

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ190002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 4. April 2019

in Sachen

A. _____,

Verfahrensbeteiligte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____,

sowie

C. _____,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____,

betreffend **Weitere Kinderbelange**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 17. Dezember 2018 (FP180007-L)**

Erwägungen:

I.

1. Der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan: Kindsvater) sowie die Verfahrensbeteiligte und Berufungsklägerin (fortan: Kindsmutter) sind die unverheirateten Eltern von C. _____, geboren am tt.mm.2015 (vor Vorinstanz: Klägerin; fortan: Tochter/Kind). Mit Eingabe vom 9. Januar 2018 reichte das Kind, gesetzlich vertreten durch die Kindsmutter, vor Vorinstanz eine Unterhaltsklage verbunden mit einem Antrag betreffend Besuchsrecht ein (Urk. 2). Mit Eingabe datierend vom 26. Januar 2018 liess die KESB der Stadt Zürich der Vorinstanz ihre Akten betreffend das Kind zukommen (Urk. 10, 11/1-40). Der Kindsvater hatte bei der KESB nach der Vaterschaftsanerkennung vom 18. Juli 2017 (Urk. 11/6) mit Eingabe datierend vom 27. Oktober 2017 zumindest sinngemäss die gemeinsame elterliche Sorge beantragt (Urk. 11/7+8). Für den weiteren Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 86 S. 4 f.). Die Parteien einigten sich anlässlich der Verhandlung vom 3. Dezember 2018 in einer Teilvereinbarung in den Punkten Obhut, Besuchsrecht, Beistandschaft, Erziehungsgutschriften sowie Kinderunterhalt. Sie beantragten die Obhutzuteilung an die Kindsmutter sowie infolge mehrmonatigen Kontaktunterbruchs zwischen Kindsvater und Tochter die phasenweise Wiederaufnahme und Ausdehnung der Besuche (1. Phase [voraussichtlich bis 30. Juni 2019]: begleitete Besuche; 2. Phase [voraussichtlich bis 30. Juni 2020]: unbegleitete Besuche ohne Übernachtung; 3. Phase [voraussichtlich ab 1. Juli 2020]: unbegleitete Besuche mit Übernachtung sowie Ferien). Zudem wurde vereinbart, dass die für die Tochter mit Verfügung vom 5. Juli 2018 errichtete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB bestehen bleiben und der Aufgabenkatalog der Beiständin angepasst werden solle (Urk. 76). Hinsichtlich des Sorgerechts kam keine Vereinbarung zustande.

2. Mit Urteil vom 17. Dezember 2018 übertrug die Vorinstanz die elterliche Sorge für die Tochter beiden Eltern gemeinsam (Urk. 86 Dispositiv-Ziffer 1). Die Obhut für die Tochter wurde der Kindsmutter zugeteilt (Dispositiv-Ziffer 2). Im

Übrigen wurde die Vereinbarung in Bezug auf die Kinderbelange genehmigt und ansonsten von der Vereinbarung Vormerk genommen (Dispositiv-Ziffer 3). Zudem wurden die Erziehungsgutschriften der Kindsmutter angerechnet (Dispositiv-Ziffer 4).

3. Mit Eingabe vom 31. Januar 2019 erhob die Kindsmutter Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 85 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 1 des angefochtenen Entscheides vom 17. Dezember 2018 aufzuheben.
2. Es sei die alleinige elterliche Sorge bei der Berufungsklägerin zu belassen.
3. Eventualiter sei der Entscheid zwecks Sachverhaltsergänzung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. der Mwst von 7.7%) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

prozessualer Antrag:

"Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic.iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

4. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 2. Februar 2019 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 81 bis 83). Dies ist vorzumerken.

2.1. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemes-

senheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

2.2. Soweit die Kindsmutter in ihrer Berufungsschrift lediglich ihre eigenen vorinstanzlich vorgebrachten Standpunkte wiederholt, ohne sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen dazu auseinanderzusetzen (z.B. Urk. 85 S. 4 bis 7), kommt sie den formellen Begründungsanforderungen an eine Berufungsschrift nicht nach. Insoweit ist auf die Berufung nicht einzutreten.

