



Kass.-Nr. AA040160/U/mb

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Robert Karrer, Hans Michael Riemer, Dieter Zobl und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Markus Nietlispach

Zirkulationsbeschluss vom 30. Dezember 2004

in Sachen

X.,

Beklagter, Rekursgegner und Beschwerdeführer
vertreten durch Rechtsanwalt _____

gegen

Y.,

Klägerin, Rekurrentin und Beschwerdegegnerin
vertreten durch Rechtsanwältin _____

betreffend

Eheschutz (Obhut über das Kind)

**Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Beschluss der I. Zivilkammer des
Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. September 2004 (LP040097/U)**

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. Mit Eingabe vom 24. Mai 2004 (ER act. 1) ersuchte die Beschwerdegegnerin (Klägerin und Rekurrentin) die Einzelrichterin im summarischen Verfahren (Ehesachen) am Bezirksgericht Zürich um Erlass von Eheschutzmassnahmen, wobei sie konkret die richterliche Bewilligung des Getrenntlebens und die Regelung der damit verbundenen Nebenfolgen, insbesondere die Zuteilung der Obhut über den am 2. Mai 2001 geborenen gemeinsamen Sohn D. an sich selbst verlangte. Nach durchgeführter Hauptverhandlung mit persönlicher Befragung der Parteien (vgl. ER Prot. S. 3 ff.), anlässlich welcher der Beschwerdeführer (Beklagter und Rekursgegner) unter anderem beantragte, D. unter seine Obhut zu stellen (vgl. ER act. 12 S. 1, Ziff. 2), nahm die Einzelrichterin mit (Erledigungs-)Verfügung vom 20. Juli 2004 (ER act. 15 = OG act. 3) davon Vormerk, dass die Parteien (in gegenseitigem Einverständnis und damit berechtigterweise) seit dem 12. März 2004 und weiterhin auf unbestimmte Zeit getrennt leben (Disp.-Ziff. 3), wobei sie die eheliche Wohnung an der ____strasse 00 in Zürich für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobiliar und Hausrat (mit Ausnahme der persönlichen Effekten der Beschwerdegegnerin) dem Beschwerdeführer zur alleinigen Benützung zuwies (Disp.-Ziff. 8). Sodann stellte sie das Kind D. für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beschwerdeführers (Disp.-Ziff. 4), und sie räumte der Beschwerdegegnerin ein Besuchsrecht ein (Disp.-Ziff. 5). Mangels finanzieller Leistungsfähigkeit beider Parteien wurden weder Kinderunterhalts- noch Unterhaltsbeiträge an eine Partei persönlich zugesprochen (Disp.-Ziff. 6 und 7). Aus demselben Grund wurde auch das klägerische Gesuch, den Beschwerdeführer zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses zu verpflichten, abgewiesen (Disp.-Ziff. 1). Schliesslich bewilligte die Einzelrichterin beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung, und sie bestellte sowohl dem Beschwerdeführer als auch der Beschwerdegegnerin einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Disp.-Ziff. 2).

2. Gegen die erstinstanzliche Obhutsuteilung und die Regelung des Besuchsrechts (Disp.-Ziff. 4 und 5) rekurrierte die Beschwerdegegnerin innert Frist (OG act. 2). Am 13. September 2004 beschloss die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (Vorinstanz) in Gutheissung des Rekurses, die einzelrichterliche Verfügung hinsichtlich der angefochtenen Dispositiv-Ziffern aufzuheben, das Kind D. für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Beschwerdegegnerin zu stellen und dem Beschwerdeführer ein Besuchsrecht einzuräumen (OG act. 9 = KG act. 2).

3. Gegen diesen den Parteien am 20. September 2004 zugestellten (OG act. 10/2-3) obergerichtlichen Erledigungsbeschluss richtet sich die vorliegende, fristwährend (vgl. § 287 ZPO) eingereichte Nichtigkeitsbeschwerde vom 11. Oktober 2004 (KG act. 1). Damit beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz (KG act. 1 S. 2).

Mit Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2004 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (KG act. 4; s.a. KG act. 7). Eine Kautionsleistung war dem Beschwerdeführer, der im Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege steht, nicht aufzuerlegen (vgl. § 85 ZPO; ferner auch nachstehende Erw. III). Währenddem die Vorinstanz ausdrücklich auf Vernehmlassung verzichtet hat (KG act. 8), lässt die Beschwerdegegnerin in ihrer fristwährend erstatteten (vgl. KG act. 4 und 5/2 sowie §§ 191 f. GVG) Beschwerdeantwort vom 12. November 2004 den Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde stellen (KG act. 9, insbes. S. 2).

II.

