

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC100087-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und  
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. K. Vogel

## Urteil vom 2. Dezember 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

sowie

**C.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Dr. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am  
Bezirksgericht Horgen vom 18. November 2010 (FE090269)**

### **Rechtsbegehren:**

der Gesuchstellerin (Urk. 28/1 S. 1 f., Urk. 47 S. 1):

1. Die Ehe der Parteien sei zu scheiden.
2. Der gemeinsame Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1998, sei unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Dem Gesuchsteller sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
4. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, an den Unterhalt C.\_\_\_\_s ab Rechtskraft des Urteils monatlich und monatlich im Voraus Fr. 1'100.– zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinder- und Familienzulagen bis zum Eintritt in die Mündigkeit bzw. Abschluss einer ordentlichen Ausbildung zu bezahlen.  
Die Zahlungen seien auch über die Mündigkeit des Kindes hinaus an die Gesuchstellerin zu leisten, sofern es noch mit ihr zusammen wohnt und keinen anderen Zahlungsempfänger benennt.
5. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab Rechtskraft des Urteils monatlich und monatlich im Voraus Fr. 2'650.– bis zum 30. Juni 2016, ab 1. Juli 2016 bis 30. Juni 2026 Fr. 970.– und ab 1. Juli 2026 bis zur Pensionierung Fr. 500.– zu bezahlen.  
Darüber hinaus ist der Gesuchsteller zu verpflichten, bis Juni 2016 den hälftigen Anteil des Bonus innert 10 Tagen ab Auszahlung der Gesuchstellerin zu bezahlen.
6. Der Gesuchsteller sei berechtigt zu erklären, im Fall der Ausrichtung einer Hilflosenentschädigung von den zu zahlenden Unterhaltsbeiträgen einen Drittel der Entschädigung abzuziehen.
7. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 4 und 5 seien gerichtsüblich zu indexieren.
8. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, dem Kinderkonto den von ihm entzogenen Betrag innert 30 Tagen ab Rechtskraft der Scheidung zu überweisen.
9. In güterrechtlicher Hinsicht sei der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin den Betrag von Fr. 11'608.25 zu überweisen.
10. Die Freizügigkeitsleistungen der Pensionskassen seien nach Gesetz aufzuteilen.
11. Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Prozessführung und Prozessverbeiständung unter Einsatz des Sprechenden zu gewähren.
12. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers.

des Gesuchstellers (Urk. 26 S. 1 f., Prot. I S. 6, Urk. 45 S. 1):

1. Die Ehe der Parteien sei zu scheiden.
2. Der gemeinsame Sohn C.\_\_\_\_\_ sei unter die elterliche Sorge des Gesuchstellers zu stellen.

Eventualiter für den Fall der Zuweisung der elterlichen Sorge über Sohn C.\_\_\_\_\_ an die Gesuchstellerin sei eine Erziehungsbeistandschaft anzuordnen.

3. Der Gesuchstellerin sei ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.

Eventualiter für den Fall der Zuweisung der elterlichen Sorge über Sohn C.\_\_\_\_\_ an die Gesuchstellerin sei dem Gesuchsteller ein Besuchsrecht wie folgt einzuräumen:

Der Gesuchsteller betreut Sohn C.\_\_\_\_\_ jedes zweite Wochenende eines jeden Monats von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 20.00 Uhr, sowie an jedem zweiten Mittwoch von 16.30 Uhr bis 20.00 Uhr, wobei in geraden Jahren über die Osterfeiertage von Gründonnerstag, 18.00 Uhr, bis Ostermontag, 20.00 Uhr, und an Weihnachten vom 23. Dezember, 18.00 Uhr, bis 25. Dezember, 12.00 Uhr, und vom 30. Dezember, 18.00 Uhr, bis Neujahr, 12.00 Uhr, und in ungeraden Jahren über die Pfingstfeiertage von Freitag vor Pfingsten, 18.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 20.00 Uhr, und an Weihnachten vom 25. Dezember, 12.00 Uhr, bis 26. Dezember, 20.00 Uhr, und vom Neujahrstag, 12.00 Uhr bis 2. Januar, 20.00 Uhr. Ausserdem betreut der Gesuchsteller das Kind während den Schulferien für die Dauer von 4 Wochen pro Jahr, wobei er verpflichtet ist, die Ausübung der Ferienbetreuung mindestens zwei Monate im Voraus mit der Klägerin abzusprechen. Nach Ferien der Mutter mit Sohn C.\_\_\_\_\_ beginnt das Besuchsrecht jeweils mit dem folgenden Wochenende.

Ausgefallene Besuchstage, deren Ausfallursache nicht beim Gesuchsteller liegt, sind nachzuholen.

4. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller an den Unterhalt des Kindes C.\_\_\_\_\_ angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.

Eventualiter sei für den Fall der Zuweisung der elterlichen Sorge über Sohn C.\_\_\_\_\_ an die Gesuchstellerin der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin einen Unterhaltsbeitrag für Sohn C.\_\_\_\_\_ von monatlich zum Voraus Fr. 1'100.00 zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen.

5. Unterhaltsbeiträge des einen Ehegatten an den andern seien nicht zu sprechen.

6. Die Pensionskasse des Gesuchstellers sei anzuweisen, die Hälfte der während der Ehe geäußerten Freizügigkeitsleistung, d.h. Fr. 78'788.00, auf ein von der Gesuchstellerin zu bezeichnendes Freizügigkeitskonto zu überweisen.
7. Die güterrechtliche Auseinandersetzung sei nach Gesetz vorzunehmen.
8. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsteller einen Anteil an der ausbezahlten Hilflosenentschädigung für Sohn C.\_\_\_\_\_ von Fr. 26'391.50 nebst 5 % Zins seit 9. April 2009 zu bezahlen. Für den Fall der Rückforderung von ausbezahlten Hilflosenentschädigungen durch die D.\_\_\_\_\_ für den Zeitraum vom 1. Februar 2007 bis 30. Juni 2009 sei der Gesuchsteller zu verpflichten, seinen entsprechenden Anteil zurückzubezahlen.
9. ...
10. Dem Gesuchsteller sei die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen.
11. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

der Kindesvertreterin (Urk. 50 S. 1):

1. Die gemeinsame elterliche Sorge für C.\_\_\_\_\_ sei beizubehalten.
2. C.\_\_\_\_\_ sei in der Obhut der Mutter zu belassen.
3. Dem Vater sei folgendes Betreuungsrecht einzuräumen: Gemäss den bis anhin ausgeübten Betreuungszeiten mit Ausnahme des Mittwochnachmittags. Die Betreuungs- und Ferienzeiten seien genau festzulegen.
4. Es sei eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB anzuordnen.
5. Die Therapie von C.\_\_\_\_\_ sei weiterzuführen.

**Urteil des Einzelrichters am Bezirksgericht Horgen vom 18. November 2010:**

1. Die Ehe der Parteien wird geschieden.
2. Das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998, wird unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen.
3. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 10. Juni 2010 über die Scheidungsfolgen wird im Übrigen genehmigt:

"1. ...

2. ...

3. Die Parteien einigen sich über das Besuchsrecht untereinander. Sollte eine Einigung nicht zustande kommen, gilt folgende Regelung:

Der Gesuchsteller ist berechtigt, das Kind C.\_\_\_\_\_, soweit der gesundheitliche Zustand des Kindes es erlaubt,

an den Wochenenden der geraden Wochen von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 20.00 Uhr, vom 25. Dezember, 12.00 Uhr, bis 26. Dezember, 20.00 Uhr, und vom Neujahrstag, 12.00 Uhr, bis 2. Januar, 20.00 Uhr, in geraden Jahren von Gründonnerstag, 18.00 Uhr, bis Ostermontag, 20.00 Uhr, sowie in ungeraden Jahren von Freitagabend vor Pfingsten, 18.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 20.00 Uhr,

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

Ausserdem ist der Gesuchsteller berechtigt, das Kind, soweit der gesundheitliche Zustand des Kindes es erlaubt, während den Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsteller verpflichtet sich, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

Ausgefallene Besuchstage sind nachzuholen, wenn der Grund des Ausfalls nicht beim Gesuchsteller liegt.

4. Es wird eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB errichtet und der Beistand beauftragt, die gesundheitliche Entwicklung von C.\_\_\_\_\_ zu überwachen und dessen Autonomie zu fördern sowie die ordnungsgemässe Ausübung des Besuchsrechts sicherzustellen.
5. Der Gesuchsteller verpflichtet sich, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Kinderzulagen wie folgt zu bezahlen:

- Fr. 1'100.00 ab 1. Juli 2010 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung des Kindes. Diese Unterhaltsbeiträge sind auch über die Mündigkeit des Kindes hinaus an die Gesuchstellerin zu bezahlen, solange das Kind in deren Haushalt lebt und keine eigenen Ansprüche stellt.
6. Der Gesuchsteller verpflichtet sich, der Gesuchstellerin persönlich ab 1. Juli 2010 bis und mit Juni 2016 Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB wie folgt zu bezahlen:
- Fr. 2'600.00 ab 1. Juli 2010 bis 31. Dezember 2010
  - Fr. 2'250.00 von da an bis 30. Juni 2016

zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

7. Der Gesuchsteller verpflichtet sich, die Gesuchstellerin über einen allfällig erhaltenen Bonus jeweils bis Ende des Monats, in welchem der Bonus ausbezahlt wird, zu informieren und mit entsprechenden Belegen zu dokumentieren. Der Gesuchsteller verpflichtet sich zudem, die Hälfte des ausbezahlten Netto-Bonus der Gesuchstellerin innert gleicher Frist zu überweisen.

Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, den Gesuchsteller über eine allfällig erhaltene Hilflosenentschädigung jeweils bis Ende des Monats, in welchem die Hilflosenentschädigung ausbezahlt wird, zu informieren und mit entsprechenden Belegen zu dokumentieren. Die Gesuchstellerin verpflichtet sich zudem, 1/3 des Auszahlungsbetrages innert gleicher Frist an den Gesuchsteller zu überweisen.

8. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 5 und 6 hievor basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Mai 2010 mit 104.6 Punkten (Basis Dezember 2005 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2011, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

Weist die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei nach, dass sich ihr Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht, so erhöhen sich die persönlichen Unterhaltsbeiträge an die unterhaltsberechtigte Partei gemäss Ziffer 6 hievor nur im Verhältnis der tatsächlich eingetretenen Einkommenserhöhung.

9. Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

Nettoeinkommen Gesuchsteller (ohne Kinderzulagen, inkl. Familienzulage, ohne Bonus): Fr. 6'913.00 pro Monat  
Vermögen: Fr. 0.00

Nettoeinkommen Gesuchstellerin (ohne Kinderzulagen):  
Fr. 811.00 pro Monat bis 31. Dezember 2010, von da an Fr. 1'634.00  
pro Monat  
Vermögen: Fr. 0.00

10. In güterrechtlicher Hinsicht vereinbaren die Parteien, dass jede Partei zu unbeschwertem Eigentum erhält, was sie derzeit besitzt oder auf ihren Namen lautet.
  11. Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, dem Gesuchsteller eine Ausgleichszahlung in der Höhe von Fr. 7'000.00 zu bezahlen, zahlbar bis 30 Tage nach Erhalt des Entscheids.
  12. Die Schulden verbleiben im internen Verhältnis bei derjenigen Partei, auf welche sie lauten.
  13. Mit Erfüllung dieser Vereinbarung sind die Parteien güter- und eherechtlich vollständig auseinandergesetzt.
  14. Die Parteien übernehmen die Kosten des Entscheids je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf Prozessentschädigung."
4. Es wird eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB für das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998, errichtet und die zuständige Vormundschaftsbehörde beauftragt, den Beistand zu ernennen und ihn zu beauftragen, die gesundheitliche Entwicklung von C.\_\_\_\_\_ zu überwachen und dessen Autonomie zu fördern sowie die ordnungsgemässe Ausübung des Besuchsrechts sicherzustellen.
5. Die Pensionskasse der E.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] wird angewiesen, vom Vorsorgekonto des Gesuchstellers (AHV-Nr. ...) Fr. 84'444.00 auf das Freizügigkeitskonto der Gesuchstellerin (Freizügigkeitskonto Nr. ..., AHV-Nr. ...) bei der Pensionskasse der F.\_\_\_\_\_, Freizügigkeitsstiftung 2. Säule, ... [Adresse], zu übertragen.
6. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 7'500.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 1'181.25 Dolmetscher
7. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
8. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Prozessentschädigung wird Vormerk genommen.

### **Berufungsanträge:**

der Gesuchstellerin (Urk. 89 S. 2 f.):

1. Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen vom 18. November 2010 sei aufzuheben.
2. Es sei das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin und Appellantin zu stellen.
3. Es sei der Gesuchsteller und Appellat berechtigt zu erklären, C.\_\_\_\_\_ an den geraden Wochenenden von Samstagmorgen 09.00 Uhr bis Sonntagabend 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen. Ansonsten sei die in der Teilvereinbarung getroffene Regelung zu übernehmen. Ausgefallene Besuchstage seien nachzuholen, wenn der Grund des Ausfalls nicht beim Gesuchsteller und Appellaten liegen oder durch mehrwöchige Spitalaufenthalte verursacht sind.
4. Es sei der Gesuchsteller und Appellat zu verpflichten, der Gesuchstellerin und Appellantin die Hälfte der Kosten der kieferorthopädischen Behandlung C.\_\_\_\_\_s zu bezahlen, welche nicht durch die Krankenkasse übernommen werden.
5. Es sei der Gesuchsteller und Appellat zu verpflichten, der Gesuchstellerin und Appellantin das Bild ihres Vaters über ... auf erstes Verlangen hin herauszugeben.
6. Der Gesuchstellerin sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Prozessverbeiständung unter Einsatz des unterzeichnenden Rechtsanwalts zu gewähren.
7. Unter Kosten und Entschädigungsfolge.

des Gesuchstellers (Urk. 92 S. 2):

#### I. BERUFUNGSGEGENANTRAG

1. Die Berufungsanträge seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Dem Gesuchsteller sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung durch den Unterzeichneten zu bewilligen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

#### II. ANSCHLUSSBERUFUNGSANTRÄGE

1. Für den Fall der Aufhebung von Ziff. 2 des Urteils FE0900269 des Bezirksgerichts Horgen vom 18. November 2010 sei das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, unter die elterliche Sorge des Gesuchstellers zu stellen.
2. Dem Gesuchsteller sei für das Anschlussberufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung durch den Unterzeichneten zu bewilligen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin.

der Kindesvertreterin (Urk. 105 S. 2):

Es sei das Kind C. \_\_\_\_\_ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Gesuchstellerin/Appellantin und des Gesuchstellers/Appellat sowie die Obhut bei der Gesuchstellerin/Appellantin zu belassen.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Die Parteien haben am tt.mm.1995 in G. \_\_\_\_\_ geheiratet. Der Ehe ist der Sohn C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998, entsprossen. Die Gesuchstellerin ist Staatsbürgerin von H. \_\_\_\_\_ und lebte bis zur Heirat in H. \_\_\_\_\_ (Urk. 5/9 S. 1). Die Gesuchstellerin hat eine Ausbildung als Coiffeuse und arbeitete bis zur Geburt von C. \_\_\_\_\_ auf diesem Beruf (Urk. 5/9 S. 2). Der Gesuchsteller ist schweizerischer Staatsangehöriger und schloss eine Lehre als Automechaniker ab. Er arbeitet aber seit 20 Jahren als Bankangestellter (Urk. 5/9 S. 2). C. \_\_\_\_\_ leidet aufgrund einer Meningokokkensepsis an Wachstumsstörungen der unteren Extremitäten, was zahlreiche Operationen zur Folge hatte; weitere sind geplant. Nach den Operationen ist C. \_\_\_\_\_ jeweils gehbehindert. Er besucht die Normal- schule.

2. Die Gesuchstellerin hat am 28. Juli 2005 ein erstes Eheschutzbegehren am Bezirksgericht Horgen eingereicht, worin sie die Regelung des Getrenntlebens beantragte. In der Folge zog sie ihre Klage zurück, was zur Abschreibung des Verfahrens mit Verfügung vom 22. November 2005 führte (Urk. 4).

Am 20. März 2006 machte die Gesuchstellerin ein weiteres Eheschutzverfahren am Bezirksgericht Horgen rechtshängig (Urk. 5/1). Mit Verfügung vom 17. Mai 2006 wurden die Parteien für unbestimmte Dauer zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt erklärt, der Sohn C. \_\_\_\_\_ unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt und die weiteren Nebenfolgen des Getrenntlebens geregelt (Urk. 5/15).

Den Akten des am 11. Januar 2008 von der Gesuchstellerin erneut eingeleiteten Eheschutzverfahrens kann entnommen werden, dass die Parteien nach dem zweiten Eheschutzverfahren das Getrenntleben nicht aufnahmen, sondern weiterhin zusammenlebten (Urk. 6/1 S. 3). Die Parteien trennten sich erst im Spätherbst 2007. Der Eheschutzrichter nahm mit Verfügung vom 3. März 2008 davon Vormerk, dass die Parteien seit dem 18. November 2007 auf unbestimmte Zeit getrennt leben würden, stellte C.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin und merkte die Vereinbarung über die weiteren Nebenfolgen des Getrenntlebens vor bzw. genehmigte sie (Urk. 6//27).

3. Am 30. Oktober 2009 machten die Parteien das gemeinsame Scheidungsbegehren vor Vorinstanz rechtshängig (Urk. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. Januar 2010 stellte der Gesuchsteller den Antrag, C.\_\_\_\_\_ sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unter seine Obhut zu stellen (Urk. 26 S. 2). Am 10. Juni 2010 einigten sich die Parteien darüber, dass C.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter der elterlichen Obhut der Gesuchstellerin bleibe (Prot. I S. 48). Für den Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann im Übrigen auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 85 S. 3 ff.). Dieses erging am 18. November 2010.

## II.

1. Gegen das vorinstanzliche Urteil erklärte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 30. November 2010 fristgerecht Berufung (Urk. 86). Die Berufungsbegründung datiert vom 21. Januar 2011 (Urk. 89). Der Gesuchsteller erhob mit der Berufungsantwort vom 1. März 2011 Anschlussberufung (Urk. 92). Mit Verfügung vom 11. März 2011 wurde den Parteien Frist angesetzt, um ihre aktuelle Vermögens- und Schuldensituation darzulegen (Prot. II S. 4). Mit Beschluss vom 20. April 2011 stellte die Kammer fest, dass das erstinstanzliche Urteil hinsichtlich Scheidung, Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft, Unterhalt für C.\_\_\_\_\_ und die Gesuchstellerin, Güterrecht (teilweise) und Vorsorgeausgleich sowie vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung am 18. April 2011 in Rechts-

kraft erwachsen sei (Prot. II S. 6 ff.). Am 18. Mai 2011 wurde der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Ebenso wurde dem Gesuchsteller in der Person von Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren bestellt. Dagegen wurde dem Gesuchsteller die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren verweigert (Prot. II S. 10). Am 3. November 2011 fand die mündliche Berufungsverhandlung statt. Im Anschluss an diese haben die Parteien auf parteiöffentliche Urteilsberatung und -verkündung verzichtet (Prot. II S. 31).