3.1. Die Vorinstanz erwog, es sei nicht ersichtlich, inwiefern das Kindeswohl durch die gemeinsame Sorge beider Eltern gefährdet sein solle. Die (in einem hängigen Strafverfahren mündenden) Vorwürfe der Kindsmutter, der Kindsvater

habe sie bedroht, würden – sollten sie zutreffend sein – einzig einen Konflikt zwischen den Eltern beschlagen. Dass damit ein Grund für die Entziehung der elterlichen Sorge nach Art. 311 Abs. 1 ZGB vorliege, sei von der Kindsmutter denn auch nicht dargetan worden. Wenn sie ausführe, der Kindsvater habe sich seit Geburt an zu wenig um die Tochter gekümmert, und damit sinngemäss geltend machen wolle, er habe seine Pflichten gemäss Ziffer 2 jener Bestimmung gegenüber dem Kind gröblich verletzt, so sei dem entgegenzuhalten, dass selbst wenn dem so sein sollte, er sich jetzt darum bemühe, den Kontakt zur Tochter wieder aufzunehmen und eine Beziehung zu ihr aufzubauen. Dass dies bis heute nicht im beantragten Masse möglich gewesen sei, sei zumindest nicht dem Kindsvater anzulasten. Zudem würden die erhobenen Vorwürfe massgeblich das Besuchsrecht betreffen, für welches zwischen den Parteien eine Lösung habe gefunden werden können. Von einer Vernachlässigung im Sinne des genannten Gesetzesartikels könne jedenfalls noch keine Rede sein. Es seien keine Umstände ersichtlich, die auf eine konkrete Gefährdung der Gesundheit des Kindes durch den Kindsvater hinweisen würden. Dergleichen sei auch von der Kindsvaterin nicht konstatiert worden. Im Gegenteil spreche sich diese deutlich gegen eine alleinige elterliche Sorge der Kindsmutter aus (Urk. 86 S. 18).

3.2. Betreffend die von der Kindsmutter geltend gemachte anhaltende Kommunikationsunfähigkeit der Parteien führte die Vorderrichtern aus, für das Funktionieren der gemeinsamen elterlichen Sorge seien Kooperationsfähigkeit und Kommunikationsfähigkeit der Eltern, insbesondere in wichtigen Erziehungsfragen, von zentraler Bedeutung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung könne das gemeinsame Sorgerecht ohne kooperatives Verhalten und gegenseitige Kommunikation nicht in effektiver Weise und zum Vorteil des Kindes ausgeübt werden. Zur Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts sei ein Mindestmass an Übereinstimmung in Bezug auf wesentliche Bereiche der elterlichen Sorge und ein wenigstens im Ansatz einvernehmliches Handeln erforderlich. Die Kindsmutter mache geltend, die Parteien könnten überhaupt nicht miteinander kommunizieren; dies werde auch in Zukunft so sein und der Konflikt mit dem Kindsvater werde sich durch die gemeinsame Sorge verschärfen. Aufgrund des Umstandes, dass die Kindsmutter die elterliche Sorge bis anhin alleine inne gehabt habe, und da-

