



---

5A\_748/2022

**Urteil vom 9. Februar 2023**  
**II. zivilrechtliche Abteilung**

---

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichter von Werdt,  
Bundesrichterin De Rossa,  
Gerichtsschreiberin Lang.

---

Verfahrensbeteiligte

**A.A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Rouven Brigger,  
Beschwerdeführerin,

**gegen**

**B.A.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwältin Noemi Attanasio,  
Beschwerdegegner.

---

Gegenstand

Eheschutz,

Beschwerde gegen den Beschluss und das Urteil des  
Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom  
26. August 2022 (LE210044-O/U).

## **Sachverhalt:**

### **A.**

**A.a** A.A.\_\_\_\_\_ (geb. 1990) und B.A.\_\_\_\_\_ (geb. 1988) heirateten 2019 in U.\_\_\_\_\_ (Russland). Sie sind die Eltern von C.A.\_\_\_\_\_ (geb. 2019). A.A.\_\_\_\_\_ hat ausserdem eine Tochter aus früherer Ehe, D.\_\_\_\_\_ (geb. 2011), welche unter ihrer Obhut steht.

**A.b** Im Juni 2020 kam A.A.\_\_\_\_\_ zusammen mit C.A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ von Russland in die Schweiz, um hier mit B.A.\_\_\_\_\_ zusammenzuleben. Von Anfang an gab es jedoch Konflikte, die sich während eines gemeinsamen Aufenthalts in der Türkei im August 2020 zuspitzten. Am 2. September 2020 kam es am Flughafen in V.\_\_\_\_\_ (Türkei) schliesslich zur Trennung von Mutter und Tochter. Die Tochter lebt seither beim Vater. Bis zum 17. Juli 2021 gelang es nicht, ein Wiedersehen zwischen Mutter und Tochter zu realisieren.

**A.c** Am 2. Oktober 2020 ersuchte A.A.\_\_\_\_\_ das Bezirksgericht Horgen um die Anordnung von Eheschutzmassnahmen. Soweit vorliegend von Belang, beliess das Bezirksgericht C.A.\_\_\_\_\_ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien, stellte sie unter die Obhut des Vaters, räumte der Mutter ein Besuchsrecht (zunächst begleitet) ein, bestätigte die zuvor errichtete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB, sprach keine Unterhaltsbeiträge für die Tochter zu, stellte aber fest, in welchem Umfang der gebührende Bedarf von C.A.\_\_\_\_\_ nicht gedeckt ist und verneinte den Anspruch von A.A.\_\_\_\_\_ auf persönlichen Unterhalt (Entscheid vom 17. Juni 2021).

### **B.**

**B.a** Beide Parteien gelangten hiergegen mit Berufung an das Obergericht des Kantons Zürich.

**B.b** Das Obergericht führte daraufhin eine Vergleichsverhandlung durch, anlässlich derer die Parteien eine Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen betreffend das Besuchsrecht von A.A.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Berufungsverfahrens schliessen konnten. Demnach wurde A.A.\_\_\_\_\_ berechtigt, die Betreuungsverantwortung über die Tochter wie folgt zu übernehmen: in einer ersten Phase (bis 14. November 2021) alle zwei Wochen für eineinhalb Stunden in Begleitung einer Fachperson im E.\_\_\_\_\_ und in einer zweiten Phase

(ab dem 15. November 2021) ohne Begleitung an jedem Samstag für vier Stunden (Übergabe im E.\_\_\_\_\_ von einer Fachperson überwacht). Das Obergericht genehmigte die Vereinbarung am 12. Oktober 2021.

**B.c** Mit Entscheid vom 26. August 2022 regelte es sodann das Besuchsrecht der Mutter neu (jedes zweite Wochenende von Freitag, 13:00 Uhr bis Sonntag, 15:00 Uhr, unbegleitet), nahm eine Anpassung der für den gebührenden Unterhalt fehlenden Beträge vor und ordnete eine Mediation der Parteien an. Im Übrigen (insbesondere hinsichtlich der Obhut) wies das Obergericht die Berufungen ab. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten auferlegte es A.A.\_\_\_\_\_ zu einem Drittel und B.A.\_\_\_\_\_ zu zwei Dritteln, nahm diese allerdings zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse.

### **C.**

**C.a** Mit Eingabe vom 29. September 2022 (Poststempel) gelangt A.A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht. Diesem beantragt sie zusammengefasst, C.A.\_\_\_\_\_ sei unter ihre alleinige, eventualiter unter alternierende Obhut zu stellen. B.A.\_\_\_\_\_ (Beschwerdegegner) sei überdies zu Unterhaltszahlungen für die Tochter (in Höhe von Fr. 4'300.--) und für die Beschwerdeführerin (in Höhe von Fr. 1'000.--) zu verpflichten. Der Beschwerdegegner sei zudem zu verurteilen, die Gerichtskosten für das vorinstanzliche Verfahren vollumfänglich zu tragen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Vor Bundesgericht beantragt die Beschwerdeführerin überdies die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung.