2. Im Berufungsverfahren ist im Wesentlichen die Zuteilung der elterlichen Sorge über C.\_\_\_\_\_ streitig. Die Vorinstanz belies C.\_\_\_\_\_ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien, während die Gesuchstellerin die alleinige elterliche Sorge beansprucht. Der Gesuchsteller beantragt Abweisung der Berufung und für den Fall, dass keine gemeinsame elterliche Sorge ausgesprochen wird, deren Zuteilung an sich. Die Kindesvertreterin befürwortet ebenfalls die gemeinsame elterliche Sorge (Urk. 105).

Der Gesuchsteller hat anlässlich der Berufungsverhandlung vom 3. November 2011 beantragt, es sei ein Bericht der Schulpsychologin I.\_\_\_\_\_ einzuholen, bei der C.\_\_\_\_\_ in den letzten Jahren schulpsychologisch betreut worden sei. Es sei durchaus davon auszugehen, dass sie als Fachfrau hilfreiche Bemerkungen und andere Dienste leisten könnte (Prot. II S. 17). Wie anschliessend aufgezeigt wird, hat das Gericht die nötigen Entscheidungsgrundlagen, weshalb sich die Einholung eines schulpsychologischen Berichts erübrigt.

3. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 135-149 aZGB anzuwenden.

4. Bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge und der Festlegung des persönlichen Verkehrs kommt die Untersuchungs- und Officialmaxime zur Anwendung. Im Berufungsverfahren können uneingeschränkt Noven vorgebracht werden (Art. 145 Abs. 1 aZGB; § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 10 zu § 267).

### III.

1. Die rechtlichen Grundlagen für die Zuteilung der elterlichen Sorge hat die Vorinstanz zutreffend angeführt (Urk. 85 S. 11): Im Rahmen der Regelung der Scheidungsfolgen teilt das Gericht die elterliche Sorge über das Kind einem Elternteil zu (Art. 133 Abs. 1 erster Satz ZGB). Gemäss Art. 133 Abs. 2 ZGB sind für die Zuteilung der elterlichen Sorge alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände massgebend; soweit tunlich, ist auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen. Gemäss Art. 133 Abs. 3 ZGB belässt das Gericht das gemeinsame Sorgerecht, wenn die Parteien einen gemeinsamen Antrag stellen, sie sich in einer genehmigungsfähigen Vereinbarung über die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt haben und das gemeinsame Sorgerecht mit dem Kindeswohl vereinbar ist.

2. a) Die Vorinstanz hat die Parteistandpunkte inkl. denjenigen der Kindesvertreterin ausführlich wiedergegeben; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 85 S. 12 ff. Ziff. 2.4, 2.5, 2.7, 2.8, 2.10, 2.11 und 2.12; § 161 GVG/ZH). Weiter brauchen hier auch die Ergebnisse der persönlichen Befragung der Parteien vor Vorinstanz nicht wiederholt zu werden (Urk. 85 S. 14 f. Ziff. 2.6).

b) Für die Zusammenfassung der Krankengeschichte von C.\_\_\_\_\_ kann ebenfalls auf das vorinstanzliche Urteil verwiesen werden (Urk. 85 S. 11 f. Ziff. 2.3).

c) Bezüglich der Kindesanhörung von C.\_\_\_\_\_, welche am 18. Januar 2010 stattgefunden hatte, erwog die Vorinstanz, dass dieser einen sehr vernünftigen

Eindruck gemacht habe und seine Äusserungen adäquat und in sich schlüssig gewesen seien. Es sei demnach davon auszugehen, dass C.\_\_\_\_\_ bezüglich der Zuteilung der elterlichen Sorge urteilsfähig sei, auch wenn er das 12. Altersjahr noch nicht ganz erreicht habe. C.\_\_\_\_\_ habe dem Gericht mitgeteilt, dass er gerne die gemeinsame elterliche Sorge möchte. Des Weiteren habe er gesagt, es gehe ihm gut. Er sei in seinem Leben 43 Mal operiert worden. Seine Eltern würden nun seit drei bis vier Jahren getrennt leben. Er komme gut mit seiner Mutter aus und habe auch ein gutes Verhältnis zu seinem Vater. Er habe seinen Vater gern und habe es gut mit ihm. Er verbringe jedes zweite Wochenende bei seinem Vater. Er habe auch schon Ferien mit seinem Vater verbracht. Im vergangenen Sommer sei er drei Wochen mit seinem Vater in J.\_\_\_\_\_ am Meer gewesen (Urk. 85 S. 16).

d) Zur Begründung ihres Entscheides, C.\_\_\_\_\_ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien zu belassen, führte die Vorinstanz aus, diese hätten übereinstimmend ausgeführt, dass es C.\_\_\_\_\_ gut gehe. Es sei unbestritten, dass er nach Operationen auf Betreuung angewiesen sei und beide Eltern grossen Anteil nähmen. Auch in Zukunft werde sich C.\_\_\_\_\_ noch weiteren Operationen unterziehen müssen. Die Gesuchstellerin habe zur Begründung der Zuteilung der elterlichen Sorge an sie im Wesentlichen ausgeführt, dass der Gesuchsteller C.\_\_\_\_\_ überfordere und dass sie das Vertrauen in den Gesuchsteller verloren habe, weil sie davon ausgehe, dass er hinter der Anzeige [Meldung von K.\_\_\_\_\_ an den schulpsychologischen Dienst in T.\_\_\_\_\_ vom 6. Dezember 2009, wonach die Gesuchstellerin C.\_\_\_\_\_ aus Rache misshandle, um eine volle IV-Rente und Hilflosenentschädigung zu erhalten; Urk. 11] stehe. Die Vormundschaftsbehörde habe sich zuständigkeitshalber direkt an das Gericht gewandt und mitgeteilt, sie habe gewisse Abklärungen getätigt (Urk. 10). Die Anzeigeerstatteerin sei eine entfernte Verwandte des Gesuchstellers. Zudem habe man sich an den Kinderarzt Dr. L.\_\_\_\_\_ gewandt, welcher die Zusammenarbeit mit der Gesuchstellerin als gut beurteile und aus ärztlicher Sicht keine Misshandlungen oder dergleichen bei C.\_\_\_\_\_ habe feststellen können. Auch die Sozialarbeiterin M.\_\_\_\_\_ habe sich nach Erhalt der Anzeige an das Gericht gewandt und mitgeteilt, sie betreue die Gesuchstellerin seit etwa zwei Jahren und kenne die Situation der Gesuchstellerin

recht gut. Sie habe nicht den Eindruck, dass die Gesuchstellerin ihren Sohn misshandle. M.\_\_\_\_\_ habe sich erstaunt über die massiven Vorwürfe gegenüber der Gesuchstellerin gezeigt (Urk. 12). Anlässlich der Kinderanhörung – so die Vorinstanz weiter – habe C.\_\_\_\_\_ einen aufgeweckten Eindruck gemacht. Seine Aussagen schienen dem Gericht offen und glaubhaft. Das Gericht habe nicht den Eindruck, dass C.\_\_\_\_\_ von seiner Mutter angewiesen würde, wie er sich in der Öffentlichkeit zu verhalten habe. Das Misstrauen der Gesuchstellerin gegenüber dem Gesuchsteller infolge der Anzeige einer nahen Verwandten sei in gewisser Weise verständlich, seien der Gesuchstellerin gegenüber doch massive Vorwürfe erhoben worden. Offen bleibe, ob der Gesuchsteller mit der Anzeige etwas zu tun gehabt habe. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens habe der Gesuchsteller persönlich in keiner Weise derart schwere Vorwürfe gegenüber der Gesuchstellerin erhoben. Er habe selber ausgeführt, dass es C.\_\_\_\_\_ gut gehe. Er habe zudem bestätigt, dass seit der letzten Entfernung des Fixateurs im August 2008 eine positive Entwicklung zu sehen sei: C.\_\_\_\_\_ sei nach der Operation erst auf den Rollstuhl angewiesen gewesen, habe dann an zwei Krücken gehen können, schliesslich an einer Krücke und nun ohne Hilfsmittel. Der Gesuchsteller habe sich auch damit einverstanden erklärt, dass C.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Scheidungsverfahrens weiterhin bei der Gesuchstellerin wohne. Zudem könne sich der Gesuchsteller grundsätzlich eine gemeinsame elterliche Sorge vorstellen. Die abweisende Haltung der Gesuchstellerin gegenüber dem Gesuchsteller könne sehr wohl auch in der Trennung vom Gesuchsteller begründet sein, wie dies die Beiständin ausgeführt habe. Dass der Gesuchsteller C.\_\_\_\_\_ überfordere, sei aus neutraler Sicht nicht nachvollziehbar. Die Aussagen der Parteien zeigten, dass die Gesuchstellerin eher vorsichtig im Umgang mit C.\_\_\_\_\_ sei. Diese Vorsicht sei in gewisser Weise nachvollziehbar, habe C.\_\_\_\_\_ doch einmal einen Spontanbruch beim Anziehen erlitten. Die Beiständin habe ausgeführt, dass C.\_\_\_\_\_ neben der Unterstützung der umsorgenden Mutter auch jene des Vaters brauche, welcher dafür Sorge, dass C.\_\_\_\_\_ wieder selbständig agieren könne (act. 50 S. 3). Zusammenfassend schienen die Gründe der Gesuchstellerin gegen eine gemeinsame elterliche Sorge nicht derart schwerwiegend. Der Gesuchsteller, die Beiständin und C.\_\_\_\_\_ sprächen sich für eine gemeinsame elterliche Sorge aus. Es

