

**Représentation d'enfants en procédure.** Rappel de la jurisprudence selon laquelle le/la représentant-e de l'enfant désigné-e dans la procédure pénale en tant que tel-le peut également exercer sa fonction, dans la mesure du nécessaire, devant le Tribunal fédéral ; il/elle est indemnisé-e en conséquence (consid. 1.2.1). Dès lors qu'un-e représentant-e des enfants en procédure a été nommé-e, les parents perdent le pouvoir d'agir pour les enfants dans la procédure et ne peuvent conséquemment pas faire valoir une éventuelle violation du droit d'être entendu-es des enfants (consid. 1.2.3).

**Autorité parentale (art. 133 al. 1 ch. 1, 296 et 298 al. 1 CC).** Rappel de principes relatifs à l'attribution de l'autorité parentale exclusive en dérogation au principe de l'autorité parentale conjointe (consid. 4.2).

**Garde partagée (art. 298 al. 2<sup>ter</sup> et 298b al. 3<sup>ter</sup> CC).** De longue date, soit selon l'ancien droit et selon le droit actuellement en vigueur, la garde alternée n'est possible que dans le cadre de l'autorité parentale conjointe ; elle ne peut donc pas être ordonnée dans les cas où l'autorité parentale est exercée par un seul des parents. Ainsi, un parent ne peut pas avoir la garde sans détenir également l'autorité parentale (consid. 4.3.1).

Rappel du fait qu'un accord entre les parents sur les questions relatives aux enfants ne peut pas lier l'autorité judiciaire (art. 296 al. 3 CPC) et qu'il a uniquement le caractère d'une requête commune que le tribunal prend en compte dans sa décision (art. 285 let. d CPC et art. 133 al. 2 CC), laquelle est guidée par le bien de l'enfant et dépend donc notamment des capacités éducatives, de communication et de collaboration des parents (consid. 4.3.2).

Rappel du fait que l'autorité parentale et la garde ne concernent pas les mêmes domaines (art. 301 al. 1 et 1<sup>bis</sup> CC) et précision selon laquelle il n'est pas possible de tirer des conclusions directes d'un domaine à l'autre (consid. 4.3.3).

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a indiqué qu'il était contraire au droit d'attribuer l'autorité parentale exclusive à la mère malgré la garde alternée choisie par les parties par convention partielle conclue en première instance, laquelle ne faisait pas l'objet du recours (consid. 4.3 et 4.3.3). L'arrêt attaqué a été annulé et renvoyé pour nouvelle décision afin qu'il soit examiné – au vu du conflit parental établi par l'instance précédente – si, tout en maintenant l'autorité parentale conjointe, l'attribution d'un pouvoir de décision exclusif à l'un des parents se justifie éventuellement dans certains domaines (consid. 4.4). Le Tribunal fédéral a rappelé que comme le règlement de la garde n'avait pas été contesté devant lui, cette question ne pouvait plus non plus être traitée après le renvoi de l'affaire à l'instance précédente (consid. 4.4).

#### Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,  
Bundesrichter von Werdt, Schöbi, Bovey,  
Bundesrichterin De Rossa,  
Gerichtsschreiber Sieber.

#### Verfahrensbeteiligte

A.A.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Markus Krapf,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

B.A.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Michael Felder,  
Beschwerdegegnerin,

C.A. und D.A.,  
beide vertreten durch Frau E.

Gegenstand  
Ehescheidung, elterliche Sorge,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 28. November 2022 (LC220026-O/U).

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

**A.a.** A.A. (geb. 1964, Beschwerdeführer) und B.A. (geb. 1984; Beschwerdegegnerin) heirateten im Jahr 2009. Sie sind die Eltern der beiden Kinder C.A. (geb. 2009) und D.A. (geb. 2013) und leben seit längerem getrennt. Das Bezirksgericht Zürich regelte das Getrenntleben mit Urteil vom 8. Dezember 2017.