durch, dass das Kind noch sehr jung sei, könne zum heutigen Zeitpunkt nicht beurteilt werden, ob wichtige Entscheidungen das Kind betreffend zukünftig nicht gemeinsam getroffen werden könnten. Die Befürchtung der Kindsmutter, dass wichtige Entscheide zukünftig über eine Behörde gefällt werden müssten, da sich die Parteien nicht würden einigen können, sei zum jetzigen Zeitpunkt abstrakt. Fest stehe, dass die Parteien zumindest aktuell Schwierigkeiten hätten, miteinander persönlich zu kommunizieren. Im Zuge einer Trennung und einem damit zusammenhängenden Sorgerechtsstreit sei es jedoch inhärent, dass es zu Streitigkeiten kommen könne. So falle denn auch auf, dass die Parteien, erst seitdem sie um das Sorgerecht stritten, überhaupt nicht mehr miteinander kommunizierten. Vorher scheine das zumindest in Teilbereichen funktioniert zu haben. Zu sagen sei überdies, dass die Eltern aufgrund der entsprechenden Informations- und Auskunftsrechte des nicht sorgeberechtigten Elternteils auch bei alleinigem Sorgerecht zu einem Zusammenwirken gezwungen wären und sie auch im Hinblick auf die vereinbarte Besuchsrechtsregelung einen Weg finden müssten, um hinsichtlich der Belange der Tochter wieder miteinander zu kommunizieren. Die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge setze im Übrigen auch nicht zwingend voraus, dass sich die Eltern persönlich sehen würden. Jedenfalls seien die heutigen Kommunikationsprobleme der Eltern noch kein Grund für eine Alleinzuteilung der Sorge. Die Parteien seien im Hinblick auf das Wohl des Kindes zu einem kooperativeren Verhalten aufzufordern und dazu, zumutbare Anstrengungen bei der gegenseitigen Kommunikation zu unternehmen. Dabei könnten sie auch die Hilfe der Beiständin in Anspruch nehmen, welche den Parteien unterstützend zur Seite stehe (Urk. 86 S. 18 bis 20).

3.3. Unter dem Titel des schwerwiegenden elterlichen Dauerkonflikts hielt die Vorinstanz fest, dass insbesondere die Kindsmutter den Kindsvater mit diversen – meist jedoch pauschalen – Vorwürfen zudecke (unter Verweis auf Urk. 74/2a und 74/2b). Dieser Konflikt wirke sich auf das Wohl der Tochter bislang dadurch aus, dass der Kindsvater seine Tochter seit Monaten nicht mehr gesehen habe. Somit habe der elterliche Konflikt durchaus Auswirkungen auf das Wohl des Kindes, nämlich dahingehend, dass sein Recht, regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen, verhindert werde. Es sei jedoch anzu-

nehmen, dass sich diese Problematik mit der getroffenen Besuchsrechtvereinbarung mit der Zeit entschärfen werde. Die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge an die Kindsmutter erscheine unter diesem Gesichtspunkt nicht notwendig. Folglich reiche der ohne Zweifel vorliegende Konflikt der Parteien nicht, um eine Alleinzuteilung der elterlichen Sorge – als eng begrenzte Ausnahme – an die Kindsmutter zu rechtfertigen (Urk. 86 S. 20 f.).

3.4. Insbesondere sei zum jetzigen Zeitpunkt nicht ersichtlich, inwiefern sich der Konflikt und die Kommunikationsschwierigkeiten der Eltern auf die Belange der Tochter als Ganzes beziehen und sich negativ auf das Kindeswohl auswirken würden. Die elterliche Sorge bezüglich der Tochter sei daher im Sinne von Art. 298b Abs. 2 ZGB beiden Eltern zuzuteilen (Urk. 86 S. 21).

4.1. Die Kindsmutter macht in ihrer Berufung im Wesentlichen geltend, es bestehe zwischen den Kindseltern von Geburt der Tochter an keine Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft. Dies betreffe insbesondere wichtige Erziehungsfragen und den Umgang mit dem Kind. Der Streit zwischen den Parteien während des sehr kurzen Zusammenlebens habe stets damit geendet, dass der Kindsvater einfach gemacht habe, was er für richtig gehalten habe. Zudem habe sich der Kindsvater in der Vergangenheit nie um die Belange des Kindes gekümmert. Er wisse bis heute nicht, welcher Kinderarzt zuständig sei, was das Kind gerne esse und wie seine Gewohnheiten seien, um nur einige Beispiele zu nennen. Für die Tochter sei der Kindsvater ein Fremder; es bestehe keine gelebte Beziehung (Urk. 85 S. 11 bis 13).