**C.b** Das Bundesgericht hat die kantonalen Akten, hingegen keine Vernehmlassungen eingeholt.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Angefochten ist der Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz, welche auf Rechtsmittel hin (Art. 75 BGG) über Eheschutzmassnahmen (Art. 176 ZGB) entschieden hat. Streitig sind sowohl vermögensrechtliche als auch nicht vermögensrechtliche Belange, sodass für diese Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) insgesamt kein Streitwertfordernis gilt (BGE 137 III 380 E. 1.1 mit Hinweis). Die

Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 76 Abs. 1 BGG) und hat diese rechtzeitig erhoben (Art. 100 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist zulässig.

## **2.**

**2.1** Eheschutzentscheide unterstehen Art. 98 BGG (Urteil 5A\_294/2021 vom 7. Dezember 2021 E. 2, nicht publ. in: BGE 148 III 95; vgl. BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2). Demnach kann vorliegend nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. In Verfahren nach Art. 98 BGG kommt zudem eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen nur infrage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat (BGE 133 III 585 E. 4.1). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; Rügeprinzip). Es prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen (BGE 142 III 364 E. 2.4). Dies setzt voraus, dass sich die Beschwerde mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzt (BGE 145 I 121 E. 2.1 *in fine* mit Hinweis). Wird eine solche Rüge nicht vorgebracht, kann das Bundesgericht eine Beschwerde selbst dann nicht gutheissen, wenn eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten tatsächlich vorliegt (BGE 142 II 369 E. 2.1 mit Hinweis).

**2.2** Die Beschwerdeführerin macht eigene Ausführungen zum Sachverhalt. Ihre Darstellung weicht dabei teilweise von den vorinstanzlichen Feststellungen ab bzw. ergänzt diese. Dies gilt insbesondere für die Situation vor (Betreuung der Tochter in Russland und bei Ankunft in der Schweiz) und die Umstände der Trennung (Streitigkeiten nach Übersiedlung in die Schweiz; Situation in der Türkei, die schliesslich zur Trennung von Mutter und Tochter führte) der Parteien. Mangels entsprechender Sachverhaltsrügen hat sich das Bundesgericht damit nicht auseinanderzusetzen, es bleibt bei dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt. Soweit die Beschwerdeführerin ihren Rügen diese eigenen Sachverhaltsdarstellungen unterlegt, ist darauf nicht mehr einzugehen.

## **3.**

Die Beschwerdeführerin beantragt die alleinige Obhut für die gemeinsame Tochter.

### **3.1**

**3.1.1** Für die Zuteilung der (faktischen) Obhut an einen Elternteil im

Eheschutzverfahren gelten grundsätzlich dieselben Kriterien wie im Scheidungsfall. Vorab ist die Erziehungsfähigkeit der Eltern zu klären. Dazu gehört die Fähigkeit des Elternteils, den Kontakt zwischen dem Kind und dem andern Elternteil zu fördern (sog. Bindungstoleranz; BGE 142 III 481 E. 2.7; vgl. auch Urteile 5A\_729/2020 vom 4. Februar 2021 E. 3.3.5.1; 5A\_616/2020 vom 23. November 2020 E. 2.1.1; je mit Hinweisen). Ist die Erziehungsfähigkeit bei beiden Elternteilen gegeben, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, so die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem andern in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (Urteil 5A\_262/2019 vom 30. September 2019 E. 6.1 mit Hinweisen; vgl. BGE 142 III 617 E. 3.2.3 f., 612 E. 4.3 f.; 136 I 178 E. 5.3). Wesentlich sein kann ferner der Grundsatz, Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen. Ist aber bei Geschwistern, zum Beispiel aufgrund eines Altersunterschiedes, von unterschiedlichen Bedürfnissen und insbesondere von verschiedenen emotionalen Bindungen und Wünschen auszugehen, steht einer Trennung der Kinder nichts entgegen (Urteil 5A\_157/2021 vom 24. Februar 2022 E. 3.2.1 mit Hinweisen). Die Möglichkeit der Eltern, die Kinder persönlich zu betreuen, spielt hauptsächlich dann eine Rolle, wenn spezifische Bedürfnisse der Kinder eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil auch in den Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde; ansonsten ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (Urteil 5A\_157/2021 vom 24. Februar 2022 E. 3.2.1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 144 III 481 E. 4.6.3 und E. 4.7).