1.a) Nachdem § 281 ZPO die (auch im summarischen Verfahren ergangenen) Rekursentscheide – gegen einen solchen richtet sich die vorliegende Beschwerde – bei der Aufzählung der mit Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbaren Entscheide ausdrücklich erwähnt, gibt die Frage nach der Beschwerdefähigkeit des vorinstanzlichen Beschlusses zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass; sie ist

ohne weiteres zu bejahen (s.a. von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 5; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 10 zu § 281 ZPO; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 62).

b) Mit Blick auf § 285 ZPO ist sodann vorzuschicken, dass der angefochtene Beschluss betreffend Eheschutzmassnahmen im engeren Sinne, zu denen insbesondere auch die auf Art. 176 Abs. 3 ZGB gestützte Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gehört, nach zwar verschiedentlich kritisiert (vgl. z.B. Haus-

Reusser/Geiser, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 2. Teilbd., 2. A., Bern 1999, N 24 f. zu Art. 180 ZGB; Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. A., Bern 2001, Kap. 13 Rz 147; s.a. die weiteren Hinweise in BGE 127 III 476 f.), aber nach wie vor gefestigter und auch unter der Herrschaft des neuen Scheidungsrechts ausdrücklich bestätigter höchstrichterlicher Praxis nicht der eidgenössischen Berufung (Art. 43 ff. OG) unterliegt, da er keinen Endentscheid im Sinne von Art. 48 OG darstelle (BGE 127 III 474 ff. m.w.Hinw.; 116 II 22 ff., Erw. 1; s.a. Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 23 zu Art. 180 ZGB; Bräm/Hasenböhler, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Teilbd. II 1c, 3. A., Zürich 1998, N 23 f. zu Art. 180 ZGB; Hegnauer/Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 4. A., Bern 2000, Rz 21.09; Baltzer-Bader, Ist das Eheschutzverfahren revisionsbedürftig?, AJP 2003, S. 571 [ebenfalls kritisch]; Dolder/Diethelm, Eheschutz [Art. 175 ff. ZGB] – ein aktueller Überblick, AJP 2003, S. 669). Das hat zur Folge, dass im Kassationsverfahren grundsätzlich auch Rügen zulässig sind, mit denen eine Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht wird, wozu insbesondere die auch im Eheschutzverfahren anwendbare (vgl. ZR 102 Nr. 18, Erw. 2/a; BGE 5P.112/2001 vom 27.8.2001, Erw. 4/a) (Verfahrens-)Vorschrift von Art. 145 ZGB gehört (wonach das Gericht in Kinderbelangen den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht, die Beweise nach freier Überzeugung würdigt und nötigenfalls weitere Abklärungen [z.B. Beizug von Sachverständigen, Erkundigungen bei der Vormundschaftsbehörde oder bei einer in der Jugendhilfe tätigen Stelle] trifft).

2. Wie bereits das Rekursverfahren, dreht sich auch die vorliegende Beschwerde ausschliesslich um die Frage, welcher Partei für die Dauer des Getrenntlebens die elterliche Obhut über das gemeinsame Kind D. zuzuteilen (und – als Folge davon – welchem Elternteil ein Besuchsrecht einzuräumen) sei, wobei beide Parteien die Zuteilung an sich selber für richtig halten.

a) Die Erstinstanz hatte dazu zusammenfassend erwogen, dass grundsätzlich nichts gegen die Erziehungsfähigkeit des einen oder anderen Elternteils spreche, d.h. keine der Parteien zur Kinderbetreuung grundsätzlich ungeeignet sei. Insbesondere sei aus dem eingereichten Arzteugnis und den Ausführungen der Beschwerdegegnerin zu schliessen, dass die Erziehungsfähigkeit des Beschwerdeführers, dessen Trinkverhalten noch vor kurzer Zeit nicht vollkommen unproblematisch gewesen sei, nicht durch übermässigen Alkoholkonsum beeinträchtigt sei. Gleiches gelte auf der anderen Seite hinsichtlich des beklagterseits behaupteten Suchtverhaltens der Beschwerdegegnerin. Sodann sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass die Beschwerdegegnerin mittlerweile nicht mehr erwerbstätig sei bzw. nicht mehr der Prostitution nachgehe, sondern bei einem neuen Lebenspartner (Z.), welcher heute vollumfänglich für ihren Lebensunterhalt aufkomme, in K. wohne. Immerhin könne angesichts der noch jungen Beziehung der Beschwerdegegnerin zu ihrem neuen Lebenspartner noch nicht von stabilen Verhältnissen gesprochen werden.

Weiter führte die Erstinstanz aus, dass im Rahmen eines Eheschutzverfahrens bei beidseitiger Zuerkennung der Erziehungsfähigkeit den bisherigen Verhältnissen erhöhte Bedeutung zukomme. Weil davon auszugehen sei, dass die Betreuungsarbeit des Beschwerdeführers während des ehelichen Zusammenlebens diejenige der Beschwerdegegnerin überstiegen habe und der Beschwerdeführer zudem – im Unterschied zur Beschwerdegegnerin, die einstweilen bei ihrem neuen Lebenspartner in K. wohnen werde – in der ehelichen Wohnung und damit im für D. gewohnten (auch sozialen) Umfeld verbleiben wolle, erscheine der Beschwerdeführer derzeit besser in der Lage, dem Kind stabile Verhältnisse in der bisherigen Umgebung und im gewohnten Umfeld zu gewährleisten. Dies gebe den Ausschlag für die Zuteilung der elterlichen Obhut an den Beschwerdeführer,

zumal auch bei Kleinkindern nicht von einem natürlichen Vorrang der Mutter auszugehen sei (ER act. 15 S. 4 ff., Erw. IV).