4.2. Weiter rügt die Kindsmutter, die Vorinstanz verkenne, dass die Basis für eine gemeinsame elterliche Sorge fehle. Der Kindsvater habe mit seinen strafrechtlich relevanten Handlungen und Drohungen die Kindsmutter in Angst und Schrecken versetzt. Sie habe angesichts der Drohungen nach wie vor erhebliche Angst, der Kindsvater könne die Tochter ins Ausland verbringen oder ihr und den beiden Kindern etwas antun. Sie habe einem begleiteten Besuchsrecht sowie der Bestellung einer Besuchsbeistandschaft nur zugestimmt, weil sie das Kind in Sicherheit wisse und sie nicht mit dem Kindsvater reden, d.h. in Kontakt treten müsse. Verstärkt werde das konfliktbelastete Verhältnis zwischen den Kindseltern mit

Sicherheit noch durch das pendente Strafverfahren, dessen Ausgang in jedem Fall das Verhältnis zwischen den Parteien weiter erheblich belasten werde. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei zweifelsohne von einem schwerwiegenden elterlichen Dauerkonflikt sowie einer anhaltenden Kommunikationsunfähigkeit im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auszugehen (Urk. 85 S. 11 bis 13).

4.3. Weiter führt die Kindsmutter aus, dieser Konflikt werde sich auch in Zukunft nicht zwischen den Parteien lösen lassen. Wichtige Fragen der Erziehung würden künftig nicht zwischen den Parteien gelöst werden können. Es gebe nicht das Mindestmass an Übereinstimmung in Bezug auf die Bereiche der elterlichen Sorge. Gerade durch die zwangsweise Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge werde sich der Konflikt zwischen den Parteien weiter verschärfen, da die Kindsmutter massive Angst vor dem Kindsvater habe und sie den Entscheid nicht mittrage. Der jetzt schon bestehende Dauerkonflikt zwischen den Eltern werde auch in anderen Bereichen wie Schule/Berufswahl fortgesetzt werden. Es sei davon auszugehen, dass das Gericht für wichtige Entscheidungen angerufen werden müsse. Dies alles führe zu einer weiteren erheblichen Kindeswohlgefährdung. Die Vorinstanz verkenne das Problem der fehlenden Kommunikation, indem sie ausführe, dass es für die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht erforderlich sei, dass sich die Parteien hierfür persönlich sähen. In der Vergangenheit hätten die Parteien auch nicht mehr auf eine andere Weise miteinander kommuniziert. Wichtige Entscheidungen das Kind betreffend könnten nicht per SMS getroffen werden, insbesondere dann, wenn keine Einigung zustande komme. Angesichts der dargelegten Umstände sei es nicht verwunderlich, wenn die Kindsmutter keinen Kontakt mehr mit dem Kindsvater haben wolle. Eine Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge würde bedeuten, dass sich die Kindsmutter bei Entscheiden über Kinderbelange vollständig dem Willen des Kindsvaters unterordnen müsste, ansonsten es zu endlosen Diskussionen käme, die vor dem Richter enden würden (Urk. 85 S. 12 bis 14).

4.4. Eventualiter macht die Kindsmutter geltend, dass das Verfahren an die Vorinstanz zur weiteren Sachverhaltsabklärung zurückzuweisen sei. Die Vor-

instanz habe keinerlei weitere Sachverhaltsabklärungen getroffen und die Beweisanträge der Kindsmutter seien einfach übergangen worden. Ohne weitere Begründung habe sie ein strafrechtliches Verhalten des Kindsvaters in Frage gestellt. Es mache den Anschein, dass die Vorinstanz bei der Entscheidungsfindung auf die unvollständigen und unzutreffenden Plädoyernotizen der Kindsvaterin abgestellt habe, insbesondere seien die Ausführungen zum laufenden Strafverfahren unbestritten geblieben. Es sei der Kindsmutter keine Gelegenheit gegeben worden, diese Ausführungen zu bestreiten (unter Hinweis auf Prot. I S. 31). Zudem seien die Beweisofferten der Kindsmutter zum Verhalten des Kindsvaters und der fehlenden Kommunikationsfähigkeit nicht abgenommen worden. Damit sei ihr rechtliches Gehör verletzt und der Sachverhalt nicht genügend geklärt worden (Urk. 85 S. 7 und 14 f.).