**3.1.2** Beim Entscheid über die Obhut ist der Sachrichter in vielfacher Hinsicht auf sein Ermessen verwiesen. Im Eheschutzverfahren bleibt der Willkürmassstab entscheidend. Das Bundesgericht schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz den Ermessensspielraum über- oder unterschritten oder das Ermessen missbraucht hat und damit zu einem offensichtlich unbilligen, in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken widersprechenden Ergebnis gelangt ist (BGE 143 III 140 E. 4.1.3 mit Hinweis). Missbrauch liegt namentlich dann vor, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die

zwingend hätten beachtet werden müssen. Das Bundesgericht hebt einen Ermessensentscheid allerdings nur dann auf, wenn er sich auch im Ergebnis als offensichtlich unbillig oder als in stossender Weise ungerecht erweist. Das sachgerichtliche Ermessen bezieht sich zum einen auf die Auswahl und Handhabung der Beurteilungselemente. Die Frage, ob der Entscheid auch vor dem Willkürverbot standhält, ist zum andern auch anhand der Wirkung auf das Kindeswohl zu beurteilen; dieses ist in Obhutsfragen besonders unmittelbar angesprochen. Wenn das Kindeswohl im Ergebnis gefährdet ist, greift das Bundesgericht unabhängig davon ein, ob die Vorinstanz ihren Entscheid anhand einschlägiger Gesichtspunkte getroffen hat, die je für sich allein betrachtet in vertretbarer Weise angewendet worden sind (Urteil 5A\_343/2021 vom 21. Oktober 2021 E. 5.2 mit Hinweis).

**3.2** Die Vorinstanz stellte die Tochter unter die Obhut des Beschwerdegegners. Sie erwog zunächst, die Vorkommnisse am 2. September 2020 am Flughafen in V. \_\_\_\_\_ liessen sich nicht mehr zweifelsfrei nachvollziehen. Tatsache sei, dass die Tochter nun seit zwei Jahren in der Obhut des Vaters lebe und die Frage, wie sie in diese gelangte, soweit das Kindeswohl gewahrt sei, nicht mehr ausschlaggebend sein könne. Beide Parteien seien grundsätzlich erziehungsfähig. Der Beschwerdegegner stelle seine erzieherischen Fähigkeiten seit geraumer Zeit unter Beweis. Nicht zu beanstanden sei, dass er die Hilfe seiner Mutter oder Schwester in Anspruch nehme. Seine Kooperationsfähigkeit und Bindungstoleranz seien hingegen mangelhaft. Es gelinge ihm nicht, zwischen dem Konflikt auf der Paarebene einerseits und dem Elternsein andererseits zu unterscheiden. Entsprechend falle es ihm schwer, einen angemessenen Kontakt zwischen der Tochter und ihrer Mutter zuzulassen. Dies gehe zweifellos zu Lasten der Tochter, werde ihr dadurch der Zugang zu ihrer Mutter doch erschwert bzw. sei ihr dieser während Monaten gar verunmöglicht worden. Dieser Umstand vermöge derzeit allerdings keine Umteilung der Obhut an die Beschwerdeführerin zu rechtfertigen. Dem Kriterium der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse sei der Vorzug zu geben. Dies, zumal es momentan keine Anzeichen gebe, welche darauf hindeuten würden, dass sich der Beschwerdegegner den gerichtlichen Anordnungen zum Besuchsrecht widersetzen würde. Der Kontakt zwischen Mutter und Tochter erscheine daher trotz der derzeit mangelhaften Kooperationsfähigkeit und Bindungstoleranz des Beschwerdegegners gewährleistet. Folglich sei auch der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einholung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens über den Beschwerdegegner abzuweisen. Die mangelhafte Kooperationsfähigkeit und Bindungstoleranz sei dem Gericht bekannt, was aber nichts daran zu ändern ver-

möge, dass dem Kriterium der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse vorliegend Vorrang zukommen müsse. Daran vermöge ein Erziehungsfähigkeitsgutachten nichts zu ändern. Dieses Kriterium sei vorliegend gerade mit Blick auf die Unbeständigkeit in der Vergangenheit von herausragender Bedeutung. Das Kindeswohl habe Vorrang vor allen anderen Überlegungen und insbesondere auch den Wünschen der Eltern. Eine abermalige Umteilung der Obhut und damit verbunden nicht nur der Wechsel der Hauptbezugsperson, sondern auch des Wohnorts und der gesamten gewohnten Umgebung, wäre für das Kind äusserst belastend und erscheine mit dem Kindeswohl nicht vereinbar.

**3.3** Zunächst ist die Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, es sei entgegen ihrem Antrag kein Erziehungsfähigkeitsgutachten eingeholt worden und ihr rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sei verletzt.