**A.b.** Am 28. Januar 2019 klagte B.A. beim Bezirksgericht auf Scheidung der Ehe. Dieses holte einen Bericht des Beistands der Kinder ein, hörte die Kinder an und bestellte ihnen, nachdem eine Mediation gescheitert war, eine Vertreterin. Am 13. Juli 2021 ging beim Gericht ein psychologisches Gutachten zur Betreuungs- und Erziehungsfähigkeit der Eltern ein. In der Folge konnten diese sich mit Ausnahme der elterlichen Sorge im Wesentlichen auf die Scheidungsnebenfolgen einigen und schlossen am 29. Oktober 2021 eine entsprechende Teilvereinbarung. Dabei nahmen sie die wechselnde Betreuung der Kinder bei gemeinsamer Obhut in Aussicht. Mit Urteil vom 13. Mai 2022 schied das Bezirksgericht die Ehe und genehmigte die Teilvereinbarung vom 29. Oktober 2021. Im Weiteren traf es die folgenden Anordnungen:

"2. [B.A. wird die alleinige elterliche Sorge für die Kinder C.A. [...] und D.A. übertragen. Vorbehalten bleibt Dispositiv-Ziffer 3 dieses Urteils.

3. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder C.A. [...] und D.A. steht den Parteien weiterhin gemeinsam zu.

4. Die Obhut für die Kinder C.A. [...] und D.A. wird beiden Parteien mit wechselnder Betreuung übertragen. Der zivilrechtliche Wohnsitz der Kinder ist bei [B.A.]."

#### **B.**

Soweit die elterliche Sorge und den Wohnsitz der Kinder betreffend erhob A.A. Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Dieses wies das Rechtsmittel mit Urteil vom 28. November 2022 (eröffnet am 2. Dezember 2022) unter Kostenfolge (Dispositivziffern 2, 4 und 5) ab und bestätigte die Anordnungen des Bezirksgerichts (Dispositivziffer 1).

#### **C.**

A.A. gelangt am 11. Januar 2023 mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht und beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolge, es sei den Eltern in teilweiser Aufhebung des Urteils des

Obergerichts die elterliche Sorge gemeinsam zu belassen und der zivilrechtliche Wohnsitz der Kinder beim Vater festzulegen. Eventuell sei die Sache zu neuem Entscheid an das Obergericht zurückzuweisen. Ausserdem ersucht er für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung.

Bereits am 9. Januar 2023 hatte sich C.A. an das Bundesgericht gewandt und erklärt, er wünsche die Beibehaltung des gemeinsamen Sorgerechts. Am 5. Juni 2023 verzichtet das Obergericht auf eine Vernehmlassung und mit Eingabe vom 21. Juni 2023 beantragt die Kindesvertreterin, auch im Verfahren vor Bundesgericht als solche eingesetzt und entschädigt zu werden, enthält sich aber eines Antrags in der Sache. B.A. beantragt mit Vernehmlassung vom 22. Juni 2023 die Abweisung der Beschwerde und stellt ebenfalls ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Am 4. Juli 2023 verzichtet die Kindesvertreterin auf ergänzende Bemerkungen. Weitere Eingaben sind beim Bundesgericht nicht eingegangen. Dieses hat im Übrigen die Akten des kantonalen Verfahrens eingeholt.

## Erwägungen:

### 1.

**1.1.** Angefochten ist der Endentscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin (Art. 75 BGG) über die Nebenfolgen einer Ehescheidung und damit eine Zivilsache nach Art. 72 Abs. 1 BGG entschieden hat. Vor Bundesgericht stehen lediglich nicht vermögensrechtliche Fragen (elterliche Sorge, Wohnsitz der Kinder) im Streit. Die Beschwerde unterliegt entsprechend keinem Streitwerterfordernis. Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt (vgl. aber hinten E. 5.2). Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit das zutreffende Rechtsmittel. Sie wurde auch fristgerecht eingereicht (Art. 100 Abs. 1 und Art. 46 Abs. 1 Bst. c BGG), womit unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen darauf einzutreten ist.