sei unbestritten, dass der Gesuchsteller eine ausgesprochen wichtige Rolle im Leben von C.\_\_\_\_\_ spiele und er grossen Anteil an der gesundheitlichen Entwicklung von C.\_\_\_\_\_ nehme. Diesem Umstand sei Rechnung zu tragen. Das Gesetz verweise als Kriterium für die Zuteilung der elterlichen Sorge stets auf das Kindeswohl (Art. 133 Abs. 1 und 3 ZGB). Die gesundheitliche Situation von C.\_\_\_\_\_ erfordere viel Unterstützung seitens der Eltern und zudem seien auch in naher Zukunft Entscheidungen von grosser Tragweite zu treffen, sei doch mindestens noch einmal eine Verlängerung der Beine mit dem Fixateur geplant (Prot. S. 18 f. und S. 46). C.\_\_\_\_\_ habe sich klar zugunsten einer gemeinsamen elterlichen Sorge ausgesprochen, was zu berücksichtigen ist. Es sei weiter festzuhalten, dass der Gesuchsteller sich in ganz ausserordentlicher Weise um das Kind bemühe und C.\_\_\_\_\_ bei der Bewältigung seiner Krankheit unterstütze. Der Gesuchsteller nehme umfassend Anteil und betreue C.\_\_\_\_\_ auch ganz allein. Der Vater spiele vorliegend eine ausgesprochen wichtige Rolle im Leben von C.\_\_\_\_\_. Er sei für C.\_\_\_\_\_ – neben der Mutter – eine ausserordentlich wichtige Bezugsperson. Im vorliegenden Fall spreche das Kindeswohl klar für eine Beibehaltung der elterlichen Sorge beider Eltern, weshalb die gemeinsame elterliche Sorge auch entgegen dem Willen der Gesuchstellerin geboten sei. C.\_\_\_\_\_ sei daher unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien zu belassen (Urk. 85 S. 18 ff.).

3. a) Die Gesuchstellerin hat in der Berufungsbegründung darauf hingewiesen, dass kein gemeinsamer Antrag auf Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge vorliege, wie dies das Gesetz verlange. Dabei habe der Gesetzgeber das Kindeswohl nicht ausser Acht gelassen. Auch die getroffene Teilvereinbarung regle nicht etwa die Aufteilung der Betreuung, sondern spreche über ein Besuchsrecht des Gesuchstellers. Dies sei nur möglich, weil man davon ausgegangen sei, dass der Gesuchstellerin die elterliche Sorge zugeteilt würde. Sollte das Gericht wider Erwarten an der gemeinsamen elterlichen Sorge festhalten, werde die gesamte Vereinbarung wegen Grundlagenirrtums widerrufen. Auch das Kindeswohl rechtfertige keine gemeinsame elterliche Sorge. Die Parteien könnten nicht miteinander reden, auch über Kinderbelange nicht. Die Anschuldigungen gegen die Gesuchstellerin, die der Gesuchsteller über seine Verwandte überall habe verbrei-

ten lassen, zeigten, dass er nicht in der Lage sei, im Kindeswohl zu handeln. Es sei unzutreffend, dass der Gesuchsteller an der Gerichtsverhandlung keine in diese Richtung lautenden Vorwürfe gegenüber der Gesuchstellerin gemacht habe. Er habe diese Vorwürfe mit wohl heimlich gedrehten Videofilmchen zu dokumentieren versucht. Es sei nicht glaubhaft, dass der Gesuchsteller nichts von der Anzeige gewusst haben soll. Nota bene habe er in jenem Zeitpunkt, als er die Anschuldigungen habe plädieren lassen, immer noch von der Hilflösenentschädigung in Form einer reduzierten Unterhaltszahlung profitiert. Das Argument, der Gesuchsteller bemühe sich in ausserordentlicher Weise um das Kind, sei weit hergeholt. Die ganze Last bleibe bei der Mutter. Auch wenn die Besuche des Gesuchstellers wichtig seien, seine moralische Unterstützung auch, so bleibe der Hauptharst der Arbeit bei der Gesuchstellerin. Seit dem Urteil bestehe keine Kommunikation zwischen den Parteien. Einmal pro Woche telefoniere der Vater mit C. \_\_\_\_\_. Das Besuchsrecht werde wahrgenommen, allerdings verbringe C. \_\_\_\_\_ mehr Zeit bei seiner Grossmutter als in der Wohnung des Vaters. Es sei lediglich zu einem Ausflug in ein Hallenbad gekommen, dies auf Wunsch von C. \_\_\_\_\_. Die Eltern hätten bislang nichts besprochen, auch nicht bezüglich des (damals bevorstehenden) Spitalaufenthalts von C. \_\_\_\_\_ im Februar 2011. C. \_\_\_\_\_ werde vom Sohn von K. \_\_\_\_\_, mit dem er in der gleichen Klasse sei, immer wieder geplagt und geärgert. Der Gesuchsteller sei offenbar nicht fähig, auf seine Verwandte einzuwirken, dass solches nicht mehr passiere. Die gemeinsame elterliche Sorge sei widerrechtlich und entspreche nicht dem Kindeswohl (Urk. 89 S. 5 ff.).

b) Der Gesuchsteller weist in seiner Berufungsantwort darauf hin, dass die Gesuchstellerin nicht bestreite, dass die Beibehaltung der elterlichen Sorge vorrangig dem Kindeswohl entspreche und diesem diene. Sie berufe sich vielmehr auf bloss formelle Gründe, um die gemeinsame elterliche Sorge zu Fall zu bringen. Solches Zuwiderhandeln einer Kindsmutter gegen die ausgewiesenen Kindesinteressen müsse als rechtsmissbräuchlich und gegen Treu und Glauben gewertet werden. Wenn die Gesuchstellerin rüge, die Teilvereinbarung regle ein Besuchsrecht und nicht die Aufteilung der Betreuung, betreibe sie Wortklauberei. Dass die Parteien bei Abschluss der Teilvereinbarung von der elterlichen Sorge der Gesuchstellerin ausgegangen seien, werde bestritten. Offen sei auch die ge-

meinsame elterliche Sorge oder die Zuteilung an den Gesuchsteller, wie von ihm beantragt, gewesen. Im Interesse des Kindes sei er schon seit jeher und auch künftig bereit, über Kinderbelange mit der Gesuchstellerin zu reden. Insbesondere Entscheide über medizinische Massnahmen (Operationen) hätten die Parteien in der Vergangenheit gemeinsam fällen können. Dass die Gesuchstellerin immer wieder versucht habe, das Besuchsrecht des Gesuchstellers zu beschneiden, sei nicht ihm anzulasten. Entschieden bestritten werde, dass er K. \_\_\_\_\_ angestiftet habe, die Gesuchstellerin bei Dritten und Behörden der Kindsmisshandlungen aus pekuniären Gründen zu bezichtigen. Er sträube sich zu Recht dagegen, dass die Gesuchstellerin den Genesungsprozess von C. \_\_\_\_\_ verzögere, dafür aber IV-Hilflosenentschädigungen einkassiere und diese entgegen der eheschutzrichterlichen Verfügung vor dem Gesuchsteller zu verheimlichen suche. Die Vorinstanz habe zutreffend festgestellt, dass er sich in ausserordentlicher Weise um C. \_\_\_\_\_ bemühe. Die Gesuchstellerin verweigere nach Möglichkeit die Kommunikation mit dem Gesuchsteller. Sie teile ihm nicht einmal mit, wenn sie mit C. \_\_\_\_\_ über Besuchsfeiertage (Weihnachten) des Gesuchstellers nach H. \_\_\_\_\_ fahre. Immerhin bleibe festzustellen, dass die Parteien sehr wohl im Rahmen von ärztlichen Konsultationen hinsichtlich der medizinischen Massnahmen im Gespräch gemeinsame Entscheidungen treffen könnten. Der Gesuchsteller bestritt, dass C. \_\_\_\_\_ mehr Zeit bei der Grossmutter als bei ihm verbringe, und machte geltend, mit C. \_\_\_\_\_ eine Vielzahl von Ausflügen zu machen und sich auch zu Hause intensiv mit ihm abzugeben. Unzutreffend sei, dass C. \_\_\_\_\_ von K. \_\_\_\_\_s Sohn geplagt werde. Weiter machte der Gesuchsteller geltend, an allen Arztterminen vor dem Spitaleintritt im Februar 2011 teilgenommen zu haben, soweit diese ihm bekannt gewesen seien. Auch an allen Lehrergesprächen habe er teilgenommen. Das Kindeswohl gebiete den Eltern, ihre persönlichen Animositäten gegeneinander zurückzustellen und sich im Kindesinteresse zusammenzuraufen. Der Gesuchsteller habe hierzu Hand geboten und tue dies weiterhin.

Für den Gesuchsteller zeigt die Weigerung der Gesuchstellerin, der gemeinsamen elterlichen Sorge zuzustimmen, dass ihr Streben nicht in erster Linie auf das Wohl von C. \_\_\_\_\_, sondern die Verfolgung ihrer Eigeninteressen gerichtet ist. Auch die Prozessbeiständin habe in ihren Ausführungen vor Schranken

schwerwiegende Bedenken gegen eine alleinige Zuteilung der elterlichen Sorge an die Gesuchstellerin geäussert. Diese beschränke C. \_\_\_\_\_ in seiner gesundheitlichen Entwicklung, was auch durch die IV-Akten bestätigt werde. Die Behinderungen [gemeint offenbar seitens der Gesuchstellerin] führten zu verlängerter Immobilisation im Rollstuhl und damit zu einer ausgeprägten muskulären Dysbalance. Im Beiblatt vom 13. November 2009 werde zudem unmissverständlich festgehalten, dass C. \_\_\_\_\_ – mit Ausnahme beim Zurücklegen längerer Strecken – keinen regelmässigen Mehraufwand gegenüber einem gleichaltrigen nicht behinderten Kind benötige. Dennoch habe die Gesuchstellerin noch per Ende Dezember 2009 eine Rechnung betreffend die Entschädigung in Bezug auf die Hilflosigkeit eingereicht und noch im Januar ihren Sohn an zwei Krücken zur richterlichen Anhörung geführt. Die IV habe denn auch festgestellt, dass die Gesuchstellerin "aus finanziellen Gründen falsche Angaben" gemacht habe und das Ganze über den Sohn austragen lasse. "Sie versuche, das Kind an den Rollstuhl zu fesseln, um ihn damit an sich zu fesseln ... Der Vater sei eigentlich ein Lieber, die Mutter eher problematisch."