**3.3.1** Die Beschwerdeführerin kritisiert, ihr Antrag auf Erstellung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens sei "fälschlicherweise" abgewiesen worden. Die absolut inexistente Kooperationsfähigkeit und Bindungstoleranz des Beschwerdegegners habe die Erstellung eines entsprechenden Gutachtens mehr als notwendig gemacht. Dieses hätte, so die Beschwerdeführerin weiter, elementare Fragen in Bezug auf die Obhutzuteilung beantworten können (möglich sei zum Beispiel eine eingehende Begutachtung der Wohnorte und des Umfelds der Parteien, aber auch die tatsächliche Erziehungsfähigkeit der Eltern inklusive deren Kooperationsfähigkeit und Bindungstoleranz könne greifbar eingeschätzt werden). Es sei daher angebracht, ein Erziehungsfähigkeitsgutachten erstellen zu lassen, wie dies auch beantragt worden sei. Die Vorinstanz habe stattdessen ohne entsprechendes Gutachten den Schluss gezogen, die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdegegners sei gegeben, ohne dies weiter zu begründen. Daher sei auch das rechtliche Gehör in Form der Begründungspflicht (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt.

**3.3.2** Die Rüge, es sei kein Erziehungsfähigkeitsgutachten eingeholt worden, zielt letztlich auf den vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt ab. Wie die wiedergegebenen Ausführungen zeigen, erhebt die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dem Gutachten jedoch keine Sachverhaltsrügen bzw. überhaupt keine Verfassungsrügen (zur Kognition des Bundesgerichts siehe E. 2.1). Weitere Ausführungen in Bezug auf das Erziehungsfähigkeitsgutachten erübrigen sich. Was die Rüge der Verletzung der Begründungspflicht angeht, so sei folgendes klargestellt: Um den Vorgaben von Art. 29 Abs. 2 BV zu genügen,

muss die Begründung so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des angefochtenen Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheides, das im Urteilsspruch zum Ausdruck kommt und das allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Die Begründung ist also nicht an sich selbst, sondern am Rechtsspruch zu messen (BGE 146 II 335 E. 5.1; 145 III 324 E. 6.1). Diese Anforderungen erfüllt der angefochtene Entscheid, denn die Vorinstanz begründet sehr wohl, weshalb sie von der – grundsätzlichen – Erziehungsfähigkeit des Beschwerdegegners ausgeht. So habe dieser nämlich seine Erziehungsfähigkeiten seit geraumer Zeit unter Beweis gestellt, was die Beschwerdeführerin denn auch gar nicht bestreitet. Ihre Rüge erweist sich als unbegründet.

**3.4** Sodann sind die Rügen der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Obhutszuteilung zu prüfen.

**3.4.1** Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, die Vorinstanz lasse der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse den Vorrang zukommen und lasse bewusst die mangelhafte Kooperationsfähigkeit und Bindungstoleranz auf Seiten des Beschwerdegegners ausser Acht. Der Beschwerdegegner habe erwiesenermassen dafür gesorgt, dass die Beschwerdeführerin ihre damals noch zu stillende Tochter lange Zeit nicht habe sehen können. Er verfüge über absolut keine Bindungstoleranz. Die Vorinstanz sei sich dessen bewusst. Der Entscheid wie auch die Vorgehensweise der Vorinstanz sei klar willkürlich im Sinne von Art. 9 BV, denn sie stütze sich auf die Stabilität, welche vom Beschwerdegegner erzwungen worden sei. Auf alle anderen Aspekte werde nicht weiter eingegangen. Die Erziehungsfähigkeit werde bei beiden Elternteilen als gegeben erachtet, die Beschwerdeführerin habe die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdegegners jedoch in mehreren Eingaben angezweifelt. Auch die Vorinstanz sei der Auffassung, dass es dem Beschwerdegegner schwer falle, einen angemessenen Kontakt zwischen Tochter und Mutter zuzulassen, was zu Lasten der Tochter gehe, und sie schliesse, dass, wenn weiterhin die mangelhafte Kooperationsfähigkeit und Bindungstoleranz anhalten würde, eine Umteilung der Obhut erfolgen müsse, eine solche Umteilung im heutigen Zeitpunkt aber nicht angezeigt sei. Das Urteil sei willkürlich und die Vorinstanz nehme damit eine Kindeswohlgefährdung in