b) Die Vorinstanz hielt zur Frage der Obhutszuteilung zunächst fest, dass aufgrund des summarischen Charakters des Eheschutzverfahrens Beweise nur abgenommen zu werden bräuchten, soweit dies von der Sache her als erforderlich erscheine. Die umfassende Abklärung der gesamten Verhältnisse dürfe grundsätzlich unterbleiben, weil die Glaubhaftmachung von Parteibehauptungen ausreiche. Immerhin verlange die in Kinderbelangen geltende Untersuchungsmaxime dann eine weiterreichende Abklärung der Verhältnisse, wenn die Frage der Obhutszuteilung unter den Eltern äusserst umstritten sei. Allgemein gelte, dass aufgrund der Untersuchungsmaxime dann eine bundesrechtliche Verpflichtung des Gerichts zu weiteren Abklärungen bestehe, wenn sich aufgrund der Akten Anhaltspunkte für eine mögliche Gefährdung des Kindeswohls ergeben würden, was vorliegend jedoch nicht der Fall sei. Vielmehr lasse sich die konkrete Situation aufgrund der Aussagen der Parteien vor Erstinstanz und im Rekursverfahren hinreichend beurteilen, weshalb momentan kein Anlass für die von der Beschwerdegegnerin beantragte Anordnung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens und das Einholen von Berichten der zuständigen Jugendsekretariate bestehe (KG act. 2 S. 4, Erw. II/3).

Alsdann führte die Vorinstanz aus, dass aufgrund der Aussagen der Parteien nicht schlüssig festgestellt werden könne, wer von ihnen mehr Betreuungsarbeit geleistet habe. Als erstellt gelte jedoch, dass beide Elternteile sich im Rahmen ihrer zeitlichen Möglichkeiten um D. gekümmert hätten und dass während der berufsbedingten Abwesenheit der Beschwerdegegnerin D. mehrheitlich vom Beschwerdeführer betreut worden sei. Ob D. deshalb auch emotional eine stärkere Bindung zum Beschwerdeführer als zur Beschwerdegegnerin habe, müsse offen bleiben (KG act. 2 S. 5 f., Erw. II/6).

Auch wenn der Beschwerdeführer – so die Vorinstanz weiter – im vergangenen Jahr mehr Betreuungsarbeit geleistet haben sollte, gelte es jedoch zu beachten, dass die Möglichkeit der persönlichen Betreuung durch einen Elternteil lediglich dann den Ausschlag geben könne, wenn die Erziehungskompetenz bei-

der Elternteile als gleichwertig einzustufen sei. Diesbezüglich falle auf Seiten des (seit 1999 mehrheitlich arbeitslosen und heute Sozialleistungen empfangenden) Beschwerdeführers nicht nur die berufliche Unsicherheit, sondern mehr noch dessen Alkoholproblem in Betracht. Zwar habe der Beschwerdeführer, in der persönlichen Befragung vor Erstinstanz auf das Thema Alkohol angesprochen, ein Alkoholproblem verneint und gleichzeitig eine Bestätigung seines Hausarztes eingereicht. Weiter habe er ausgeführt, ab und zu etwas getrunken zu haben; eine Therapie mache er aber nicht. Immerhin lasse er die Blutalkoholwerte seit 2 1/2 Monaten kontrollieren, damit er nicht mehr trinke. Nach einer Phase totaler Alkoholabstinenz trinke er jetzt ein bis zwei Bier pro Tag. Vom klägerischerseits behaupteten Alkoholmissbrauch könne seiner Ansicht nach keine Rede sein.

In Würdigung der Aktenlage erwog die Vorinstanz sodann, dass im ärztlichen Zeugnis von Dr. med. A. vom 2. Juli 2004 bestätigt werde, dass zur Zeit kein Hinweis auf einen chronischen Alkoholabusus bestehe. Somit spreche der Arzt selber von Alkoholmissbrauch. Es sei nun allgemein bekannt, dass die Chancen, vom Alkohol wegzukommen, erheblich geschmälert oder gar verunmöglicht würden, wenn weiterhin Alkohol konsumiert werde, und sei es auch nur in kleinen Mengen. Deshalb mache die Angabe des Beschwerdeführers, er habe mit dem Alkoholkonsum total aufgehört, er trinke jetzt nur noch ein oder zwei Bier pro Tag, hellhörig. Ebenfalls notorisch sei, dass ein Suchtverhalten ohne professionelle Hilfe nur schwer zu heilen sei. Da der Beschwerdeführer keine Therapie mache, sei ernsthaft zu bezweifeln, ob er ohne Hilfe von dritter Seite tatsächlich mit seiner Alkoholabhängigkeit umgehen könne. Dazu komme, dass er sein Blut erst seit 2 1/2 Monaten kontrollieren lasse – eine Dauer, die für eine verlässliche Prognosestellung zu kurz sei. Überdies sei diese Angabe durch das beigebrachte ärztliche Zeugnis weder bestätigt noch widerlegt, noch werde die Abstinenz durch ein aktuelles Zeugnis erneut bekräftigt. Die Beschwerdegegnerin räume zwar ein, dass der Beschwerdeführer sein Alkoholproblem besser im Griff habe. Gewisse Bedenken gegen dessen Erziehungsfähigkeit seien damit aber nicht zu vermeiden, auch wenn die Beschwerdegegnerin persönlich dem Beschwerdeführer attestiere, ein guter Vater zu sein. Vor dem Hintergrund der latenten Alkoholproblematik des Beschwerdeführers komme den Kriterien der bisherigen Umgebung

und des gewohnten Umfeldes untergeordnete Bedeutung zu (KG act. 2 S. 6 f., Erw. II/7-8).