Diese Ausführungen liessen keinen Zweifel offen, dass das Kindeswohl bei einer Zuteilung der elterlichen Sorge an die Gesuchstellerin gefährdet wäre (Urk. 92 S. 3 ff.).

Zur Begründung seines Antrags, die elterliche Sorge ihm zuzuteilen, verwies der Gesuchsteller auf die Ausführungen der Vorinstanz und der Prozessbeiständin. Er sei es, der ohne Blick auf finanzielle Vorteile allein das Kindeswohl im Auge behalte und sich allein diesem verpflichtet fühle. So ermögliche er es C. \_\_\_\_\_, den Musikunterricht bei N. \_\_\_\_\_ in O. \_\_\_\_\_ zu besuchen, was die Gesuchstellerin an die Bedingung geknüpft habe, dass ihr der Gesuchsteller an jede Fahrt Fr. 10.– bezahlen müsse. Seine gleitende Arbeitszeit gewährleiste auch die persönliche Betreuung von C. \_\_\_\_\_ (Urk. 92 S. 9 f.).

c) Die Kindesvertreterin führte in der Berufungsantwort aus, dass das Institut der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht als Grundsatz ins Gesetz aufgenommen worden sei, zeige, dass der Gesetzgeber generell von einer Gefährdung des Kindes im Trennungsprozess der Eltern ausgehe. Es bleibe unbestritten, dass es

Fälle gebe, in denen die Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge das Konflikt-niveau der Eltern beibehalte, indem anhaltende Auseinandersetzungen über Fragen von grundsätzlicher Bedeutung provoziert würden. Das sei vorliegend nicht der Fall, was sich erst unlängst wieder gezeigt habe, als es um den Entscheid im Hinblick auf eine erneute Operation für die Verlängerung der Unterschenkel von C.\_\_\_\_\_ gegangen sei. Beide Eltern seien bei den Untersuchungen im ...spital zugegen gewesen. Auch wenn sie nur das Nötigste gesprochen hätten, hätten sie doch eine gemeinsame Entscheidung treffen können. Erfreulich zu vermerken sei, dass sie sich auch betreffend Rehabilitationsklinik hätten einigen können. Als nun fast 13-jähriger Jugendlicher wisse C.\_\_\_\_\_, was die Konsequenzen der gemeinsamen Sorge seien. Gerade deshalb sei es für ihn wichtig, dass beide Eltern über wesentliche Belange in seinem Leben (Schule, Operationen, Hobbys etc.) entscheiden könnten. Art. 133 Abs. 3 ZGB enthalte nicht nur das formale Erfordernis des gemeinsamen Antrags für die gemeinsame elterliche Sorge, sondern explizit auch die Kindeswohlverträglichkeit. Es müsse deshalb auch der Umkehrschluss gelten, dass die gemeinsame Sorge bei fehlendem gemeinsamem Antrag trotzdem beibehalten werden könne, wenn die Kindeswohlprüfung ergebe, dass diese zum Wohl des Kindes sei. Mit andern Worten: Die Kindeswohlprüfung gleiche die fehlende Zustimmung des anderen Elternteils aus. Die Kindesvertreterin hat sodann auf die laufende Gesetzesrevision hingewiesen, welche die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall im Gesetz verankern will (Urk. 105 S. 2 f.).

d) aa) Unbestritten ist, dass es vorliegend am formalen Erfordernis des gemeinsamen Antrages auf ein gemeinsames Sorgerecht fehlt. Im Berufungsverfahren ist sodann auch der Betreuungsumfang insofern streitig, als die Gesuchstellerin das vorinstanzlich vereinbarte Besuchsrecht des Gesuchstellers am Wochenende einschränken will, womit dieser nicht einverstanden ist. Von zentraler Bedeutung für das Funktionieren der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung sind die Kooperationsfähigkeit und Kommunikationsfähigkeit der Eltern, gerade in wichtigen Erziehungsfragen. Durch einen gemeinsamen Antrag dokumentieren die Eltern ihre Kooperationsfähigkeit und den Willen, die Verantwortung für ihr Kind weiterhin zusammen wahrnehmen zu wollen. Die gemeinsame elterliche Sorge kann nicht gegen den Willen eines Elternteils angeordnet

werden (FamKomm Scheidung/Büchler Wirz, N 26 f. zu Art. 133 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 133 N 37).

Entgegen der Auffassung der Kindesvertreterin kann die Kindeswohlprüfung die fehlende Zustimmung eines Ehegatten zur gemeinsamen elterlichen Sorge nicht ersetzen, muss doch die Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl kumulativ zum gemeinsamen Antrag der Eltern vorhanden sein. Würde das Kindeswohl unter der gemeinsamen elterlichen Sorge leiden, kommt diese auch bei einer entsprechenden Vereinbarung der Eltern nicht in Frage.

bb) Zutreffend ist, dass in der Gesetzgebung Bestrebungen im Gange sind, das gemeinsame Sorgerecht als Regelfall einzuführen (vgl. AB NR, Sitzung vom 29.9.11, 11.3316 – Motion). Eine Vorwirkung (einer bei seiner Anwendung noch nicht in Kraft getretenen Bestimmung; BGE 136 I 65 Erw. 4.3.1) kommt indessen ohnehin nicht in Betracht, da die Gesetzesrevision vom Gesetzgeber noch nicht einmal beschlossen ist. Am 16. November 2011 hat der Bundesrat die Botschaft zur gemeinsamen elterlichen Sorge verabschiedet.

cc) Unter dem Aspekt des Kindeswohls ergeben sich zudem gewisse Zweifel gegenüber der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien. Die gegenseitigen Vorwürfe und verschiedenen Ansichten hinsichtlich der Gesundheitsförderung von C.\_\_\_\_\_ bilden einen steten Konfliktherd. Aus den Ausführungen der Parteien und der Kindesvertretung muss geschlossen werden, dass sich die Kommunikation zwischen den Parteien auf das absolut Notwendige beschränkt. Das sind zur Zeit die Entscheide über medizinische Massnahmen für C.\_\_\_\_\_. Die elterliche Sorge bedeutet aber mehr (vgl. Art. 301 ff. ZGB). Auch dass die Parteien nach wie vor über den Stellenwert der Anschuldigungen von K.\_\_\_\_\_ streiten, zeigt das Konfliktpotential zwischen den Parteien, mag der Zwist auch durch das hängige Scheidungsverfahren verstärkt worden sein.

dd) Der Antrag der Kindesvertreterin auf gemeinsame elterliche Sorge und der entsprechende Wunsch von C.\_\_\_\_\_ vermögen die geäusserten Bedenken nicht aufzuwiegen. Selbstverständlich benötigt C.\_\_\_\_\_ die Unterstützung und

Förderung beider Parteien. Eine minimale Kommunikation und Kooperation wird dazu auch in Zukunft vonnöten sein. Dass mit der gemeinsamen Aufgabe auch die Fähigkeit wächst, sich miteinander zu verständigen, Lösungen zu finden und Konflikte, welche ihren Ursprung in der Partnerschaft haben, aus der Eltern-Kind-Beziehung herauszuhalten, steht dagegen keineswegs fest. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass das Scheidungsverfahren der Parteien nunmehr seit zwei Jahren andauert und mehrere Eheschutzverfahren vorgegangen waren.

ee) Da nicht nur formale Aspekte dem gemeinsamen Sorgerecht entgegenstehen, geht der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs von Vornherein ins Leere.

e) aa) Da die Voraussetzungen für das gemeinsame Sorgerecht nicht erfüllt sind, hat das Gericht die elterliche Sorge einer Partei zuzuteilen (Art. 133 Abs. 1 ZGB). Dabei sind alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände massgebend. Soweit tunlich ist auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen (Art. 133 Abs. 2 ZGB). Die Kinderzuteilung soll in Würdigung der gesamten Umstände in jedem Einzelfall so vorgenommen werden, dass den Bedürfnissen des Kindes entsprechend seinem Alter, seinen Neigungen und seinem Anspruch auf elterliche Fürsorglichkeit, Zuwendung und Erziehung bestmöglich entsprochen wird. Als für den Entscheid massgebliche Gesichtspunkte stehen daher im Vordergrund die persönlichen Beziehungen der Eltern zum Kind, ihre erzieherischen Fähigkeiten, aber auch ihre Fähigkeit und Bereitschaft, das Kind in eigener Obhut zu haben, es weitgehend persönlich zu betreuen und zu pflegen sowie die Bereitschaft, dem Kind den Kontakt zum andern Elternteil zu ermöglichen. Es ist dem Bedürfnis des Kindes nach stabilen Lebensverhältnissen Rechnung zu tragen und diejenige Lösung zu treffen, welche für eine harmonische Entfaltung des Kindes in körperlicher und geistiger Hinsicht die notwendige Stabilität der Verhältnisse gewährleistet, wobei insbesondere bei nicht mehr ganz kleinen Kindern von der Gleichberechtigung der beiden Elternteile auszugehen ist. Naturgemäss steht dem Richter bei der Würdigung der massgeblichen Umstände ein erhebliches Ermessen zu (BGE 112 II 381f., 111 II 225f., 109 II 193.; FamKomm Scheidung/Büchler Wirz, N 2 ff. zu Art. 133 ZGB). Dem eindeutig geäusserten Wunsch des Kindes bei der