Kauf, obwohl man von den mangelhaften Fähigkeiten des Beschwerdegegners wisse und es letztlich eine Frage der Zeit sei, bis die Tochter über erhebliche Defizite in ihrer Entwicklung verfügen werde. Dass die Vorinstanz die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdegegners bejahe, obwohl sie gleichzeitig Zweifel an seiner Kooperationsfähigkeit und Bindungstoleranz zeige, sei willkürlich. Das Ergebnis erweise sich als unbillig und ungerecht. Die Kriterien der Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse seien lediglich ausschlaggebend, wenn die Erziehungsfähigkeit beider Eltern gegeben sei. Die Beschwerdeführerin könne im Übrigen auch die persönliche Betreuung der Tochter vollumfänglich wahrnehmen. Dies im Gegensatz zum Beschwerdegegner, der seine Eltern, Schwester und Nachbarn einbeziehen müsse. Auch diesem Umstand trage die Vorinstanz viel zu wenig Rechnung. Die Ausführungen, wonach beide Parteien neben der Erziehungsfähigkeit auch die Voraussetzung der persönlichen Betreuung in etwa gleicher Weise erfüllen würden, seien als willkürlich zu bezeichnen. Die Dauer des Verfahrens habe Tatsachen geschaffen, was im Ergebnis zum stossenden Resultat führe, dass dem vermeintlichen "Entzieher" und Kontaktverweigerer das zuvor entzogene Kind zugesprochen werde. Die Obhut sei daher der Beschwerdeführerin zuzuteilen, unter Einräumung eines üblichen Besuchsrechts für den Beschwerdegegner nach einer kurzen Übergangsphase und unter Begleitung der Beistandsperson.

**3.4.2** Die Vorinstanz hat die grundsätzliche Erziehungsfähigkeit beider Parteien bejaht, beim Beschwerdegegner bezüglich Bindungstoleranz jedoch gewisse Einschränkungen festgestellt. Soweit die Beschwerdeführerin moniert, die Vorinstanz habe alle anderen Aspekte als das Kriterium der örtlichen und familiären Verhältnisse ausgeblendet, geht sie folglich fehl. Zutreffend ist, dass die Erziehungsfähigkeit Voraussetzung für die Obhutzuteilung ist (Urteil 5A\_685/2022 vom 12. Januar 2023 E. 3.1.1) und die Bindungstoleranz ein Aspekt der Erziehungsfähigkeit darstellt (siehe E. 3.1.1). Dies hat die Vorinstanz berücksichtigt, jedoch erwogen, es bestünden derzeit keine Anzeichen, die darauf hindeuten würden, dass sich der Beschwerdegegner den gerichtlichen Anordnungen zum Besuchsrecht widersetzen würde, weshalb der Kontakt zwischen der Beschwerdegegnerin und ihrer Tochter dennoch gewährleistet erscheine. Die Beschwerdeführerin setzt sich mit dieser Argumentation nicht auseinander, weshalb es ihr nicht gelingen kann, Willkür in der Ermessensausübung durch die Vorinstanz zu belegen. Daran ändern auch die Ausführungen zur persönlichen Betreuung der Tochter nichts, denn die Möglichkeit der Eltern, die Kinder persönlich zu betreuen, spielt hauptsächlich dann eine Rolle, wenn

spezifische Bedürfnisse der Kinder eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil auch in den Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde; ansonsten ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (siehe E. 3.1.1). Zwar kommt, worauf die Beschwerdeführerin ebenfalls zutreffend hinweist, beim Obhutsentscheid der Pflege der Beziehung zu Halbgeschwistern ebenfalls Gewicht zu (Urteil 5A\_729/2020 vom 4. Februar 2021 E. 3.3.5.5 mit Hinweisen). Auch dies vermag Willkür in der Ermessensausübung durch die Vorinstanz aber nicht zu begründen. Weitere Ausführungen hierzu erübrigen sich. Eine Umteilung der Obhut kann allerdings – worauf bereits die Vorinstanz hingewiesen hat – jederzeit erfolgen, sollte sich in Zukunft zeigen, dass die Bindungstoleranz des Beschwerdeführers und somit seine Erziehungsfähigkeit weiterhin eingeschränkt bleibt und das Kindeswohl insofern als gefährdet erscheint.

#### **4.**

Eventualiter beantragt die Beschwerdeführerin die alternierende Obhut.