Mit Bezug auf die Beschwerdegegnerin hielt die Vorinstanz fest, dass diese Mitte März 2004 zusammen mit D. zu ihrem neuen Freund nach K. gezogen sei und ihr Lebensunterhalt im Moment von Letzterem finanziert werde. Zwar sei die Beziehung zu Z. in der Tat noch kurz. Die Beschwerdegegnerin habe aber mit der Trennung vom Beschwerdeführer und der neuen Freundschaft zu Z. ein neues Umfeld geschaffen, und sie habe eine gute Perspektive, nicht mehr in die Prostitution zurückkehren zu müssen. Auch die Erstinstanz sei davon ausgegangen, dass die Beschwerdegegnerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht mehr erwerbstätig sei. Die vom Beschwerdeführer gegen die Erziehungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Argumente (häufige Abwesenheiten zu Tages- und Nachtzeiten, auf bloss finanzielle Vorteile ausgerichtetes Handeln) seien daher nicht stichhaltig. Gegenteilig habe die Beschwerdegegnerin, indem sie nicht alleine, sondern mit D. zusammen zu Z. gezogen sei, verantwortungsbewusst gehandelt, und sie scheine auch fähig und willens, D. ein Umfeld zu schaffen, wo er sich altersgemäss entwickeln und entfalten könne (KG act. 2 S. 7 f., Erw. II/9).

Im Sinne eines Fazits fügte die Vorinstanz bei, dass die ständigen und heftigen Auseinandersetzungen der Parteien nicht spurlos an D. vorbeigegangen seien. Es gehe nun darum, die Stabilität zu fördern und dem Kindeswohl gerecht zu werden. Der noch wenig gefestigten Beziehung zu Z. und damit verbunden dem neuen Umfeld in K. auf Seiten der Beschwerdegegnerin stehe die persönliche Situation, d.h. die erörterte Alkoholproblematik des Beschwerdeführers gegenüber. Angesichts des Suchtverhaltens in der Vergangenheit frage sich, ob der Beschwerdeführer als alleiniger Obhutsinhaber in der Lage sei, dem dreijährigen D. kontinuierlich und verlässlich die erforderliche Betreuung und Erziehung angedeihen zu lassen. Diese Unsicherheit wiege aus der Sicht der Rekursinstanz schwerer als die von der Erstinstanz angeführten Zweifel in Bezug auf die klägerischen Verhältnisse. D. sei deshalb für die Dauer des Eheschutzverfahrens (recte wohl: des Getrenntlebens) unter die Obhut der Beschwerdegegnerin zu stellen (KG act. 2 S. 8 f., Erw. II/10).

3. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, dadurch die in Kinderbelangen geltende Untersuchungsmaxime und damit einen wesentlichen Verfahrensgrundsatz im Sinne von § 281 Ziff. 1 ZPO verletzt zu haben, dass sie es trotz der Umstrittenheit der Frage der Obhutszuteilung und dem vorinstanzlich festgestellten Umstand, dass die ständigen und heftigen Auseinandersetzungen der Parteien nicht spurlos an D. vorbeigegangen seien, unterlassen habe, ein kinderpsychiatrisches Gutachten anzuordnen und Berichte der örtlichen Behörden (insbes. der zuständigen Jugendsekretariate) einzuholen (KG act. 1 S. 4 ff.). Ausserdem sei die Vorinstanz in willkürlicher oder gar aktenwidriger Weise von einer (zumindest früheren) Alkoholabhängigkeit und einem auch heute noch bestehenden latenten, die Erziehungsfähigkeit beeinträchtigenden Alkoholproblem des Beschwerdeführers ausgegangen. Schliesslich habe sie ohne die geringsten Kenntnisse über den neuen Aufenthaltsort D.'s und dessen Beziehung zu Z., von welchem ebenfalls lediglich der Name bekannt sei, und somit willkürlich angenommen, der neue Wohnort begründe ein angenehmes Umfeld des Kindes (KG act. 1 S. 8 ff.).

a) aa) Zur Widerlegung der – beklagterseits bestrittenen (vgl. ER act. 12 S. 3; ER Prot. S. 16; s.a. OG act. 8 S. 4 und 9) – klägerischen Behauptung, der Beschwerdeführer habe ein Alkoholproblem (vgl. ER act. 1 S. 3; ER Prot. S. 20 und 23; s.a. OG act. 2 S. 4 f., 6 ff.), reichte dieser vor Erstinstanz ein vom 2. Juli 2004 datiertes ärztliches Zeugnis von Dr. med. A. ein (ER act. 14/6). Darin erklärt der Arzt, dass der Beschwerdeführer durch ihn ärztlich betreut werde. Weiter bestätigt er, dass "zur Zeit kein Hinweis auf einen chronischen Alkoholabusus" bestehe und regelmässige Blutkontrollen stattgefunden hätten und stattfänden, welche "keine Hinweise hierauf" ergäben; wenn nötig könnten die Laborwerte bei ihm verlangt werden. Sodann bestehe aus seiner Sicht kein Grund, dass der Beschwerdeführer seinen Sohn nicht betreuen könne. Weitere über die blossen Parteibehauptungen hinausgehenden Äusserungen, Indizien oder gar Belege zu den (früheren oder aktuellen) Trinkgewohnheiten des Beschwerdeführers sind – soweit ersichtlich – nicht aktenkundig.