5.1. Es gelten für die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge gemäss Art. 298 ff. ZGB nicht die gleichen Voraussetzungen wie für den auf Art. 311 ZGB gestützten Entzug des Sorgerechts. Vielmehr kann beispielsweise auch ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit eine Alleinzuteilung des Sorgerechts gebieten, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt und von einer Alleinzuteilung eine Verbesserung erwartet werden kann (BGE 141 III 472 E. 4.6). Ist sodann ein Konflikt zwar schwerwiegend, erscheint er aber singulär, ist im Sinn der Subsidiarität zu prüfen, ob nicht ein richterlicher Entscheid über einzelne Inhalte des Sorgerechts bzw. eine richterliche Alleinzuteilung spezifischer Entscheidungsbefugnisse in den betreffenden Angelegenheiten (beispielsweise über die religiöse Erziehung, in schulischen Belangen oder in Bezug auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht) ausreicht, um Abhilfe zu schaffen. Die Alleinzuteilung des elterlichen Sorgerechts muss eine eng begrenzte Ausnahme bleiben (BGE 141 III 472 E. 4.7).

5.2. Vorliegend traten die von der Kindsmutter geltend gemachten Defizite beim Kooperationswillen erstmals im Zusammenhang mit einem zweimonatigen Aufenthalt des Kindes bei seiner Grossmutter in D._____ [Staat in Südamerika] aktenkundig zu Tage (vgl. Urk. 25/7 S. 3). Der elterliche Konflikt entbrannte

insbesondere wegen dieses Aufenthalts des Kindes in D._____ im Frühling 2017 und eines weiteren geplanten Aufenthalts der Tochter anfangs 2018 (über dessen geplante Dauer sich die Parteien uneinig sind; geplant war mindestens ein Verbleib von eineinhalb Monaten; Urk. 11/15 S. 4 und Urk. 11/21 S. 7). Der Kindsvater gelangte Ende Oktober 2017 an die KESB und beantragte insbesondere die gemeinsame elterliche Sorge (Urk. 11/7+15). In seiner Eingabe vom 1. Dezember 2017 an die KESB Zürich machte er geltend, er beantrage die gemeinsame elterliche Sorge deshalb, damit er über derart einschneidende Entscheidungen wie die monatelange Verlegung des Aufenthaltes des Kindes mitentscheiden könne (Urk. 11/15 S. 4). Bis zu diesem Zeitpunkt sind keine konkreten Anhaltspunkte aktenkundig, dass sich die Eltern in grundsätzlicher und unüberwindbarer Weise über die Belange des Kindes gestritten hätten. Zwar ist zutreffend, dass es bis zur Anerkennung des Kindes durch den Kindsvater ein Jahr und acht Monate gedauert hatte (Urk. 11/6). Zudem ist zwischen den Parteien strittig, wie regelmässig und intensiv sich der Kindsvater um die Tochter kümmerte (vgl. z.B. Urk. 85 S. 4 f. und Urk. 11/15 S. 5). Der VorderrichterIn ist jedoch beizupflichten, dass selbst wenn sich der Kindsvater in der Vergangenheit nicht mit genügender Verbindlichkeit um das Kind gekümmert hätte, er jedenfalls nun bereit ist, die gemeinsame Sorge und ein regelmässiges Besuchsrecht auszuüben. Bereits der Umstand, dass er sich wegen der Verbringung der Tochter nach D._____ am 15. März und am 4. Mai 2017 an die Fachstelle Elternschaft und Unterhalt der Stadt Zürich wandte (Urk. 25/7 S. 3) und im Herbst 2017 schliesslich an die KESB gelangte, zeigt, dass ihm die Belange der Tochter nicht egal sind. Im Übrigen ist das Besuchsrecht des erst gut dreijährigen Kindes im Aufbau, und es besteht gemäss den Beobachtungen der KindesvertreterIn eine gute Vater-Kind-Beziehung (Urk. 42 S. 6 bis 8).