**4.1** Voraussetzungen der alternierenden Obhut sind, neben den bereits wiedergegebenen allgemeinen Voraussetzungen in Bezug auf die Obhutzuteilung (siehe E. 3.1.1), insbesondere die Fähigkeit der Eltern, in Kinderbelangen laufend miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren (BGE 142 III 617 E. 3.2.3, 612 E. 4.3). Die Kommunikation zwischen den Eltern kann auch bloss schriftlich erfolgen. Es steht einer alternierenden Obhut nicht entgegen, wenn die Eltern zur gemeinsamen Entscheidungsfindung über die Kinderbelange auf die Vermittlung einer Drittperson angewiesen sind. Ferner kann allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer Regelung mit geteilter Betreuung widersetzt, nicht ohne weiteres geschlossen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet. Unter diesem Aspekt ist von einer alternierenden Obhut nur abzusehen, wenn das Verhältnis unter den Eltern hinsichtlich anderer Kinderbelange von einer Feindseligkeit gezeichnet ist, die annehmen lässt, eine alternierende Obhut würde das Kind dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen, die seinen Interessen offensichtlich zuwider läuft. Weiter kommt es auf die geografische Situation an, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern. Bedeutsam ist auch die Kindeswohlwirksamkeit der Stabilität, wie sie mit einer Weiterführung der bisherigen Regelung einhergeht. In diesem Sinne ist eine alternierende Obhut umso eher angezeigt, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwech-

selnd betreut haben. Andere Kriterien sind das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu (tatsächlichen oder faktischen) Geschwistern und seine Einbettung in das weitere soziale Umfeld (BGE 142 III 617 E. 3.2.3, 612 E. 4.3.; je mit Hinweisen). Die Kooperationsfähigkeit der Eltern verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert (BGE 142 III 617 E. 3.2.3, 612 E. 4.3 mit Hinweisen; zum Ganzen siehe Urteil 5A\_629/2019 vom 13. November 2020 E. 4.2 mit Hinweisen).

**4.2** Die Vorinstanz erwog, die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen lägen nicht vor, so dass die Anordnung einer alternierenden Obhut ausser Betracht falle. Die alternierende Obhut sei insbesondere aus zwei Gründen weder möglich noch mit dem Wohl der Tochter vereinbar: Erstens befänden sich die Parteien in einem erheblichen Dauerkonflikt, sodass gar die Zuteilung der Alleinsorge einer näheren Prüfung habe unterzogen werden müssen. Die Parteien seien daher den hohen Anforderungen, welche eine alternierende Obhut mit sich bringe, derzeit bei Weitem nicht gewachsen. Diesbezüglich bestehe die Hoffnung, dass die angeordnete Mediation die erwünschte Beruhigung des Verhältnisses zwischen den Eltern sowie eine verbesserte Kommunikation bringen werde. Selbst wenn dies der Fall wäre, läge jedoch zwischen den Wohnorten der Parteien eine Distanz von mehreren hundert Kilometern, was einer alternierenden Obhut entgegenstehe. Die weite Entfernung verhindere rein praktisch eine rasche Erreichbarkeit und eine beidseitige gleichwertige Teilnahme im Alltag. Mit Eintritt in den Kindergarten werde sich diese Problematik noch deutlich verstärken, zumal in diesem Zeitpunkt auch davon auszugehen sei, dass die Tochter für sie wichtige soziale Kontakte ausserhalb der Familie knüpfen werde. Die weite Entfernung der Haushalte und die damit verbundene lange Reisezeit schliesse häufiges Wechseln und damit eine alternierende Obhut klar aus, da dies auf Dauer nicht mit den Interessen der Tochter vereinbar sei. Dem Kindeswohl werde mit der Zuteilung der Obhut allein an den Beschwerdegegner nach wie vor am besten Rechnung getragen.

**4.3** Die Beschwerdeführerin vertritt demgegenüber die Ansicht, bis zur Ehescheidung sei die alternierende Obhut zu installieren. Der gegenteilige Entscheid der Vorinstanz erweise sich als offensichtlich unbillig und stossend.

#### **4.3.1**

**4.3.1.1** Zur Bekräftigung ihres Standpunktes verweist die Beschwerde-

führerin auf die Kinderschutzbehörde Genf, die die Situation über Monate beobachtet, mit den Parteien in direktem und unmittelbarem Kontakt gestanden und empfohlen habe, eine alternierende Obhut anzuordnen. Es sei willkürlich, dass die Vorinstanz von dieser Empfehlung – ohne Begründung – abweiche. Sie gehe in keiner Weise auf den Bericht ein. Der Entscheid sei willkürlich und verletze klar das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV), überdies sei die Beweiswürdigung willkürlich. Es lägen keine sachlich haltbaren Gründe vor, vom Bericht abzuweichen. Indem die Vorinstanz ohne schlüssige Begründung davon abgewichen sei und es nicht für angezeigt gehalten habe, eine alternierende Obhut anzuordnen, habe sie ihr Ermessen klar überschritten. Von einem Gutachten dürfe ein Gericht in Fachfragen nur aus triftigen Gründen abweichen.

**4.3.1.2** Implizit vertritt die Beschwerdeführerin die Ansicht, die Empfehlung der Genfer Behörden bzw. deren Bericht sei wie ein Gutachten zu behandeln. Dies trifft nicht zu (vgl. Urteil 5A\_28/2020 vom 13. November 2020 E. 3.1 *in fine* mit Hinweisen); auf diese Argumentation ist daher nicht weiter einzugehen. Im Übrigen nimmt die Vorinstanz auf den entsprechenden Bericht ausdrücklich Bezug und begründet, weshalb sie (entgegen der Empfehlung) keine alternierende Obhut anordnet. Von einer Verletzung der Begründungspflicht (siehe zu den diesbezüglichen Anforderungen bereits E. 3.3.2) kann daher keine Rede sein.

#### **4.3.2**

**4.3.2.1** In Bezug auf die Erwägungen der Vorinstanz zum bestehenden Elternkonflikt moniert die Beschwerdeführerin, es sei zwar zutreffend, dass die alternierende Obhut einer gewissen Zusammenarbeit der Eltern bzw. deren Kooperationsfähigkeit bedürfe. Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer alternierenden Betreuungsregel widersetze, könne indessen nicht ohne Weiteres auf eine fehlende Kooperationsfähigkeit der Eltern geschlossen werden, die einer alternierenden Obhut im Wege stünde. Dies falle nur dort in Betracht, wo die Eltern aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Feindseligkeiten auch hinsichtlich anderer Kinderbelange nicht zusammenarbeiten könnten, mit der Folge, dass ihr Kind im Szenario einer alternierenden Obhut dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise ausgesetzt wäre, die seinen Interessen offensichtlich zuwiderlaufe. Dies sei im vorliegenden Fall zu verneinen. Bereits die von der Vorinstanz getroffene Besuchsrechtsregelung verlange solch eine Zusammenarbeit und Kommunikationsfähigkeit von den Parteien.

**4.3.2.2** Tatsächlich äussert sich die Vorinstanz nicht dazu, inwiefern eine alternierende Obhut das Kind dem (unstrittig bestehenden) Elternkonflikt in einer Weise aussetzen würde, die seinen Interessen offensichtlich zuwider liefe. Dies wäre aber zwingend notwendig (siehe in Bezug auf das Sorgerecht Urteil 5A\_377/2021 vom 21. Februar 2022 E. 3.1). Stattdessen begnügt sich die Vorinstanz mit der allgemein gehaltenen Feststellung, die Parteien befänden sich in einem erheblichen Dauerkonflikt, weswegen sie den hohen Anforderungen, welche eine alternierende Obhut mit sich bringe, nicht gewachsen seien. Im Zusammenhang mit der Prüfung des (alleinigen) Sorgerechts führte die Vorinstanz hingegen noch aus, der Konflikt der Parteien drehe sich, seit sich die Tochter in der faktischen Obhut des Beschwerdegegners befinde, "in allererster Linie um die Frage, bei wem [die Tochter] leben soll" und diesbezügliche Diskussionen "dürften sich nach Beendigung des vorliegenden Berufungsverfahrens weitgehend erübrigen". Ausserdem sei "weder ersichtlich noch dargetan, dass sich der elterliche Konflikt über besagte Streitpunkte hinaus bereits auf verschiedene Lebensbereiche [der Tochter] erstreckt hätte [...]". Gestützt auf diese Feststellungen pauschal auf den bestehenden Dauerkonflikt zu verweisen, um die Voraussetzungen der alternierenden Obhut zu verneinen, hält unter Willkürgesichtspunkten nicht stand (vgl. auch Urteil 5A\_629/2019 vom 13. November 2020 E. 8.3). Weshalb die Parteien für das angeordnete Besuchsrecht genügend kooperationsfähig sein sollen, nicht aber im Hinblick auf eine alternierende Obhut, hat die Vorinstanz nicht begründet und ist, wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, auch nicht ohne Weiteres ersichtlich. Allerdings hat die Vorinstanz die Abweisung des Antrags auf alternierende Obhut nicht ausschliesslich mit dem Hinweis auf den Dauerkonflikt, sondern auch mit der geografischen Situation begründet. Ob der Entscheid diesbezüglich bzw. im Ergebnis dem Willkürverbot (Art. 9 BV) standhält, ist sogleich zu prüfen (E. 4.3.3).