### 1.2.

**1.2.1.** Die Kindesvertreterin beantragt, sie sei auch für das Verfahren vor dem Bundesgericht als solche einzusetzen. Das für dieses Verfahren massgebende Bundesgerichtsgesetz bietet hierfür keine Grundlage. **Die Bezeichnung einer Kindesvertretung ist in diesem Verfahren indes nicht notwendig, da die im kantonalen Verfahren ernannte Vertreterin ihr Amt soweit nötig auch vor Bundesgericht ausüben kann und entsprechend entschädigt wird (Urteil 5A\_103/2018, 5A\_111/2018 vom 6. November 2018 E. 1.4).**

**1.2.2.** Der Beschwerdeführer ist mit der Arbeit der Kindesvertreterin nicht zufrieden und macht geltend, diese habe weder die Wahrnehmungen der Kinder noch deren Willen korrekt ins Verfahren eingebracht. Mit seinen appellatorischen Ausführungen entfernt sich der Beschwerdeführer freilich von den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, ohne diese hinreichend in Frage zu stellen. Damit ist auf die Beschwerde insoweit nicht weiter einzugehen (vgl. hinten E. 2.2). Ohnehin erwächst der Kindesvertretung kein Vorwurf aus dem Umstand allein, dass sie den Kindeswillen anders als der Vater interpretiert.

**1.2.3.** Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, das angefochtene Urteil sei aufzuheben, weil eine ergänzende Eingabe der Kindesvertreterin vom 22. November 2022 nicht berücksichtigt worden sei. **Auch insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, da dem Beschwerdeführer mit Einsetzung der Kindesvertreterin unabhängig von der Frage, ob er noch gesetzlicher Vertreter der Kinder ist, nicht mehr die Befugnis zukommt, für diese zu handeln (Urteile 5A\_98/2019 vom 28. Februar 2019 E. 1; 5A\_894/2015 vom 16. März 2016 E. 4.1, in: FamPra.ch 2016 S. 809).** Folglich kann er auch nicht

**mehr (sinngemäss) geltend machen, deren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) sei verletzt.**

## **2.**

**2.1.** Mit der Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG geltend gemacht werden. Das Bundesgericht wendet Bundesrecht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG) und prüft mit freier Kognition, ob der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Indes prüft es nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (**BGE 140 III 115** E. 2). Das Bundesgericht befasst sich allein mit formell ausreichend begründeten Einwänden (Art. 42 Abs. 2 BGG). In der Beschwerdebegründung ist daher in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid rechtswidrig sein soll. Die Begründung muss sachbezogen sein und sich auf den Streitgegenstand beziehen und beschränken. Die beschwerdeführende Partei hat in gezielter Auseinandersetzung mit den für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen plausibel aufzuzeigen, welche Rechte bzw. Rechtsnormen die Vorinstanz verletzt haben soll (**BGE 142 I 99** E. 1.7.1; **140 III 86** E. 2). Für das Vorbringen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte und von kantonalem und interkantonalem Recht gelangt dagegen das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG zur Anwendung (**BGE 144 II 313** E. 5.1; **143 II 283** E 1.2.2). Das Bundesgericht prüft insoweit nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen, während es auf ungenügend substantiierte Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt (**BGE 141 IV 249** E. 1.3.1; **140 III 264** E. 2.3).

**2.2.** Was den Sachverhalt angeht - dazu zählt auch der Prozesssachverhalt, also die Feststellungen über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1) -, legt das Bundesgericht seinem Urteil die vorinstanzlichen Feststellungen zugrunde (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann die beschwerdeführende Partei nur vorbringen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich (Art. 9 BV), oder würden auf einer anderen Bundesrechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG (z.B. Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB) beruhen. In der Beschwerde ist überdies darzutun, inwiefern die Behebung der gerügten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG; **BGE 147 I 73** E. 2.2). Soweit die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte erhoben wird, gilt auch hier das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG (vgl. zu diesem E. 2.1 hiavor).

**2.3.** Beim Entscheid über die elterliche Sorge, über den persönlichen Verkehr bzw. die Betreuungsanteile und über andere Kinderbelange ist das Sachgericht, das die Parteien und die weitere Umgebung des Kindes am besten kennt, in vielfacher Hinsicht auf sein Ermessen verwiesen (Art. 4 ZGB; Urteil 5A\_377/2021 vom 21. Februar 2022 E. 2.2). Bei der Überprüfung solcher Ermessensentscheide übt das Bundesgericht eine gewisse Zurückhaltung (vgl. im Einzelnen **BGE 142 III 612** E. 4.5; **141 III 97** E. 11.2).

## **3.**

Vor Bundesgericht umstritten ist die elterliche Sorge (hinten E. 4) sowie der Wohnsitz der Kinder (hinten E. 5).