bb) Wenn die Vorinstanz ungeachtet dieses ärztlichen Zeugnisses, gemäss welchem aufgrund der regelmässig stattfindenden Blutkontrollen zur Zeit gerade keine Hinweise auf einen chronischen Alkoholmissbrauch des Beschwerdeführers bestehen, allein aufgrund der diesbezüglichen Behauptungen der Parteien (insbesondere der Beschwerdegegnerin) annimmt, es sei (im Sinne eines sog. "prima-facie"-Beweises) glaubhaft gemacht, d.h. es bestehe aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse (Mindest-)Wahrscheinlichkeit dafür (vgl. zur Beweislast, -strenge und -intensität im Zusammenhang mit dem Erfordernis der Glaubhaftmachung RB 1995 Nr. 27; Kass.-Nr. 2002/204 vom 16.12.2002 i.S. G.c.G., Erw. II/4/a-e [einlässlich]; AA040111 vom 5.11.2004 i.S. L.c.L., Erw. II/2.2 [je m.w. Hinw.]; Leuenberger, Glaubhaftmachen, in: ders. [Hrsg.], Der Beweis im Zivilprozess, Bern 2000, S. 188 ff.), dass der Beschwerdeführer ein seine Erziehungsfähigkeit beeinträchtigendes latentes Alkoholproblem habe, erweist sich diese Feststellung (wegen der mitunter gegenteiligen Vorbringen der Parteien) zwar nicht geradezu als "blanker Irrtum", weshalb keine eigentliche Aktenwidrigkeit vorliegt. Im Lichte der bestehenden Aktenlage erscheint diese Annahme für einen unbefangenen Denker jedoch als unvertretbar bzw. unhaltbar und damit als willkürlich im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO (vgl. dazu von Rechenberg, a.a.O., S. 27 f.; ZR 55 Nr. 115; 81 Nr. 88, Erw. 6; s.a. Spühler/Vock, a.a.O., S. 67 f.; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 44 f. zu § 281 ZPO).

So mutet allein schon der (von der Vorinstanz implizit gezogene) Schluss, wonach bereits die Wortwahl des Arztes, der selber von einem chronischen Alkoholabusus spreche, ein Indiz für einen zumindest früher bestehenden und (angesichts des Nichtantritts einer Therapie und der nicht absoluten Alkoholabstinenz des Beschwerdeführers) noch immer latent drohenden Alkoholmissbrauch darstelle, als eher gesucht und inhaltlich mehr als fragwürdig an. Denn wenn ein Arzt erklärt, dass zur Zeit keine Hinweise auf einen chronischen Alkoholabusus vorlägen, verneint er damit (nur), dass der Patient momentan einen regel- und übermässigen Alkoholkonsum pflege. Er bestätigt mit anderen Worten lediglich, dass aus heutiger Sicht kein Alkoholproblem diagnostiziert sei. Hingegen liegt es keineswegs auf der Hand, dass er damit implizit auch sagen will, es habe jedoch früher ein chronischer Alkoholmissbrauch stattgefunden und es bestehe deshalb

zumindest latent die Gefahr einer Alkoholabhängigkeit. Eine derartige Feststellung und Prognose in ein Zeugnis der vorliegenden Art hinein zu interpretieren, kommt einer reinen Mutmassung gleich. Für die Berechtigung bzw. Glaubhaftigkeit dieser (über die gegenteilige Kernaussage im beigebrachten Arztzeugnis hinausgehenden) vorinstanzlichen Annahme bedürfte es zweifellos weiterer Indizien (z.B. Bestätigungen Dritter, anderweitige ärztliche Zeugnisse etc.). Dies umso mehr, als der Arzt im vorliegenden Fall – wenngleich möglicherweise auf Ersuchen des Beschwerdeführers – explizit bestätigt, dass aus seiner Sicht kein Grund ersichtlich sei, weshalb der Beschwerdeführer nicht in der Lage sein sollte, seinen Sohn zu betreuen. Im Kontext mit der vorangehenden Bestätigung brachte der Arzt damit nämlich zum Ausdruck, dass im Hinblick auf die Betreuungsfähigkeit des Beschwerdeführers insbesondere auch keine Vorbehalte bezüglich dessen Trinkverhaltens angebracht seien. Diese Auffassung hätte er wohl kaum in dieser vorbehaltlosen Form geäussert, würde er die vorinstanzlichen Bedenken teilen.