Regelung der elterlichen Sorge ist Rechnung zu tragen ist (BGE 122 III 401, mit Verweisen). Nach kinderpsychiatrischen Erkenntnissen kommt dem Zuteilungswunsch umso entscheidendere Bedeutung zu, je älter das Kind ist; ältere Kinder sind meist in der Lage, stabile Absichtserklärungen abzugeben. In jedem Fall ist jedoch zu prüfen, ob eine stärkere emotionale Bindung den Zuteilungswunsch bestimmt oder nicht etwa das Verlangen nach mehr Ungebundenheit und materieller Verwöhnung im Vordergrund steht (BGE 122 III 403). Bei der Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil ist die Spaltung von Obhut und Sorge nicht zulässig (BGE 94 II 2; BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 133 N 4).

bb) Vorliegend fällt zunächst ins Gewicht, dass C.\_\_\_\_\_ seit der Trennung der Parteien im November 2007 unter der Obhut der Gesuchstellerin lebt, das Kriterium der Kontinuität daher für eine Zuteilung der elterlichen Sorge an die Gesuchstellerin spricht. Die Kindesvertreterin hat beantragt, die Obhut bei der Gesuchstellerin zu belassen. C.\_\_\_\_\_ habe den Wunsch geäussert, dass er weiterhin in der Obhut seiner Mutter bleibe. Diesem klar formulierten Willen sollte entsprochen werden. C.\_\_\_\_\_ kenne den Alltag mit der Mutter sehr gut, wisse um die Verhaltensregeln, die Rituale, kenne das Erziehungsverhalten der Mutter usw. (Urk. 50 S. 3 f.). Anlässlich der Kindesanhörung äusserte C.\_\_\_\_\_ keinen Änderungswunsch bezüglich der Betreuungssituation; er wurde aber auch nicht explizit danach gefragt (Prot. I S. 3 ff.).

Der Gesuchsteller hat vor Vorinstanz ausgeführt, er sei in der Lage, C.\_\_\_\_\_ zu erziehen und zu betreuen. Werde C.\_\_\_\_\_ unter seine elterliche Sorge und Obhut gestellt, werde er mit C.\_\_\_\_\_ aufstehen und mit ihm das Frühstück einnehmen. Anschliessend gehe C.\_\_\_\_\_ zur Schule oder er bringe ihn hin. Jeweils am Montag, Dienstag, Donnerstag und Freitag könne C.\_\_\_\_\_ am Mittagstisch in der Schule das Essen einnehmen. Am Mittwochmittag könne C.\_\_\_\_\_ bei der Grossmutter oder der Tante das Essen einnehmen. Nach der Schule werde C.\_\_\_\_\_ von seiner Tante P.\_\_\_\_\_ betreut. Bei deren Verhinderung würden die Grossmutter oder die Cousine des Gesuchstellers einspringen. Diese Cousine habe einen Sohn in der gleichen Klasse wie C.\_\_\_\_\_. Gegen 17.50 Uhr kehre der Gesuchsteller von der Arbeit zurück und übernehme die persönliche Weiterbe-

betreuung von C.\_\_\_\_\_. Es komme hinzu, dass der Gesuchsteller über flexible Arbeitszeiten verfüge, die im Einzelfall helfen würden, dass die persönliche Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch den Vater sichergestellt sei (Urk. 26 S. 6).

Der Gesuchsteller könnte somit aufgrund seiner Vollzeitanstellung C.\_\_\_\_\_ nur beschränkt persönlich betreuen und wäre auf ein Betreuungsnetz angewiesen. Dies würde sich nach Operationen akzentuieren, wenn C.\_\_\_\_\_ mehr Pflege und Betreuung benötigt. Zweifellos ungünstig aufgrund der Anschuldigungen wäre eine Teilbetreuung durch K.\_\_\_\_\_.

Wird dem Wunsch von C.\_\_\_\_\_ Rechnung getragen, unter der Obhut der Gesuchstellerin zu verbleiben, kommt die Zuteilung der elterlichen Sorge an den Gesuchsteller nach dem oben Gesagten nicht in Frage.

cc) Der Gesuchsteller wirft der Gesuchstellerin zusammengefasst vor, ihre Eigeninteressen über das Kindeswohl zu stellen, weshalb die Zuteilung der elterlichen Sorge an sie nicht in Frage komme. Die Gesuchstellerin habe C.\_\_\_\_\_ länger als medizinisch angezeigt im Rollstuhl fahren und an Stöcken gehen lassen, um länger Hilfenentschädigung von der IV beziehen zu können. C.\_\_\_\_\_ habe auch nicht am Schwimmunterricht in der Schule teilnehmen dürfen, obwohl er gut und sehr gerne schwimme (Urk. 45 S. 3). Demgegenüber fördere der Gesuchsteller die körperliche Entwicklung von C.\_\_\_\_\_ und ermutige ihn, möglichst viel und ohne Hilfsmittel zu gehen (Urk. 26 S. 2 ff.).

Die Gesuchstellerin legte in der persönlichen Befragung vor Vorinstanz am 21. Januar 2010 dar, dass C.\_\_\_\_\_ auf den Rollstuhl angewiesen sei, wenn er den "Apparat" (Fixateur) habe. Ohne Apparat könne er sich mit Krücken fortbewegen, doch gehe das nicht von einem Tag auf den andern; es brauche dafür Therapien. Nach der Operation im März 2007 habe er den Apparat bis November 2007 getragen. Dann habe er einen Spontanbruch im Oberschenkel erlitten; die Platte sei im Juni 2009 operativ herausgenommen worden. Von Mai bis August 2008 habe C.\_\_\_\_\_ am rechten Bein einen Apparat getragen. Im Oktober 2009 habe nochmals wegen eines Problems mit dem Knie operiert werden müssen. Ohne Stöcke könne C.\_\_\_\_\_ seit ganz kurzem gehen. Er gehe aber mit einem

Stock. Er habe an gewissen Tagen sehr grosse Schmerzen in den Knien. Er müsse wissen, dass er einen Stock brauche, weil er nicht dieselbe Stabilität habe. Auf Vorhalt, dass Dr. Q.\_\_\_\_\_ in seinem Bericht vom 24. September 2009 sage, C.\_\_\_\_\_ solle weiterhin mobilisiert werden und nach Möglichkeit ohne Stöcke gehen, antwortete die Gesuchstellerin, ja, aber die Schmerzen habe ihr Sohn, und niemand wisse so gut wie er selbst, wie viele Schmerzen er habe. Man sei immer selber der beste Arzt, und C.\_\_\_\_\_ wisse selber, wann er laufen könne. Mit der Physiotherapeutin würden sie darauf hin arbeiten, dass C.\_\_\_\_\_ alleine gehen könne (Prot. I S. 19 ff.).

Der Gesuchsteller bestätigte, dass C.\_\_\_\_\_ auf den Rollstuhl angewiesen war, als er den Apparat von Mai bis August 2008 trug. Nach der Oberschenkel-fraktur habe C.\_\_\_\_\_ eine Platte erhalten. Der Arzt habe gesagt, damit sei das Bein voll belastbar. Daher hätte C.\_\_\_\_\_ im Dezember 2007 oder im Januar 2008 vielleicht auch schon laufen können. Im Februar 2008 habe er laufen können, als er beim Gesuchsteller gewesen sei. Obwohl er auf dem Pausenplatz habe frei herumlaufen können, sei er immer noch im Rollstuhl gewesen. Dies sei bis zur Operation im April 2008 so geblieben. Bis zu den ...ferien [in J.\_\_\_\_\_] im Oktober 2008 sei C.\_\_\_\_\_ auf den Rollstuhl angewiesen gewesen. Dort sei er ohne irgendeine Gehhilfe gegangen. Zurück in der Schweiz sei er nach der Kontrolle beim Arzt wieder an den Stöcken gegangen. Beim Gesuchsteller sei C.\_\_\_\_\_ aber die ganze Zeit über ohne Stöcke gegangen. Auf längere Distanzen habe er noch Mühe; kurze bis mittlere Distanzen könne er jedoch gut ohne Stöcke gehen, was er – der Gesuchsteller – schon seit Längerem kritisiert habe (Prot. I S. 13 ff.).

Die Kindesvertreterin führte vor Vorinstanz aus, beide Parteien hätten ein feinfühliges Fürsorgeverhalten und gäben C.\_\_\_\_\_ grosse emotionale Wärme. Sie ergänzten sich in einer für C.\_\_\_\_\_s Entwicklung wichtigen Weise. Die Mutter sei sehr besorgt um C.\_\_\_\_\_s Gesundheit und tendiere deshalb eher zur Überbemutterung, was C.\_\_\_\_\_s Entwicklung zur Selbständigkeit einengen könne. Stark zeige sich diese Überbemutterung nach C.\_\_\_\_\_s Operationen. Er sei dann jeweils fortbewegungsunfähig, sitze im Rollstuhl, und die Wunden müssten regelmässig desinfiziert werden, was scheinbar sehr schmerzhaft sei. C.\_\_\_\_\_ sei

in seinem ganzen Alltagsablauf eingeschränkt. Es falle der Mutter in solchen Zeiten schwer, die trotz der Einschränkung vorhandenen Fähigkeiten und Ressourcen von C.\_\_\_\_\_ zu erkennen und ihn selbständig handeln zu lassen. Da immer wieder solche Operationen durchgeführt werden müssten, werde C.\_\_\_\_\_ in seiner Autonomieentwicklung permanent zurückgeworfen. Die Gewährung von Autonomie fördernden Handlungsspielräumen sei aber ein zentrales Element in der Persönlichkeitsentwicklung. Diesbezüglich tue sich die Mutter noch etwas schwer. Der Vater – nicht weniger besorgt um die Gesundheit und das Wohlergehen seines Sohnes – unterstütze C.\_\_\_\_\_, seine Selbständigkeit trotz der körperlichen Einschränkung aufrecht zu erhalten. Er schlage Alternativen vor und bespreche diese mit C.\_\_\_\_\_, welcher dadurch ein Mitbestimmungsrecht erhalte. Auch fördere er dessen Selbständigkeit nach Operationen schneller als die Mutter, welche eher dazu neige, C.\_\_\_\_\_ etwas länger im Rollstuhl oder an den Gehhilfen zu belassen (Urk. 50 S. 3).