Der Beschwerdeführer erachtet vorab aber die im angefochtenen Urteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen als offensichtlich unhaltbar, da bereits die Würdigungen in dem am 13. Juli 2021 eingereichten Gutachten willkürlich seien (vgl. vorne Bst. A.b). Dabei führt er einleitend aus, das Obergericht habe tatsächlich gar nicht auf das Gutachten abgestellt. Zwar habe es im angefochtenen Urteil erwähnt, das Gutachten sei eine Entscheidungsgrundlage, jedoch nicht ausgeführt, inwiefern dies der Fall gewesen sein soll. Träfe diese Darstellung zu, vermöchte der Beschwerdeführer mit seiner Kritik an der Begutachtung von vornherein keinen Einfluss auf das Ergebnis des vorliegenden Entscheids zu nehmen, sodass auf die Beschwerde in diesem Umfang nicht einzutreten wäre (vgl. vorne E. 2.2 [auch zum Folgenden]). Unbesehen darum genügen die Vorbringen des

Beschwerdeführers den einschlägigen Begründungserfordernissen indes nicht, wobei zu beachten ist, dass die Feststellung, ob ein gerichtliches Gutachten schlüssig ist oder nicht, Ergebnis der Beweiswürdigung ist (**BGE 141 IV 369** E. 6.1; Urteil 5A\_700/2021 vom 16. September 2022 E. 3.2) : Der Beschwerdeführer beanstandet das Vorgehen der Vorinstanz im Wesentlichen, weil das Gutachten sich auf falsche oder inexistente Tatsachen oder Grundlagen abstütze und es deshalb nicht als Basis für das angefochtene Urteil hätte dienen dürfen. In seinen sehr ausführlichen, um nicht zu sagen übermässig weitschweifigen (vgl. Art. 42 Abs. 6 BGG) Ausführungen beschränkt der Beschwerdeführer sich allerdings darauf, dem Bundesgericht in appellatorischer Art und Weise seine eigene Sicht der Dinge zu unterbreiten. Er kommt denn auch zum Ergebnis, das Obergericht hätte zu keinem anderen Schluss als er selbst kommen können, wenn es das Gutachten nur willkürfrei gewürdigt hätte. Dies reicht nicht aus, um eine Verfassungsverletzung der Vorinstanz hinreichend genau darzutun.

#### **4.**

**4.1.** Strittig ist der Entzug des Sorgerechts des Beschwerdeführers und die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf die Beschwerdegegnerin.

**4.1.1.** Das Obergericht geht von einem langandauernden und schwerwiegenden Konflikt zwischen den Eltern sowie einer anhaltenden Kooperations- und Kommunikationsunfähigkeit aus. Trotz weitreichender Bemühungen der Behörden habe dieser Konflikt, der verschiedenste Aspekte der elterlichen Sorge betreffe, nicht wesentlich entschärft werden können. Es sei absehbar, dass die Parteien sich auch in Zukunft über den massgeblichen Teil der in ihrer Verantwortung liegenden Fragen nicht oder nicht innert nützlicher Frist würden verständigen können. Für die Kinder stelle diese Situation eine starke Belastung dar. Sie seien einem steten Loyalitätskonflikt ausgesetzt, was sich nachteilig auf deren Wohl auswirke. Die Alleinzuteilung der elterlichen Sorge an die Beschwerdegegnerin verspreche eine Verbesserung der Situation. Dagegen werde eine Beschränkung der Alleinsorge auf Teilbereiche der bestehenden Problematik nicht gerecht. Diese Einschätzung bleibe auch vor dem Hintergrund bestehen, dass die Parteien an der wechselnden Betreuung der Kinder festgehalten hätten. Immerhin lasse dies trotz weiterbestehender Unstimmigkeiten hoffen, dass die tägliche Betreuung der Kinder inskünftig weniger Anlass zu Konflikten geben werde.

Die Beschwerdegegnerin schliesst sich im Wesentlichen der Einschätzung des Obergerichts an. Zutreffend gehe dieses davon aus, dass Kommunikation und Vertrauen zwischen den Eltern massiv gestört seien. Entsprechend seien sämtliche behördlichen Massnahmen zur Verbesserung der Kommunikation gescheitert. Hieran habe auch die mehr schlecht als recht praktizierte alternierende Obhut nichts geändert. Tatsächlich bestünde ein erbitterter Konflikt zwischen den Eltern, der sich auch auf untergeordnete Fragen des Alltags beziehe. Die alternierende Obhut werde allein auf Wunsch der Kinder gelebt; es stelle sich daher nicht die Frage, ob die gemeinsame Sorge belassen werden solle, sondern ob der Kindesmutter (auch) die alleinige Obhut zuzuteilen sei.