Ausserdem ist die Annahme, der Beschwerdeführer habe ein eigentliches Alkoholproblem (in Form eines Suchtverhaltens) gehabt, auch deshalb alles andere als zwingend, weil dieser einen keineswegs abwegigen, sondern durchaus nachvollziehbaren Grund nannte, weshalb er früher gelegentlich zu viel getrunken habe. So gestand er ein, ab und zu übermässig Alkohol konsumiert zu haben, um zu vergessen, dass die Beschwerdegegnerin gegen seinen Willen als Prostituierte gearbeitet habe (ER Prot. S. 16; OG act. 8 S. 9). Dieses gelegentliche oder allenfalls sogar regelmässige "Abstürzen" aus Frustration braucht aber nicht unbedingt als Ausdruck eines eigentlichen, ohne professionelle Hilfe und absolute Alkoholabstinenz kaum überwindbaren Suchtverhaltens betrachtet zu werden; vielmehr lässt die bestehende Aktenlage als ebenso wahrscheinlich auch die These zu, dass es sich beim Beschwerdeführer um einen blossen Anlass- bzw. Gelegenheitstrinker gehandelt habe, welcher nach dem Wegfall des Anlasses – die Beschwerdegegnerin wohnt nicht mehr mit ihm zusammen und scheint auch nicht mehr der Prostitution nachzugehen – sein früher nicht unproblematisches Trinkverhalten (auch dank der regelmässigen ärztlichen Kontrolle seiner Blutwerte) in den Griff bekommen habe.

Auch kann dem Beschwerdeführer (entgegen dem impliziten vorinstanzlichen Vorhalt) in diesem Zusammenhang nicht zum Nachteil gereichen, dass er die Blutkontrollen offenbar erst seit verhältnismässig kurzer Zeit vornehmen liess (und seine Angaben in zeitlicher Hinsicht im ärztlichen Zeugnis weder bestätigt noch widerlegt werden) und er im Rekursverfahren kein aktuelleres, seine Alkoholabstinenz bestätigendes Arztzeugnis eingereicht hat (vgl. KG act. 2 S. 7). Angesichts des Umstands, dass das Rekursverfahren nur sehr kurze Zeit dauerte – der Rekursentscheid erging bereits knapp zwei Monate nach der erstinstanzlichen Erledigungsverfügung –, bestand für den Beschwerdeführer nämlich kein Anlass, ein aktuelleres als das im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids noch nicht einmal 2 1/2 Monate alte Zeugnis beizubringen; dies umso weniger, als sich aus der erstinstanzlichen Entscheidbegründung keinerlei Vorbehalte oder Zweifel hinsichtlich des zeitlichen Aspekts, d.h. der noch kurzen Dauer der ärztlichen Blutwert-Kontrollen ergeben, weshalb der Beschwerdeführer auch nicht mit einem dahingehenden Vorhalt rechnen musste. Hätte die Vorinstanz ein aktuelleres ärztliches Zeugnis für die Beweisführung (bzw. für die Glaubhaftmachung der darin gemachten Feststellungen) für notwendig erachtet, hätte es aufgrund der in Kinderbelangen geltenden Untersuchungsmaxime (Art. 145 ZGB) an ihr gelegen, ein solches nachzufordern. Im Übrigen erscheint es schon im Ansatz äusserst fragwürdig, eine "verlässliche Prognose" für die Überwindung des Suchtverhaltens zu verlangen (vgl. KG act. 2 S. 7), nachdem eine Alkoholabhängigkeit des Beschwerdeführers zwar behauptet, vom behandelnden Arzt jedoch verneint wurde und daher im Lichte des verfügbaren Aktenstandes nicht ohne weiteres als glaubhaft gemacht gelten kann. (Der Beschwerdeführer hat lediglich eingestanden, ab und zu aus Frustration zuviel getrunken zu haben, sich aber vehement gegen die Behauptung gewehrt, ein eigentliches Alkoholproblem zu haben.)

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Beschwerdeführer überhaupt Blutkontrollen vornehmen lässt, könnte darin doch ebenso gut auch die Betätigung seines Willens erblickt werden, es gar nicht zu einer (andernfalls möglicherweise drohenden) Alkoholabhängigkeit kommen zu lassen bzw. sein zu unkontrollierten Ausbrüchen führendes Gelegenheitstrinkverhalten aufzugeben.

Schliesslich ist im vorliegenden Kontext von Bedeutung, dass nicht nur der Beschwerdeführer behauptet, sein heutiges Trinkverhalten (ein oder zwei Bier pro Tag; vgl. ER Prot. S. 16) gebe zu keinen Beanstandungen Anlass, sondern auch die Beschwerdegegnerin selbst davon ausgeht, dass er nicht mehr trinke bzw. sein (behauptetes) Alkoholproblem besser im Griff habe, und dass sie ihm bescheinigt, ein guter Vater zu sein (ER Prot. S. 11 und 13; OG act. 2 S. 7, Ziff. 8).

cc) Im Lichte des heutigen Aktenstandes, d.h. des zu den Akten gereichten ärztlichen Zeugnisses (ER act. 14/6) und der Aussagen der Parteien – andere diesbezügliche Indizien enthaltende Aktenstücke existieren nicht –, erscheint die vorinstanzliche Auffassung, wonach es glaubhaft sei, dass der Beschwerdeführer zur Zeit ein seine Erziehungsfähigkeit beeinträchtigendes latentes Alkoholproblem habe, somit als willkürlich. Damit leidet der vorinstanzliche Entscheid am Nichtigkeitsgrund von § 281 Ziff. 2 ZPO. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde als begründet. Dementsprechend ist sie gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (§ 291 ZPO).