Die Einschätzung der Kindesvertreterin passt sehr gut mit den Ausführungen der Parteien in der persönlichen Befragung zusammen. Die Tendenz der Gesuchstellerin zur Überbemutterung stellt ihre Erziehungsfähigkeit nicht grundsätzlich in Frage, mag auch aus ärztlicher und entwicklungspsychologischer Sicht der Umgang des Gesuchstellers mit C.\_\_\_\_\_'s Behinderungen vorteilhafter sein. Die Gesuchstellerin hat zwar zu viel Hilflosenentschädigung bezogen, das Geld jedoch weitgehend angelegt (Urk. 45 S. 8; Urk. 48/11; Prot. I S. 45). Mit der IV wurde eine Vereinbarung über die zu viel bezogenen Beiträge getroffen (Prot. I S. 45).

Gemäss Akten der Invalidenversicherung, Zusammenfassung vom 17. Mai 2010, war anfangs 2008 sicher noch eine Hilflosenentschädigung geschuldet, Ende 2009 nicht mehr. Die Gesuchstellerin sei der Meinung gewesen, dass sie keine Meldung machen müsse, solange ihr Sohn noch mit Krücken herumgehen müsse. Sie habe eingesehen, dass ein Datum gefunden werden müsse, ab wann die Hilflosenentschädigung nicht mehr geschuldet gewesen sei, und habe den Vorschlag gemacht, die zwei Dreimonatsperioden Juni bis September und Oktober bis Dezember 2009 zurückzuerstatten, was seitens der IV als korrekte Lösung angese-

hen worden sei (Urk. 49/245-3/38). Dr. Q.\_\_\_\_ - vom ...spital U.\_\_\_\_ hatte am 19. Juni 2009 geschrieben, da C.\_\_\_\_ im Anschluss an die letzten Eingriffe während sehr langer Zeit im Rollstuhl gewesen sei und sich eine ausgeprägte muskuläre Schwäche sowie Dysbalance entwickelt habe, benötige er aktuell immer noch eine intensive Physiotherapie (Urk. 49/220-5/5). Am 3. Juli 2009 berichtete Dr. Q.\_\_\_\_ der IV, aktuell benötige der Patient den Rollstuhl noch für längere Gehstrecken. Kürzere Gehstrecken lege er an den Stöcken zurück. Mit dem Patienten sei vereinbart worden, dass er im Rahmen der nächsten Nachkontrolle im September 2009 ohne Stöcke erwartet werde. Dementsprechend sollte bis zu diesem Zeitpunkt auch der Rollstuhl nicht mehr notwendig sein (Urk. 49/222-5/5). Dr. R.\_\_\_\_ von der Sozialversicherungsanstalt schrieb am 3. September 2009, sie habe gerade mit Dr. Q.\_\_\_\_ sprechen können. Er habe gesagt, es sei schon klar, dass das Kind im Rahmen des Scheidungskrieges instrumentalisiert werde. Das sei wahrscheinlich der Grund, nicht die Absicht, die IV zu betrügen. Die treibende Kraft sei hierbei wohl die Mutter. Sie versuche, das Kind an den Rollstuhl zu fesseln, um es an sich zu fesseln. Sie habe mit dem Rollstuhl auch schon versucht, Besuche beim Vater zu unterbinden. Der Vater sei eigentlich ein Lieber, die Mutter eher problematisch (Urk. 49/245-31/38). Die Physiotherapeutin von C.\_\_\_\_, S.\_\_\_\_, schrieb am 15. Mai 2010 dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin, während des Jahres 2009 habe C.\_\_\_\_ langsam den Rollstuhl verlassen können. Lange Zeit habe er noch beide Stöcke zur Entlastung beim Gehen gebraucht. Während des Winterhalbjahres habe dann ein Stock genügt, um noch das linke Bein zu entlasten. Seit den Sportferien 2010 könne sich C.\_\_\_\_ an den meisten Tagen ohne Stöcke fortbewegen (Urk. 48/2).

Die Untersuchung der IV ergab zwar, dass die Gesuchstellerin zu lange Hilfenentschädigung bezogen hatte, nicht aber, dass sie systematisch die Genesung von C.\_\_\_\_ hinauszuzögern versuchte, um länger IV-Gelder zu erhalten. Dem steht auch die Bestätigung der Physiotherapeutin entgegen. Hätte die Gesuchstellerin pekuniäre Interessen über das Wohl des Kindes gestellt, wäre es im übrigen unhaltbar gewesen, ihr die Obhut über das Kind zu belassen, was indessen vor Vorinstanz nicht streitig war.

dd) Der Gesuchsteller äusserte die Befürchtung, die Gesuchstellerin könnte in ihr Heimatland umziehen. Sie habe diesbezüglich in der Parteibefragung auffallend ausweichend ausgesagt. Es liege auf der Hand, dass C.\_\_\_\_\_ auf eine sehr gute ärztliche Betreuung angewiesen sei, welche er in der Schweiz erhalte. Ob dies auch in H.\_\_\_\_\_ der Fall sei, müsse zweifelhaft erscheinen. Zudem würde dem Sohn mit einem Wegzug nach H.\_\_\_\_\_ der Vater als enge Bezugsperson weitgehend entzogen (Urk. 26 S. 5; Urk. 45 S. 3).

Die Gesuchstellerin hat in der persönlichen Befragung offen gelassen, ob sie nach H.\_\_\_\_\_ ziehen wolle. Sie habe noch nicht darüber nachgedacht. Vielleicht werde sie in weiter Zukunft nach H.\_\_\_\_\_ ziehen, weil sie hier niemanden habe. Sie habe mit C.\_\_\_\_\_ nicht darüber gesprochen. Die Operationen gingen noch lange. Was in Zukunft passiere, wisse sie nicht (Prot. I S. 26 f.). Diese Äusserungen lassen nicht auf bevorstehende Umzugspläne schliessen, welche bei der Zuteilung der elterlichen Sorge berücksichtigt werden müssten.

ee) Die Bereitschaft der Gesuchstellerin, den Kontakt von C.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Gesuchsteller zu ermöglichen, ist unbestrittenermassen vorhanden.

ff) Da sich die Obhut bei der Gesuchstellerin bewährt hat, C.\_\_\_\_\_ bei der Mutter bleiben möchte, keine gewichtigen Vorbehalte gegenüber der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin bestehen und diese auch bereit ist, den Kontakt von C.\_\_\_\_\_ gegenüber dem Gesuchsteller zu ermöglichen (Urk. 28/1 S. 5; Berufungsantrag Ziff. 3 der Gesuchstellerin; Prot. I S. 10 und 44), demgegenüber der Gesuchsteller bei der persönlichen Betreuung von C.\_\_\_\_\_ deutlich eingeschränkt wäre und ein Obhutswechsel zu vermeiden ist, ist C.\_\_\_\_\_ unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin zu stellen.

#### IV.

1. Die Parteien haben sich in der Teilvereinbarung vom 10. Juni 2010 über das Besuchs- und Ferienbesuchsrecht geeinigt (Urk. 85 S. 26). Im Berufungsverfahren beantragt die Gesuchstellerin, das vierzehntägliche Wochenendbesuchs-

recht solle erst am Samstagmorgen um 09.00 Uhr statt schon am Freitagabend um 18.00 Uhr beginnen, wie dies vereinbart worden sei. Zudem seien ausgefallene Besuchstage nicht nachzuholen, wenn der Grund des Ausfalls nicht beim Gesuchsteller liege oder – und das ist neu – durch mehrwöchige Spitalaufenthalte verursacht werde. Zur Begründung führte die Gesuchstellerin aus, die vereinbarte Regelung habe sich nicht bewährt. C.\_\_\_\_\_ sei nicht bereit, schon am Freitagabend zum Gesuchsteller zu gehen. Er müsse einen längeren Spitalbesuch absolvieren. Würden die Besuchswochenenden des Gesuchstellers kompensiert, hätte die Gesuchstellerin C.\_\_\_\_\_ unter Umständen über längere Zeit an den Wochenenden überhaupt nicht mehr bei sich. Es sei daher eine Ausnahme von der Kompensation anzuordnen. Dasselbe müsste für Ferien gelten (Urk. 89 S. 8). Anlässlich der Berufungsverhandlung beantragte die Gesuchstellerin neu, das Feiertagsbesuchsrecht des Gesuchstellers sei in den ungeraden Jahren auf die Weihnachtsfeiertage und an den geraden Jahren auf die Neujahrsfeiertage zu legen (Urk. 120).