**4.1.2.** Der Beschwerdeführer betont, dass sich der Elternkonflikt nicht auf die Kinderbelange als Ganzes beziehe, zumal die Parteien sich über die Kinderbetreuung geeinigt hätten. Das Obergericht beachte zudem die zahlreichen Beispiele gelungener Kommunikation vorab in den Bereichen Schule und Medizin aus der jüngeren Vergangenheit nicht, die einiges zahlreicher als die von der Vorinstanz angeführten Negativbeispiele seien. Damit sei die Kernvoraussetzung für die Übertragung der alleinigen Sorge an die Beschwerdegegnerin nicht gegeben. Kleinere Friktionen, wie sie noch bestehen würden, seien kein Grund für eine Alleinsorge. Soweit das Obergericht überhaupt sachverhaltsbasierte Prognosen treffe, wie es dies an und für sich durchwegs hätte tun sollen, seien diese fehlerhaft, da das Gericht auf einen veralteten bzw. selektiv festgestellten Sachverhalt abstelle. Worin in der gegebenen Situation eine Gefährdung des Kindeswohls liege, bleibe unerfindlich. Ganz im Gegenteil sei das Kindeswohl durch die alleinige Sorge der Mutter in Gefahr, weil diese beispielsweise die nötige MMR-Impfung bei der Tochter ablehne.

4.2. Die gemeinsame elterliche Sorge von Vater und Mutter bildet auch im Kontext der Ehescheidung den Grundsatz (Art. 133 Abs. 1 Ziff. 1 i.V.m. Art. 296 Abs. 2 ZGB), von dem nur dann abgewichen werden soll, wenn eine andere Lösung die Interessen des Kindes ausnahmsweise besser wahrt (BGE 143 III 361 E. 7.3.2). Die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein muss deshalb eine eng begrenzte Ausnahme bleiben (BGE 141 III 472 E. 4), die namentlich in Betracht fällt, wenn die Eltern in einem schwerwiegenden Dauerkonflikt stehen oder in Kinderbelangen anhaltend kommunikationsunfähig sind (BGE 142 III 197 E. 3.5). Vorausgesetzt ist weiter, dass sich die Probleme zwischen den Eltern auf die Kinderbelange als Ganzes beziehen und das Kindeswohl konkret beeinträchtigen (vgl. Art. 298 Abs. 1 ZGB). Erforderlich ist die konkrete Feststellung, in welcher Hinsicht das Kindeswohl beeinträchtigt ist (Urteil 5A\_377/2021 vom 21. Februar 2022 E. 3.1). Schliesslich ist eine Abweichung vom Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge nur dort am Platz, wo Aussicht darauf besteht, mit der Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein eine Entlastung der Situation herbeizuführen (BGE 142 III 197 E. 3.7).

4.3. In der hier zu beurteilenden Situation besteht die Besonderheit, dass den Eltern, obgleich das Sorgerecht umstritten ist, die Obhut über die Kinder, mithin deren tägliche Betreuung (BGE 142 III 612 E. 4.1), gestützt auf die im erstinstanzlichen Verfahren geschlossene Teilvereinbarung gemeinsam übertragen wurde (vgl. vorne Bst. A.b). Die Obhutsregelung, die nicht Gegenstand des Verfahrens vor Bundesgericht ist (BGE 142 I 155 E. 4.4.2; 136 II 457 E. 4.2), bleibt nicht ohne Einfluss auf den Entscheid zur elterlichen Sorge:

4.3.1. Bereits nach altem Recht kam eine alternierende Obhut nur bei gemeinsamer elterlicher Sorge in Frage (vgl. zu Art. 133 Abs. 3 ZGB in der Fassung vom 26. Juni 1998 [AS 1999 1131] Urteile 5A\_69/2011 vom 27. Februar 2012 E. 2.1, in: FamPra.ch 2012 S. 817; 5A\_645/2008 vom 27. August 2009 E. 6, in: Pra 2010 S. 515; 5C.42/2001 vom 18. Mai 2001 E. 3b, in: FamPra.ch 2001 S. 823). Dieser Grundsatz hat mit Inkrafttreten der Gesetzesnovelle zur elterlichen Sorge am 1. Juli 2014 (AS 2014 357) seine Gültigkeit behalten (vgl. Urteile 5A\_46/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4.4.3, in: FamPra.ch 2015 S. 981; 5A\_928/2014 vom 26. Februar 2015 E. 4.3; 5A\_345/2014 vom 4. August 2014 E. 4.2; vgl. auch BGE 142 III 612 E. 4.2; S. 617 E. 3.2.3). Seit der Revision des Kindesunterhaltsrechts (AS 2015 4299; in Kraft seit 1. Januar 2017) ist er in Art. 298 Abs. 2ter ZGB (betreffend verheiratete Eltern) und Art. 298b Abs. 3ter ZGB (betreffend nicht verheiratete Eltern) verankert. Demnach prüft das Gericht bzw. die Kindesschutzbehörde bei gemeinsamer elterlicher Sorge die Möglichkeit einer alternierenden Obhut. Die Einführung der alternierenden Obhut darf daher auch nach geltendem Recht nur im Rahmen der gemeinsamen elterlichen Sorge erfolgen (ausdrücklich: BBI 2014 529, 565; vgl. weiter Urteil 5A\_794/2017 vom 7. Februar 2018 E. 3.1; vgl. etwa auch Urteile 5A\_454/2022 vom 9. November 2022 E. 3.1; 5A\_700/2021 vom 16. September 2022 E. 3.1, in: SJ 2023 S. 231; 5A\_844/2019 vom 17. September 2020 E. 3.2.1; COTTIER, in: Commentaire romand, Code Civil I, 2. Aufl. 2023, N. 9 zu Art. 298 ZGB und N. 8 zu Art. 298b ZGB; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Berner Kommentar, 2016, N. 49 zu Art. 298 ZGB und N. 17 zu Art. 298b ZGB). Folglich ist es nicht vorgesehen, in Fällen der Ausübung der elterlichen Sorge durch nur einen Elternteil die alternierende Obhut anzuordnen. Das Gesetz eröffnet mit anderen Worten nicht die Möglichkeit, einem Elternteil zwar (gemeinsam mit dem anderen Elternteil) die Obhut, nicht jedoch auch das Sorgerecht zuzuweisen, wie die Vorinstanz dies möchte. Vielmehr erfordert die Zuteilung der Obhut in jedem Fall die elterliche Sorge des betreffenden Elternteils (BÜCHLER/CLAUSEN, in: FamKomm Scheidung, Band I, 4. Aufl. 2022, N. 5 zu Art. 298 ZGB).

4.3.2. Zu beachten ist ausserdem, dass eine Übereinkunft der Eltern in Kinderbelangen das Gericht aufgrund des Oficialgrundsatzes (Art. 296 Abs. 3 ZPO) nicht zu binden vermag. Ihr kommt einzig der Charakter eines gemeinsamen Antrags zu, den das Gericht in seine Entscheidung einfliessen lässt (Art. 285 Bst. d ZPO und Art. 133 Abs. 2 ZGB; BGE 143 III 361 E. 7.3.1; Urteil 5A\_1031/2019 vom 26. Juni 2020 E. 2.2, in: FamPra.ch 2020 S. 1016). Dementsprechend hat das Bezirksgericht eine Regelung zur Obhut über die Kinder der Parteien getroffen, obgleich Letztere hierüber eine Vereinbarung

geschlossen hatten (vgl. vorne Bst. A.b). Leitender Gedanke beim Entscheid auch über die (alternierende) Obhut ist das Kindeswohl. Entscheidwesentlich ist sodann namentlich die Erziehungsfähigkeit der Eltern sowie deren Fähigkeit und Bereitschaft, in Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendigen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren (BGE 142 III 612 E. 4.2 und 4.3; S. 617 E. 3.2.3). Von diesen Leitlinien musste sich folglich auch das Bezirksgericht in seinem Entscheid über die Obhut leiten lassen.

4.3.3. Nach dem Ausgeführten erweist es sich als gesetzwidrig, trotz alternierender Obhut der Parteien die elterliche Sorge der Beschwerdegegnerin allein zu übertragen (vgl. E. 4.3.1 hiervor; vgl. auch Urteil 5A\_685/2019 vom 9. September 2019 E. 5 a.E.). Daran ändert auch das der Vorinstanz in diesem Bereich grundsätzlich zukommende Ermessen nichts (vgl. vorne E. 2.3), da sie bei dessen Ausübung jedenfalls an den gesetzlichen Rahmen gebunden ist (vgl. HRUBESCH-MILLAUER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 327 und 332 zu Art. 4 ZGB, mit Hinweisen). Gleichzeitig fragt sich, weshalb ein schwerer Elternkonflikt bestehen soll, der die (ausnahmsweise) Anordnung der alleinigen elterlichen Sorge rechtfertigt, obgleich die Parteien nach gerichtlicher Einschätzung ausreichend zusammenarbeiten können, damit eine alternierende Obhut angeordnet werden kann (vgl. E. 4.3.2 hiervor). Dabei ist freilich zu beachten, dass die elterliche Sorge und die Obhut nicht dieselben Bereiche betreffen (vgl. Art. 301 Abs. 1 und Abs. 1bis ZGB; BGE 147 III 121 E. 3.2.2; 142 III 612 E. 4.1) und keine direkten Schlüsse vom einen auf den anderen Bereich möglich sind. Demnach erweist die Beschwerde sich soweit die elterliche Sorge betreffend als begründet.

4.4. Damit ist das angefochtene Urteil hinsichtlich der Anordnung der alleinigen elterlichen Sorge der Beschwerdegegnerin aufzuheben. Mit Blick auf die aus den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die der Beschwerdeführer nicht in Frage zu stellen vermag (vgl. vorne E. 3), ersichtlichen Spannungen zwischen den Eltern, die eine nicht unerhebliche Intensität aufweisen, rechtfertigt es sich indes nicht, entsprechend dem beschwerdeführerischen Hauptantrag die elterliche Sorge ohne Weiteres bei beiden Elternteilen zu belassen. Die Angelegenheit ist vielmehr entsprechend dem in der Beschwerde gestellten Eventualbegehren an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG), damit diese unter Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge prüfe, ob sich allenfalls in Teilbereichen die Übertragung alleiniger Entscheidbefugnisse auf einen Elternteil rechtfertigt (vgl. BGE 141 III 472 E. 4.7; KILDE/STAUB, Kriterien der Zuteilung von elterlicher Sorge und Obhut bei Trennung der Eltern, in: Jungo/Fountoulakis, Elterliche Sorge, Symposium zum Familienrecht 2017, 2018, S. 215 ff., 221; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER : Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl. 2022, Rz. 1455). Wegleitend sind die in E. 4.2 hiervor aufgezeigten Kriterien. Zu beachten ist, dass die im bundesgerichtlichen Verfahren nicht mehr strittige Obhutsregelung auch nach der Rückweisung der Sache ans Obergericht nicht mehr in Frage gestellt werden kann (vgl. Urteile 5A\_125/2020 vom 31. August 2020 E. 3.2; 5A\_171/2019 vom 17. April 2019 E. 2.2; 5A\_851/2018 vom 26. Februar 2019 E. 1.5 [mit Hinweis auf BGE 143 IV 214 E. 5.3.3; 135 III 334 E. 2]).

## 5.

5.1. Der Beschwerdeführer wehrt sich weiter dagegen, dass die Vorinstanz als Wohnsitz der Kinder jenen der Beschwerdegegnerin bezeichnet hat. Darin erblickt er eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV). Auch stelle die Vorinstanz die Gründe nicht in Frage, die dafür sprechen, den Wohnsitz der Kinder am Wohnsitz des Beschwerdeführers zu belassen. Für die Kinder sollte sich möglichst wenig ändern. Sie hätten schon immer bei ihm an der F.strasse gelebt und gingen auch dort im Quartier zur Schule. Ein Wohnsitzwechsel habe grundsätzlich einen Schulhauswechsel zur Folge. Es sei unsicher, dass sich die Beschwerdegegnerin dagegen erfolgreich zur Wehr setzen werde. Auch würden sich Änderungen bei der obligatorischen Krankenkasse und der Prämienverbilligung ergeben.