### **4.3.3**

**4.3.3.1** Den Erwägungen der Vorinstanz zur geografischen Situation setzt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen entgegen, diese sei vorliegend nicht ausschlaggebend. Die Tochter sei ein Kleinkind, welches noch nicht einmal die Spielgruppe oder den Kindergarten besuche und stattdessen zu Hause betreut werde. Die Auffassung der Vorinstanz, die Entfernung zwischen den Wohnorten würde rein praktisch eine rasche Erreichbarkeit und eine beidseitige gleichwertige Anteilnahme im Alltag verhindern, sei willkürlich, denn es bestehe die Möglichkeit, die Obhut jede Woche abzuwechseln. Damit werde die Belastung im Zusammenhang mit dem zurückzulegenden Weg vermindert. Die ge-

troffene Besuchsregelung sehe vor, dass die Beschwerdeführerin ihre Tochter am Freitag jeweils beim Beschwerdegegner und dieser die Tochter am Sonntag wieder abhole. Der Entfernung sei damit nachrangige Bedeutung zugemessen worden, die Interessen der Tochter am Kontakt zur Mutter überwiege die Distanz. Diese Problematik würde erst später im Kindergarten aufkommen und sei zum dannzumaligen Zeitpunkt neu zu betrachten. Bereits jetzt aufgrund der Wohnorte die alternierende Obhut zu verneinen sei willkürlich. Die vor der Trennung gelebte Betreuung sei wichtig und die Beschwerdeführerin sei alleine für die Betreuung der Tochter zuständig gewesen. Die Fachpersonen des E. \_\_\_\_\_ (siehe Sachverhalt Bst. B.b) hätten von einer starken, liebevollen und vertrauten Mutter-Kind-Beziehung berichtet und die Beziehung (auch zur Halbschwester) als stark und auf Gegenseitigkeit beruhend beschrieben. Die Tochter zeige keine Anzeichen von Trennungsschwierigkeiten zwischen den Wechseln von Vater zu Mutter.

**4.3.3.2** Dem angefochtenen Entscheid ist nicht zu entnehmen, weshalb die Vorinstanz aufgrund der Distanz bei einem noch nicht schulpflichtigen Kind auf die Anordnung der alternierenden Obhut verzichtet hat. Sie beschränkt sich auf allgemeine Feststellungen zur Erreichbarkeit und beidseitigen gleichwertigen Anteilnahme am Alltag, ohne darauf einzugehen, wie sich die Distanz konkret auf das Wohl der Tochter auswirken sollte. So behauptet die Vorinstanz beispielsweise, häufiges Wechseln werde durch die Entfernung der Haushalte klar ausgeschlossen, geht aber nicht auf die vorgeschlagene wochenweise Betreuung ein, die im Vergleich zur vorinstanzlich getroffenen Besuchsregelung gerade keine häufigeren Wechsel bedeuten würde. Vor diesem Hintergrund vermag der angefochtene Entscheid nicht zu überzeugen, allerdings rügt die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang weder eine Verletzung des rechtlichen Gehörs noch Willkür in der Sachverhaltsfeststellung. Im Ergebnis erweist sich der angefochtene Entscheid jedenfalls nicht als unhaltbar. Letztlich entscheidend ist, wie bereits die Vorinstanz betont, dass sich die Problematik der geografischen Distanz mit dem Kindertageeintritt verschärfen wird. Da dieser noch in diesem Jahr bevorsteht, hat es beim angefochtenen Entscheid zu bleiben.

## **5.**

Die Beschwerdeführerin stellt weiter Anträge bezüglich Unterhaltszahlungen. Diese beschränkt sie jedoch ausdrücklich – und zwar auch für den persönlichen Unterhalt – auf den Fall, dass ihr die Obhut zugeteilt wird. Da die Beschwerdeführerin in dieser Hinsicht jedoch nicht durchdringt, ist auf diese Fragen nicht weiter einzugehen.

**6.**

Die vorinstanzliche Kostenregelung ficht die Beschwerdeführerin nicht unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens an, weshalb sich auch hierzu weitere Ausführungen erübrigen. Anlass für eine Neuregelung der Prozesskosten für das vorinstanzliche Verfahren besteht angesichts des Verfahrensausgangs nicht (vgl. Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG).

**7.**

Wie sich aus dem Ausgeführten ergibt, ist die Beschwerde abzuweisen. Die Beschwerdeführerin wird ausgangsgemäss kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Eine Parteientschädigung ist hingegen nicht geschuldet, da dem Beschwerdegegner kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Die Beschwerdeführerin ersucht indes um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung. Die diesbezüglichen Voraussetzungen sind erfüllt, dem Gesuch ist stattzugeben (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Die Beschwerdeführerin wird darauf hingewiesen, dass sie der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten hat, falls sie dazu später in der Lage ist (Art. 64 Abs. 4 BGG).

## **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird gutgeheissen und es wird ihr Rechtsanwalt Rouven Brigger als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben.

**3.**

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt, indes vorläufig auf die Bundesgerichtskasse genommen.

**4.**

Rechtsanwalt Rouven Brigger wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 2'500.-- entschädigt.

**5.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, mitgeteilt.

Lausanne, 9. Februar 2023

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Herrmann

Lang