2. Der Gesuchsteller wies darauf hin, dass das vereinbarte Besuchsrecht noch nicht rechtskräftig und in Kraft getreten sei. Es gelte nach wie vor das Besuchsrecht gemäss Eheschutzverfügung vom 3. März 2008. Es werde bestritten, dass C.\_\_\_\_\_ nicht mehr bereit sei, bereits am Freitagabend zum Gesuchsteller zu gehen. C.\_\_\_\_\_ freue sich auch, dass der Gesuchsteller ihn am Mittwochnachmittag abholen dürfe. Längere Spitalaufenthalte stünden der getroffenen Kompensationslösung nicht entgegen, da der Gesuchsteller C.\_\_\_\_\_ täglich – auch an den Besuchswochenenden – im Spital besuchen werde. Damit gölten solche Besuchstage nicht als ausgefallen (Urk. 92 S. 7 f.). Mit der Neuregelung des Feiertagsbesuchsrechts über Weihnachten/Neujahr erklärte sich der Gesuchsteller einverstanden (Prot. II S. 30).

3. Die Kindesvertreterin hat bestätigt, dass C.\_\_\_\_\_ das neu von der Gesuchstellerin beantragte Besuchsrecht ab Samstagmorgen, 09.00 Uhr, ausüben möchte (Prot. II S. 22). Er könne sich in Zukunft jedoch gut eine Ausdehnung auf Freitagabend vorstellen. Es möchten Zweifel aufkommen, so die Kindesvertreterin weiter, ob es tatsächlich C.\_\_\_\_\_s Wunsch sei, die Besuche vorläufig zu reduzie-

ren, oder ob er diesbezüglich von der Mutter beeinflusst worden sei. Im Ergebnis komme es nicht darauf an und sollte es deshalb auch nicht weiter hinterfragt werden; es sei C.\_\_\_\_\_, der zwischen den Eltern pendle und sich mit dieser Regelung am wohlsten fühle (Urk. 105 S. 3 f.).

4. Im Eheschutzverfahren, welches mit Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Horgen vom 3. März 2008 abgeschlossen wurde, hatten die Parteien ein Besuchsrecht des Gesuchstellers am ersten und dritten Wochenende jeden Monats vereinbart, ohne dies näher zu spezifizieren (Urk. 6/27 S. 3). Am 10. Juni 2010 erklärte der Gesuchsteller vor Vorinstanz, C.\_\_\_\_\_ immer am ersten und dritten Wochenende jeden Monats von Samstag, 9.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, zu sehen (Prot. I S. 39). Angesichts des Alters von C.\_\_\_\_\_ sind dessen Wünsche zu respektieren, wenn es darum geht, ob das Besuchswochenende schon am Freitagabend oder erst am Samstagmorgen beginnen soll. Aufgrund der Stellungnahme der Kindesvertreterin erübrigt sich eine (weitere) Anhörung von C.\_\_\_\_\_. Bezüglich der Kompensation von Besuchswochenenden bei längeren Spitalaufenthalten sind sich die Parteien im Grunde genommen einig, dass diese entfallen soll. Die von der Gesuchstellerin beantragte Neuregelung des Feiertagsbesuchsrechts ist unbestritten. Entsprechend ist das Besuchsrecht zu modifizieren.

## V.

Die Gesuchstellerin verlangt vom Gesuchsteller die hälftige Kostenbeteiligung für eine kieferorthopädische Behandlung bei C.\_\_\_\_\_, da es sich dabei um ausserordentliche Kosten im Sinne von Art. 286 ZGB handle (Urk. 89 S. 8). Der Gesuchsteller hat mit Nichtwissen bestritten, dass eine solche Behandlung bevorstehe, und darauf hingewiesen, dass die elterliche Sorge nach wie vor beiden Parteien gemeinsam zustehe. Es fehle auch ein Arzzeugnis und ein Kostenvoranschlag (Urk. 92 S. 8; Prot. II S. 19).

In der Berufungsverhandlung hat die Gesuchstellerin erklärt, die kieferorthopädische Behandlung sei begonnen worden. Der Kostenvoranschlag laute auf ca.

Fr. 12'000.– bis 13'000.–, wobei die Versicherung 75 % der Kosten übernehme (Prot. II S. 25; vgl. Urk. 112/6). Der Gesuchsteller bestätigte, dass C.\_\_\_\_\_ nun eine Zahnsperre trägt. Allerdings sei er – der Gesuchsteller – vor vollendete Tatsachen gestellt worden, nachdem sie vor einiger Zeit zum Zahnarzt gegangen seien (Prot. II S. 30).

Unter dem Titel "Veränderung der Verhältnisse" sieht Art. 286 Abs. 3 ZGB vor, dass das Gericht bei nicht vorhergesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen des Kindes die Eltern zur Leistung eines besonderen Beitrags verpflichten kann. Ist ein Sonderbedarf schon bei der erstmaligen Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen absehbar oder steht er schon fest, kann das Gericht eine entsprechende Regelung im Scheidungsurteil treffen (vgl. Hegnauer, Berner Kommentar, N 21 zu Art. 285 ZGB). Der Gesuchsteller hat weder die Notwendigkeit der kieferorthopädischen Behandlung noch seine grundsätzliche Beitragspflicht bestritten. Angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse beider Parteien (vgl. Urk. 85 S. 23 f.; Urk. 110) rechtfertigt es sich, dass sie sich an den Kosten der kieferorthopädischen Behandlung von C.\_\_\_\_\_ je hälftig beteiligen, soweit die Kosten nicht durch andere Kostenträger übernommen werden.

## VI.

Die Gesuchstellerin verlangt vom Gesuchsteller die Herausgabe eines Bildes ("..."), das im Keller des Gesuchstellers liege, aber ihr gehöre (Urk. 89 S. 8). Der Gesuchsteller macht geltend, das Bild habe der Vater der Gesuchstellerin den Eltern des Gesuchstellers geschenkt. Es befinde sich in deren Wohnstube. Der Gesuchsteller sei nicht passivlegitimiert. Zudem hätten die Parteien das Güterrecht in der Teilvereinbarung abschliessend geregelt (Urk. 92 S. 8). In der Berufungsreplik hat die Gesuchstellerin nicht bestritten, dass ihr Vater das Bild den Eltern des Gesuchstellers geschenkt hat (Urk. 120 S. 7). Damit fehlt es an dessen Passivlegitimation, was zur Abweisung des geltend gemachten Anspruchs führt. Hinzu kommt, dass die Parteien in Ziff. 10 der Teilvereinbarung vom 10. Juni 2010 in güterrechtlicher Hinsicht vereinbart haben, dass jede Partei zu unbe-

schwertem Eigentum erhalte, was sie derzeit besitze oder auf ihren Namen laute. In Ziff. 13 hielten sie fest, dass sie mit Erfüllung der Vereinbarung güter- und eherechtlich vollständig auseinandersetzt seien. Die Gesuchstellerin trägt keine Gründe vor, weshalb sie nicht mehr an diese Vereinbarung gebunden sein soll. Diese ist daher auch in diesen Punkten zu genehmigen.

## VII.

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichtes sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – nicht aber, soweit Unterhaltsbeiträge im Streit stehen – unabhängig vom Ausgang den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Bezüglich des Bildes und der Kosten der kieferorthopädischen Behandlung halten Obsiegen und Unterliegen die Waage. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten des Berufungsverfahrens – inklusive Kosten der Kindesvertretung – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

### **Es wird erkannt:**

1. Das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998, wird unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin gestellt.
2. Der Gesuchsteller ist berechtigt, das Kind C.\_\_\_\_\_, soweit der gesundheitliche Zustand des Kindes es erlaubt,

an den Wochenenden der geraden Wochen von Samstagmorgen, 9.00 Uhr, bis Sonntagabend, 20.00 Uhr, in geraden Jahren von Gründonnerstag, 18.00 Uhr, bis Ostermontag, 20.00 Uhr, und vom 31. Dezember, 12.00 Uhr, bis 2. Januar, 20.00 Uhr, sowie in ungeraden Jahren von Freitagabend vor Pfingsten, 18.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 20.00 Uhr, und vom 24. Dezember,

12.00 Uhr, bis 26. Dezember, 20.00 Uhr,

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

Ausgefallene Besuchstage sind nachzuholen, wenn der Grund des Ausfalls nicht beim Gesuchsteller liegt oder der Ausfall nicht durch mehrwöchige Spitalaufenthalte von C.\_\_\_\_\_ verursacht worden ist.

3. Ausserdem ist der Gesuchsteller berechtigt, das Kind, soweit der gesundheitliche Zustand des Kindes es erlaubt, während den Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin die Hälfte der Kosten der kieferorthopädischen Behandlung von C.\_\_\_\_\_ zu ersetzen, die nicht durch andere Kostenträger übernommen werden.
5. Der Antrag der Gesuchstellerin, der Gesuchsteller sei zu verpflichten, ihr das Bild ihres Vaters über ... auf erstes Verlangen herauszugeben, wird abgewiesen.
6. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 10. Juni 2010 über die Scheidungsfolgen wird wie folgt genehmigt:

"10. In güterrechtlicher Hinsicht vereinbaren die Parteien, dass jede Partei zu unbeschwertem Eigentum erhält, was sie derzeit besitzt oder auf ihren Namen lautet.

...

13. Mit Erfüllung dieser Vereinbarung sind die Parteien güter- und eherechtlich vollständig auseinandergesetzt."

7. Die Kindesvertreterin, Dr. Z.\_\_\_\_\_, wird mit Fr. 1'200.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
8. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'000.–.
9. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren, inklusive Kosten der Kindesvertretung, werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt; der Anteil der Gesuchstellerin wird jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
10. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an das Bezirksgericht Horgen, an die Obergerichtskasse unter Beilage einer Kopie von Urk. 124 sowie im Dispositivauszug Ziff. 1 bis 3 an die Vormundschaftsbehörde von G.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

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

12. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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 keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. Dezember 2011

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. R. Klopfer

lic. iur. K. Vogel

versandt am:  
ss