b) Bei dieser Würdigung braucht auf die weiteren in der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen nicht mehr näher eingegangen zu werden. Dennoch sei angemerkt, dass diese keineswegs von vornherein als unbegründet betrachtet werden können:

aa) Zwar ist (zumindest beim heutigen Aktenstand) nicht ohne weiteres ersichtlich, welche konkreten Anhaltspunkte im Hinblick auf die Obhutszuteilung über D. auf eine mögliche Gefährdung des Kindeswohls schliessen lassen könnten und inwiefern sich in diesem Zusammenhang kinderpsychologische, medizinische oder sozialwissenschaftliche Fragen stellen, für deren Beantwortung dem Gericht das erforderliche Fachwissen fehlt. (Immerhin sei in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen der Beschwerdegegnerin hingewiesen, wonach D. je-weilen nervös von den Besuchen beim Beschwerdeführer zurückgekehrt [ER Prot. S. 13] und mit der Zeit immer verhaltensauffälliger, nervöser und unausgeglichener geworden sei [OG act. 2 S. 8, Ziff. 9].) Dementsprechend ist auch nicht evident, inwiefern sich – gestützt auf die in Kinderbelangen trotz dessen summa-

rischen Charakters auch im Eheschutzverfahren geltende Untersuchungsmaxime (ZR 102 Nr. 18, Erw. 2/a; Kass.-Nr. AA040029 vom 10.5.2004 i.S. S.c.S., Erw. II/3/b; BGE 5P.112/2001 vom 27.8.2001, Erw. 4/a; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 9 zu Art. 145 ZGB; Breitschmid, Kind und Scheidung der Elternehe, in: Das neue Scheidungsrecht [Hrsg. von der Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich], Zürich 1999, S. 107, 109) – die Anordnung eines Sachverständigengutachtens aufdrängen sollte (vgl. dazu Sutter/

Freiburghaus, a.a.O., N 17 f. zu Art. 145 ZGB; Schweighauser, in: Schwenzer [Hrsg.], Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000, N 6 zu Art. 145 ZGB; Kass.-Nr. AA040029 vom 10.5.2004 i.S. S.c.S., Erw. II/3); dies umso weniger, als im Eheschutzverfahren bezüglich der Einholung von kinderpsychologischen Gutachten ohnehin Zurückhaltung angebracht ist (BGE 5P.157/2003 vom 30.6.2003, publiziert in FamPra.ch 2003, S. 953 m.w.Hinw.).

bb) Indessen ist nicht zu übersehen, dass ausser den (eher spärlichen) Vorbringen der Beschwerdegegnerin (vgl. ER Prot. S. 12 und 21; OG act. 2 S. 8, Ziff. 9) keine objektiven Angaben oder Feststellungen zu deren und D.'s neuem Umfeld in K. bestehen. Diesbezüglich ist – ausser dem Namen und der Wohnadresse des neuen Freundes der Beschwerdegegnerin sowie der Behauptung, dass dieser im Moment für deren Lebensunterhalt aufkomme – nichts aktenkundig. Zur wenig ergiebigen Aktenlage gesellt sich die Tatsache, dass die Obhutszuteilung in casu äusserst umstritten ist und die diesbezüglichen Standpunkte der Parteien durch gegenseitige Vorwürfe und Vorbehalte hinsichtlich des (Sucht-)Verhaltens, des Umfelds und der Betreuungsfähigkeit des jeweils anderen Elternteils gekennzeichnet sind (vgl. zur Bedeutung dieser Umstände im Kontext von Art. 145 ZGB Kass.-Nr. 2001/381 vom 10.6.2002 i.S. K.c.K., Erw. II/1.3; AA040029 vom 10.5.2004 i.S. S.c.S., Erw. II/3/a). Unter diesen Umständen kann man sich durchaus fragen, ob die Vorinstanz ohne weitere Abklärungen als glaubhaft erachten durfte, dass die Beschwerdegegnerin durch den Umzug zu ihrem neuen Freund nach K. neue Verhältnisse geschaffen habe, welche ihr eine gute Perspektive eröffneten, nicht mehr in die Prostitution zurückkehren zu müssen, und dass sie dadurch befähigt scheine, D. ein Umfeld zu schaffen, in dem er sich altersgemäss

entwickeln und entfalten könne, was zur anzustrebenden Förderung der Stabilität und des Kindeswohls beitrage (so KG act. 2 S. 8). Die Frage nach der Notwendigkeit zusätzlicher Abklärungen stellt sich umso mehr, als eine Anhörung des Sohnes im Sinne von Art. 144 Abs. 2 ZGB aufgrund seines Alters ausser Betracht fiel und auch von dieser Seite keine Klärung der tatsächlichen Verhältnisse oder Erhärtung der klägerischen Angaben erfolgte, welche ausser dem eingereichten Mietvertrag (ER act. 11/1) durch nichts belegt sind.