**5.2.** Nach Art. 76 Abs. 1 Bst. b BGG ist zur Beschwerde in Zivilsachen berechtigt, wer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung hat. Zur Beschwerde in Zivilsachen ist nur legitimiert, wer die Beschwerde im eigenen Interesse führt. Dieses besteht im praktischen Nutzen, den die Gutheissung der Beschwerde der beschwerdeführenden Partei verschaffen würde, indem ihr ein Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur erspart bliebe (**BGE 143 III 578** E. 3.2.2.2). Daran mangelt es im vorliegenden Fall. Unbestrittenermassen haben beide Parteien ihren zivilrechtlichen Wohnsitz in der Stadt U. Ob der Wohnsitz der Kinder am Wohnsitz der Mutter oder an jenem des Vaters festgelegt wird, bleibt mit Blick auf die Umstände auch unter Berücksichtigung der Vorbringen des Beschwerdeführers ohne Belang. Die Beschwerdegegnerin hegt keinen Umzugswunsch. Spekulationen darüber, wie sich in Zukunft die Kontakte der Eltern mit der Krankenkasse gestalten bzw. in welche Schule die Kinder schliesslich gehen werden, verbieten sich. Vor diesem Hintergrund hilft dem Beschwerdeführer auch der Hinweis auf das Urteil 5A\_242/2022 vom 29. August 2022 nicht weiter. In diesem Fall war im Kern nicht die Frage des Wohnsitzes bei alternierender Obhut zu klären, sondern in welchem Quartier das betroffene Kind schliesslich eingeschult werden sollte.

## **6.**

Zusammenfassend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, Ziffer 1 des angefochtenen Urteils soweit die elterliche Sorge betreffend aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird auch neu über die Kosten des Berufungsverfahrens zu entscheiden haben (Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG), weshalb auch die Ziffern 2, 4 und 5 des angefochtenen Urteils aufzuheben sind. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Die Rückweisung der Sache zu neuem Entscheid gilt hinsichtlich der Prozesskosten als Obsiegen des Beschwerdeführers (**BGE 141 V 281** E. 11.1). Entsprechend sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens einschliesslich der Entschädigung der Kindesvertreterin den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 65 Abs. 1 und Art. 66 Abs. 1 BGG) und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Da die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 64 BGG), wird beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt, soweit ihre entsprechenden Gesuche zufolge Obsiegens nicht gegenstandslos geworden sind. Damit sind die ihnen auferlegten Gerichtskosten vorläufig auf die Bundesgerichtskasse zu nehmen, ihnen ihre Vertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände beizuordnen und diese aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen (vgl. Art. 10 des Reglements vom 31. März 2016 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht [SR 173.110.210.3]). Beide Parteien werden darauf hingewiesen, dass sie der Bundesgerichtskasse Ersatz zu leisten haben, wenn sie dazu später in der Lage sind (Art. 64 Abs. 4 BGG).

### **Demnach erkennt das Bundesgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, die Ziffern 1 soweit die elterliche Sorge betreffend sowie die Ziffern 2, 4 und 5 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. November 2022 werden aufgehoben und die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an das Obergericht zurückgewiesen. Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

#### **2.**

**2.1.** Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird gutgeheissen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist, und es wird ihm Rechtsanwalt Markus Krapf als Rechtsbeistand beigegeben.

**2.2.** Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren wird gutgeheissen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist, und es wird ihr Rechtsanwalt Michael Felder als Rechtsbeistand beigegeben.

**3.**

**3.1.** Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.--, einschliesslich der Entschädigung der Kindesvertreterin, werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, indes vorläufig auf die Bundesgerichtskasse genommen.

**3.2.** Die Kindesvertreterin wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 1'000.-- entschädigt.

**4.**

Die Parteikosten werden wettgeschlagen.

**5.**

**5.1.** Rechtsanwalt Krapf wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 3'000.-- entschädigt.

**5.2.** Rechtsanwalt Felder wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 3'000.-- entschädigt.

**6.**

Dieses Urteil wird den Parteien, C.A. und D.A. und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, mitgeteilt.

Lausanne, 20. Dezember 2023

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Sieber