5.3. Das von der Kindsmutter ins Feld geführte Strafverfahren betrifft eine angebliche Drohung des Kindsvaters gegenüber der Kindsmutter. In dieser Sache fand die staatsanwaltschaftliche Schlusseilvernehmung des Kindsvaters am 23. Januar 2019 statt (Urk. 89/3). Auch diesbezüglich ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass selbst wenn es zur Drohung gekommen wäre (was das Strafgericht zu beurteilen haben wird), dies einzig den Elternkonflikt beschlagen

würde. Was die vorgebrachte Sorge der Kindsmutter vor einer Verbringung des Kindes durch den Kindsvater ins Ausland betrifft, so beschlägt dies nicht die gemeinsame elterliche Sorge, sondern das Besuchsrecht. Zudem ist dieses Vorbringen wie dasjenige betreffend die Angst vor dem Kindsvater vage und unsubstantiiert. In der Vergangenheit hatte aufgrund des Aufenthalts der Tochter in D._____ vielmehr der Kindsvater befürchten müssen, dass seine Tochter erneut ins Ausland verbracht wird. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge wird künftig ein von einem Elternteil beabsichtigter Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes ins Ausland der Zustimmung des andern Elternteils bedürfen (Art. 301a Abs. 2 lit. a ZGB), nicht aber eine blosser Ferienreise (BSK ZKB I–Schwenzer/Cottier, Art. 301a N 7).

5.4. Schliesslich ist die – im Berufungsverfahren erneut vorgetragene – Behauptung, bei der Erteilung des gemeinsamen Sorgerechtes sei eine Ausweitung des Konfliktes vorprogrammiert, für die Zuteilung der Alleinsorge kein genügender Grund. Im Zentrum steht die Tatsache, dass es sich beim elterlichen Sorgerecht um ein Pflichtrecht handelt (BGE 136 III 353 E. 3.1 mit Hinweisen), wie dies auch beim Besuchsrecht der Fall ist (vgl. Urteile 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014, E. 4.2; 5A_160/2011 vom 29. März 2011, E. 4). Die mit der elterlichen Sorge verbundenen Rechte und Pflichten sind zum Wohle des Kindes auszuüben. Die Eltern haben mithin im Rahmen ihrer Möglichkeiten alles zu unternehmen, was zur gedeihlichen Entwicklung des Kindes erforderlich ist. Daraus folgt im vorliegend interessierenden Kontext, dass sie sich zu bemühen haben, zwischen der konfliktbehafteten Elternebene einerseits sowie dem Eltern-Kind-Verhältnis andererseits zu unterscheiden und das Kind aus dem elterlichen Konflikt herauszuhalten. Sodann haben beide Elternteile ein kooperatives Verhalten an den Tag zu legen und die zumutbaren Anstrengungen bei der gegenseitigen Kommunikation zu unternehmen, ohne die ein gemeinsames Sorgerecht nicht in effektiver Weise und zum Vorteil des Kindes ausgeübt werden kann (BGE 142 III 1 E. 3.4 m.H.). Die Kindsmutter erwähnt in der vorliegenden Berufung keine konkreten Bereiche der elterlichen Sorge, welche die Parteien nicht zu regeln im Stande wären. Die Kindsmutter macht zwar geltend, der Kindsvater wisse nicht, welcher Kinderarzt zuständig sei. Dies bedeutet aber

nicht, dass sich die Eltern über (nichtdringliche) medizinische Eingriffe uneins waren, wozu es bei gemeinsamer Sorge einer Einigung Bedarf. Es kann auch nicht gesagt werden, es sei bereits seit längerem nicht ansatzweise ein Austausch möglich (vgl. BGE 142 III 197 E. 3.5). Die Tochter ist erst drei Jahre alt und zumindest zu Beginn der Beziehung scheinen sich die Eltern über die Bedürfnisse des Kindes ausgetauscht zu haben. So belegen Aktennotizen der Fachstelle Elternschaft und Unterhalt, dass die Parteien noch am 19. Juli 2017 erklärten, dass sie sich hinsichtlich der Betreuung einig seien und zusammen einen Weg finden würden (vgl. Urk. 25/7 S. 4). Es ist nicht aussergewöhnlich, dass sich Kommunikationsschwierigkeiten im Rahmen eines hängigen Zivil- und Strafverfahrens verstärken. Im Übrigen verweist die Kindsmutter auf (weit) in der Zukunft liegende Regelungspunkte wie Schule und Berufswahl. Des Weiteren spricht sie (relativ abstrakt) von einer zu befürchtenden Ausweitung des Konfliktes, was für eine Abweichung vom Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge nach dem Gesagten nicht genügt (vgl. BGE 142 III 1 E. 3.5). Ein unverarbeiteter Konflikt auf Elternebene ist für sich genommen nicht ausreichend, um eine Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge zu begründen. Rechtsprechungsgemäss ist zusätzlich erforderlich, dass sich der Konflikt negativ auf das Kindeswohl auswirkt und die Alleinzuteilung geeignet ist, die festgestellte Beeinträchtigung des Kindeswohls zu beseitigen oder zumindest zu lindern (BGer 5A_345/2016 vom 17. November 2016, E. 5). Vorliegend ist zwar erstellt, dass die Umsetzung des Besuchsrechts konfliktreich ist. Die Kindsmutter legt jedoch nicht dar, dass Entscheidungen anstünden, welche bei gemeinsamer elterlicher Sorge nicht zu lösen wären bzw. für das Kind zu einer untragbaren Situation führen würden. Diesbezüglich bleibt die Kindsmutter in ihren Ausführungen weitestgehend abstrakt, indem sie pauschal von einer Verschärfung des Konfliktes spricht. Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb die Parteien – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, gegebenenfalls durch Vermittlung der Beiständin – für anstehende Entscheidungen in der Lebensplanung des Kindes nicht eine Lösung finden sollten. Die Kindsmutter macht vor allem negative Auswirkungen für sich selber (insbesondere will sie den Kindsvater nicht persönlich sehen), nicht aber eine Gefährdung des Kindeswohls

bei gemeinsamer elterlicher Sorge geltend. Damit ist das alleinige Sorgerecht aber nicht geeignet, die festgestellte Beeinträchtigung des Kindeswohls im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht zu lindern. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Vorinstanz zwar zutreffend festhielt, dass die gemeinsame elterliche Sorge nicht zwingend voraussetze, dass sich die Eltern persönlich sehen (unter Verweis auf BGer 5A_345/2016 vom 17. November 2016, E. 5). Der soeben zitierte Bundesgerichtsentscheid betraf jedoch ein 13-jähriges Kind. Da die Parteien jedoch Eltern eines kleinen Kindes sind, werden sie nur schon zur – geplanten und vereinbarten – unbegleiteten Ausübung des Besuchsrecht kooperieren müssen. Es ist hier daran zu erinnern, dass als allgemein anerkannt gilt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die – sich nicht nur im Besuchs-, sondern auch im Sorgerecht ausdrückende – Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen wichtig ist und bei dessen Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann (BGE 130 III 585 E. 2.2.2; BGE 131 III 209 E. 4; BGE 142 III 1 E. 3.4).

5.5. Was die Rüge der Gehörsverletzung betrifft, geht aus den vorinstanzlichen Akten hervor, dass die Kindsmutter bezüglich Sorgerecht die zwei ihr zustehenden Parteivorträge mit Plädoyers anlässlich der Hauptverhandlung vom 2. Juli 2018 (Prot. I S. 8 f. und Urk. 44 S. 11 ff.) und anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 3. Dezember 2018 (Prot. I S. 26 f. und Urk. 73) wahrnahm. Es geht weder aus dem Protokoll (Prot. I S. 26 ff., insbesondere S. 31) noch aus einer im Nachgang zur Hauptverhandlung vom 3. Dezember 2018 ins Recht gereichten Eingabe hervor, dass die Kindsmutter um Stellungnahme zu Noven ersucht hätte. Es könnte sich dabei auch nur um Noven handeln, welche der Kindsvater vorbrachte, denn die Kinderanwältin plädierte vor der Kindsmutter, womit diese zu allfälligen Noven im Vortrag der Kinderanwältin anlässlich ihres Plädoyers Stellung nehmen konnte (Prot. I S. 27 f. und Urk. 73 f.). Schliesslich beruft sich aber vor allem die Kindsmutter auf das hängige Strafverfahren. Die Vorinstanz hat in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung begründet, dass die strafrechtlichen Vorwürfe der Kindsmutter letztlich nicht relevant sind, da sie einzig einen Konflikt zwischen den Eltern beschlagen.

Auch die Rüge der ungenügenden Sachverhaltserstellung ist unbegründet bzw. es ist darauf mangels genügend klarer Rügen nicht weiter einzugehen. Die Kindsmutter macht geltend, es seien von ihr offerierte Beweise betreffend Verhalten des Kindsvaters und die fehlende Kommunikationsfähigkeit nicht abgenommen worden. Sie verweist in ihrer Berufung auf ihr Plädoyer vom 3. Dezember 2018 vor Vorinstanz samt Beilagen, das vorinstanzliche Protokoll und eine Parteibefragung (Urk. 85 S. 7 und 15 mit Verweis auf Urk. 73 und 74 sowie Prot. I S. 26 bis 31). In ihren Plädoyernotizen vom 3. Dezember 2018 (Urk. 73) offerierte die Kindsmutter jedoch lediglich einen Beizug der Akten der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat und Einvernahmeprotokolle vom 23. Oktober 2018 (letztere wurden als Urk. 74/2+2a+2b zu den Akten gereicht). Zusammen mit den Beilagen Urk. 74/1-2 befindet sich ein Beweismittelverzeichnis bei den Akten, das vier Schreiben erwähnt, die bereits am 2. Juli 2018 eingereicht worden waren, sowie die Befragung der Verfasser der Schreiben als Zeugen. Im angerufenen vorinstanzlichen Protokoll beantragte die Kindsmutter, die genannten Personen als Zeugen zu befragen, weil sie darüber aussagen könnten, wie der Kindsvater mit der Kindsmutter umgehe "und was dort vorgefallen" sei, beispielsweise dass er einmal vor Wut mit der Hand in die Wand geschlagen habe, sodass dort ein Loch entstanden sei. Das ergebe sich im Übrigen auch aus den Einvernahmeprotokollen vom 23. Oktober 2018, in welchen die Kindsmutter diese Vorkommnisse schildere (Prot. S. 27 f.). Die Vorinstanz würdigte die Einvernahmeprotokolle vom 23. Oktober 2018 durchaus (s. E. 3.3 oben). Im Übrigen wurden die Zeugeneinvernahmen im Zusammenhang mit der konflikthafter Paarbeziehung beantragt, welche die Vorinstanz letztlich nicht für rechtserheblich hielt, da das alleinige Sorgerecht für die Kindsmutter diesbezüglich keine Verbesserung für das Kindeswohl brächte und der Konflikt im Zusammenhang mit der Trennung und dem damit zusammenhängenden Sorgerechtsstreit steht. Die Vorinstanz nahm damit alle am 3. Dezember 2018 offerierten rechtserheblichen Beweise ab. Sollte die Kindsmutter von weiteren unterlassenen Beweisabnahmen ausgehen, fehlt es dafür an rechtsgenügenden Rügen.

5.6. Zusammengefasst erweist sich die Berufung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

6.1. Das Gesuch der Kindsmutter, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, ist zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

6.2. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens (§ 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG) der Kindsmutter aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe sind dem Kindsvater sowie dem Kind für das Rechtsmittelverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

6.3. Da der Kindsvater im vorliegenden Verfahren nicht kostenpflichtig wird, ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung vom 7. Februar 2019 (Urk. 92) als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Das Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin ist ebenfalls als gegenstandslos geworden abzuschreiben, da dem Kindsvater im Rechtsmittelverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (vgl. § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV), für die der Staat den Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO zu entschädigen hätte.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 17. Dezember 2018 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 am 2. Februar 2019 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Das Gesuch der Kindsmutter, es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, wird abgewiesen.
3. Das Gesuch des Kindsvaters, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____ eine

unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 17. Dezember 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Berufungsparteien und das Kind (Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren), an den Berufungsbeklagten und das Kind unter Beilage der Doppel bzw. Kopien von Urk. 85 und 89/3-20, an das Personenmeldeamt der Stadt Zürich mit Formular sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. April 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
am