Mithin erscheint in der Tat fraglich, ob die Vorinstanz im Hinblick auf die angestrebte Verwirklichung des Kindeswohls ohne jedwelche Weiterungen auf die für glaubhaft gehaltenen Angaben der Beschwerdegegerin abzustellen berechtigt war oder ob sie aufgrund der Untersuchungsmaxime (Art. 145 ZGB) nicht verpflichtet gewesen wäre, von Amtes wegen weitere Abklärungen zu tätigen, z.B. Erkundigungen bei den örtlichen Jugendsekretariaten oder anderen Stellen oder Personen einzuholen, zumal sie selber feststellt, dass die ständigen und heftigen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien nicht spurlos an D. vorbeigegangen seien (KG act. 2 S. 8, Erw. II/10). Jedenfalls wären solche unter den gegebenen Umständen (grosse Zerstrittenheit hinsichtlich der Obhutszuteilung, völliges Fehlen von Angaben Dritter) keineswegs als sinnlos oder überflüssig zu betrachten (vgl. Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 11 zu Art. 145 ZGB; Schweighauser, a.a.O., N 6 zu Art. 145 ZGB).

III.

Wie bereits erwähnt, wurde beiden Parteien bereits von der Erstinstanz die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von §§ 84/87 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV gewährt (ER act. 15, Disp.-Ziff. 2) und bislang auch nicht wieder entzogen (vgl. KG act. 2 S. 9, Erw. III).

Grundsätzlich gilt eine einmal erteilte Bewilligung des prozessualen Armenrechts nicht nur für die angerufene Instanz, sondern – unter Vorbehalt von § 90 Abs. 2 ZPO, wonach die Rechtsmittelinstanz für ihr Verfahren einen selbständi-

gen Entscheid treffen kann – auch für allfällige Rechtsmittelverfahren (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 90 ZPO). Da die in §§ 84/87 ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV statuierten Voraussetzungen auch bezüglich des Kassationsverfahrens zu bejahen sind (und trotz erfolgter Gutheissung der Beschwerde insbesondere auch der Standpunkt der Beschwerdegegnerin nicht als aussichtslos im Sinne der genannten Vorschriften gelten kann [vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 21a zu § 84 ZPO; BGE 129 I 135 f.; 128 I 236; 125 II 275 m.w.Hinw.; ZR 101 Nr. 14, Erw. 3; 69 Nr. 29]), besteht kein Anlass, auf den entsprechenden Entscheid zurückzukommen. Somit gelten die erstinstanzlich erteilten Bewilligungen ohne weiteres auch im Beschwerdeverfahren. Eines besonderen Antrags (vgl. KG act. 1 und 9, je S. 2) oder Entscheids bedarf es dazu nicht.

IV.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Kassationsverfahrens in Anwendung der allgemeinen Regel von § 64 Abs. 2 ZPO (und damit abweichend von der im Kassationsverfahren nicht geltenden Praxis der Vorinstanz, bei Verfahren betreffend Kinderzuteilung die Kosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen; vgl. Kass.-Nr. 94/538 vom 27.7.1995 i.S. F.c.F., Erw. IV/1; 95/165 vom 4.12.1995 i.S. S.c.S., Erw. III; 99/412 vom 9.5.2000 i.S. R.c.R., Erw. 4/a) der mit ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde (bzw. Bestätigung des vorinstanzlichen Beschlusses) unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Zuzufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung sind sie aber einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Zugleich ist die Beschwerdegegnerin auf § 92 ZPO hinzuweisen, wonach das Gericht eine Partei zur Nachzahlung der ihr nach §§ 84/87 ZPO erlassenen Gerichtskosten und Auslagen für ihre Vertretung verpflichten kann, sollte sie später in günstige wirtschaftliche Verhältnisse kommen.

2. Da die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht von der Pflicht zur Leistung einer Prozessentschädigung an die (obsiegende) Gegenpartei befreit (vgl. § 85 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 84 ZPO, N 1 zu § 85 ZPO

und N 14b zu § 68 ZPO), ist die Beschwerdegegnerin ferner zu verpflichten, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (vgl. § 89 Abs. 1 ZPO) eine Prozessentschädigung auszurichten (§ 68 Abs. 1 ZPO), deren Höhe im Rahmen der §§ 2 ff. AnwGebV (insbes. § 3 Abs. 1 AnwGebV) nach Ermessen festzusetzen ist (§ 69 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 2 zu § 69 ZPO [und N 13 zu § 68 ZPO]). Im Falle der Uneinbringlichkeit wäre diese Entschädigung aus der Gerichtskasse zu leisten (§ 89 Abs. 2 ZPO), und der Anspruch ginge auf die Gerichtskasse über (§ 89 Abs. 3 ZPO).

3. Schliesslich ist der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin für ihre Bemühungen und Auslagen im vorliegenden Kassationsverfahren eine ebenfalls nach den Vorschriften der AnwGebV zu bemessende Entschädigung aus der Gerichtskasse auszurichten (§ 89 Abs. 2 ZPO und § 15 Abs. 1 AnwGebV; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 9 zu § 89 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. In Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde wird der Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 13. September 2004 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 800.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 417.-- Schreibgebühren,
Fr. 133.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdegegnerin auferlegt, zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Prozessführung aber

einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt _____, für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
Im Falle der Uneinbringlichkeit würde Rechtsanwalt _____ die Entschädigung aus der Gerichtskasse entrichtet.
5. Die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Beschwerdegegnerin, Rechtsanwältin _____, wird für ihre Bemühungen und Auslagen im Kassationsverfahren mit insgesamt Fr. 700.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) aus der Gerichtskasse entschädigt.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich (4. Abteilung; ad EE040284), je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: