigt erklärt, C._____ für die Dauer von fünf Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Beklagte mindestens drei Monate im Voraus mit der Klägerin abzusprechen.

4. Die am 8. November 2011 von der damaligen Vormundschaftsbehörde der Stadt H._____ errichtete Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird beibehalten. Dem Beistand von C._____ werden insbesondere folgende Aufgaben übertragen:

- den Parteien in ihrer Sorge um C._____ mit Rat und Tat beizustehen;
- die Parteien und die Grosseltern von C._____ in ihren gemeinsamen Bemühungen so zu unterstützen, dass sie später eine selbständige Besuchsrechtsregelung treffen können;
- im Streitfall zwischen den Beteiligten zu schlichten;
- unter Einbezug aller Beteiligten die Modalitäten des Besuchsrechts (insbesondere den Übergabeort, die Übergabezeit sowie das Nachholen des Besuchswochenendes bei Verhinderung) zu überprüfen bzw. zu bestimmen und diese jeweils der veränderten Situation anzupassen;
- C._____ auf den Umzug von den Grosseltern D._____ & G._____ zur Klägerin vorzubereiten sowie
- die Modalitäten des Umzugs von C._____ von den Grosseltern D._____ & G._____ zur Klägerin zu organisieren und die Parteien dabei zu begleiten.

Die neu zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Bülach Süd wird zur Ernennung/Übernahme der Beistandschaft eingeladen.

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

Der Beklagte wird verpflichtet, die Unterhaltsbeiträge von Fr. 800. –, zuzüglich Familienzulage, für C._____ für die Zeit vom 1. Mai 2011 bis zur Übergabe des Kindes, längstens bis zum 15. Februar 2014, an seine Eltern zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den ersten eines jeden Monats zum Voraus. Sollten einzelne dieser Unterhaltszahlungen unterdessen an die Klägerin geleistet worden sein, wird sie verpflichtet, die entsprechenden Beträge an die Grosseltern D._____ & G._____ weiterzuleiten.

6. Die Anträge des Beklagten betreffend Verpflichtung der Klägerin zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen wird abgewiesen.

7. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten werden festgesetzt auf:

Entscheidgebühr: Fr. 8'500.-;

Zeugenentschädigung: Fr. 112.-;

Total: Fr. 8'612.-

Die Kosten für die Vertretung des Kindes durch Rechtsanwalt lic. iur.

Z. _____ bleiben vorbehalten.

8. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten werden den Parteien je hälftig auferlegt.

Der auf die Klägerin entfallende hälftige Anteil wird zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Diesbezüglich bleibt die Nachzahlungspflicht der Klägerin gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO vorbehalten.

Die auf den Beklagten entfallenden hälftigen Kosten werden mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Im allfälligen Mehrbetrag (Kosten Kindesvertretung) stellt die Gerichtskasse Rechnung.

9. Für das Rechtsmittelverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

10. Schriftliche Mitteilung an

- die Parteien,
- im Dispositivauszug Ziff. 2 und 5 Abs. 2 an die Grosseltern D. _____ und G. _____,
- den Kindesvertreter,
- die KESB Horgen für sich und den Beistand,
- die KESB Bülach Süd sowie
- an das Bezirksgericht Dielsdorf,

je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

11. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 27. November 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
dz