

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110034-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. S. Clausen

Beschluss und Urteil vom 15. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

3. **E.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2, 3 vertreten durch Dr. iur. Z. _____, Jugend- und Familienberatung F. _____

betreffend **Eheschutz (Obhut über die Kinder, Besuchsrecht, Unterhaltsbeiträge)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 2. Mai 2011 (EE090037)

Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Dietikon vom 2. Mai 2011:
(Urk. 113)

1. Die Parteien werden zum Getrenntleben berechtigt erklärt.

2. Die aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder

- C._____, geb. am tt.mm.2003,

- D._____, geb. am tt.mm.2005,

- E._____, geb. am tt.mm.2007

werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt.

3. Die Klägerin wird für berechtigt erklärt, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird die Klägerin für berechtigt erklärt, die Kinder jährlich am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr und in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Karfreitag bis und mit Ostermontag) und in Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Schliesslich wird die Klägerin für berechtigt erklärt, die Kinder jährlich in den Schulferien während 5 Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Dabei ist die Klägerin verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens 2 Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit dem Beklagten abzusprechen.

4. Für die Kinder wird eine Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet und der Beistand bzw. die Beistandin wird beauftragt, einerseits den Eltern in Erziehungsfragen beizustehen und andererseits die Modalitäten der Besuchsrechtsausübung zu regeln und zu überwachen.

5. Mangels Leistungsfähigkeit wird davon abgesehen, die Klägerin zu Unterhaltszahlungen an die Kinder und/oder an den Beklagten persönlich zu verpflichten.

6. Mangels Leistungsfähigkeit wird davon abgesehen, den Beklagten zu Unterhaltszahlungen an die Klägerin persönlich zu verpflichten.

7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin auf erstes Verlangen

- die Pastamaschine und
- die ... Sammlung

herauszugeben. Die weiteren Herausgabeansprüche (insbes. Gegenstände der Kinder) werden abgewiesen.

8. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten auf erstes Verlangen

- die Militäreffekten
- dessen Kleider
- dessen Skiausrüstung sowie
- den Kasten mit Auszeichnungen für Wettkämpfe

herauszugeben, soweit sich diese Gegenstände bei der Klägerin befinden. Die weiteren Herausgabeansprüche (CD, Hausrat und Mobiliar) werden abgewiesen.

9. Es wird per 11. Mai 2009 die Gütertrennung angeordnet.

10. Auf den Antrag der Klägerin, den Beklagten zu verpflichten, allfällige Steuern aus der Zeit der gemeinsamen Besteuerung zu übernehmen bzw. die Klägerin im Fall einer Inanspruchnahme schadlos zu halten, wird nicht eingetreten.

11. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 6'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 5'860.00 Gutachterkosten.

12. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, zufolge der den Parteien gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Rückforderung nach § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.

13. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

14. [Mitteilungssatz]

15. [Rechtsmittelbelehrung].

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 112 S. 2 f.):

- "1. Es sei das Dispositiv Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung wie folgt zu ändern:

Die aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder

C._____, geb. tt.mm.2003

D._____, geb. tt.mm.2005

E._____, geb. tt.mm.2007

werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Berufungsklägerin gestellt.

2. Es sei das Dispositiv Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung wie folgt zu ändern:

Der Berufungsbeklagte wird für berechtigt erklärt, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird der Berufungsbeklagte für berechtigt erklärt, die Kinder jährlich am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr und in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Karfreitag bis und mit Ostermontag) und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Schliesslich wird der Berufungsbeklagte für berechtigt erklärt, die Kinder jährlich in den Schulferien während 5 Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Dabei ist der Berufungsbeklagte verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens 2 Monate im Voraus anzumelden bzw. mit der Berufungsklägerin abzusprechen.

3. Es sei Dispositiv Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für sich persönlich und die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von mindestens Fr. 2'800.– zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen.
4. [...]

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Berufungsbeklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 118 S. 2 f.):

- "1. Es sei die Berufung der Klägerin abzuweisen und es sei die Verfügung der ersten Instanz zu bestätigen.
2. Eventualiter für den Fall der Obhutszuteilung an die Klägerin: Es sei dem Beklagten ein übliches Wochenendbesuchsrecht von zwei Wochenenden pro Monat, ein übliches Feiertagsbesuchsrecht sowie ein Ferienbesuchsrecht von mindestens sechs Wochen pro Jahr einzuräumen.
3. Eventualiter für den Fall der Obhutszuteilung an die Klägerin: Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin einen Beitrag an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder von höchstens Fr. 300.– pro Kind pro Monat (inkl. Kinderzulagen) zu bezahlen.
4. [...]

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Klägerin."

der Prozessbeiständin der Kinder (Urk. 125):

Keine

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und die Eltern der drei unmündigen Kinder C._____ (geboren am tt.mm.2003), D._____ (geboren am tt.mm.2005) und E._____ (geboren am tt.mm.2007). Am 1. April 2009 stellte die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) beim Bezirksgericht Dietikon ein Eheschutzbegehren (Urk. 1). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. Mai 2009 beantragten beide Parteien, es seien die drei Kinder im Sinne einer vorsorglichen Mass-

nahme während der Dauer des Eheschutzverfahrens unter ihre Obhut zu stellen (Prot. I S. 2; Urk. 17). Mit Verfügung vom 11. Mai 2009 stellte das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon die Kinder für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut des Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagter) und regelte das Besuchsrecht der Klägerin (Urk. 20 S. 8 f. Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Ein von der Klägerin beim Obergericht des Kantons Zürich dagegen eingereichtes Rechtsmittel blieb erfolglos (Urk. 43). Mit Verfügung vom 30. Juli 2009 ersuchte die Vorinstanz die Vormundschaftsbehörde G. _____ gestützt auf Art. 146 ZGB (in der bis 31. Dezember 2010 gültigen Fassung), den Kindern für die weitere Dauer des Verfahrens einen Prozessbeistand zu bestellen (Urk. 49). Mit Beschluss der zuständigen Sozialbehörde vom 9. September 2009 wurde Dr. Z. _____ zur Prozessbeiständin der Kinder ernannt (Urk. 55). Nachdem die Vorinstanz ein kinderpsychiatrisches Gutachten eingeholt hatte (Urk. 86), stellte sie mit Entscheid vom 2. Mai 2011 die Kinder für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten und räumte der Klägerin ein Besuchsrecht ein (Urk. 113 S. 23 f. Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Alsdann errichtete die Vorinstanz für die drei Kinder eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB, sah mangels beidseitiger Leistungsfähigkeit von der Zusprechung von Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträgen ab und regelte die hier nicht strittigen weiteren Massnahmen (Urk. 113 S. 23 f. Dispositiv-Ziffern 4-8).

2. Gegen diesen Eheschutzentscheid erhob die Klägerin mit Eingabe vom 16. Mai 2011 fristgerecht Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich und beantragte die Unterstellung der drei Kinder unter ihre Obhut sowie die entsprechende Anpassung der Besuchsrechts- und Unterhaltsregelung (Urk. 112 S. 2 f.). Gleichzeitig ersuchte die Klägerin für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 112 S. 3). In seiner am 1. Juli 2011 erstatteten Berufungsantwort schloss der Beklagte auf Abweisung der Berufung und stellte eventualiter Rechtsbegehren bezüglich des Besuchsrechts und der geschuldeten Unterhaltsbeiträge, falls die Kinder in die elterliche Obhut der Klägerin gegeben würden (Urk. 118 S. 2 f.). Für das Berufungsverfahren ersuchte auch der Beklagte um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 118 S. 2). Mit Verfügung vom 5. Juli 2011 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um zu den zusammen mit

der Berufungsantwort neu aufgestellten Behauptungen und neu eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen. Gleichfalls wurde der Prozessbeiständin der drei Kinder Gelegenheit gegeben, um Anträge im Sinne von Art. 300 ZPO zu stellen sowie um zur Berufungsbegründungsschrift und zur Berufungsantwortsschrift Stellung zu nehmen (Urk. 122). Am 18. Juli 2011 ging die Novenstellungnahme der Klägerin ein (Urk. 124). Mit Eingabe vom 26. Juli 2011 äusserte sich die Prozessbeiständin der Kinder zu den Berufungsrechtsschriften der Parteien (Urk. 125). Dazu wiederum nahmen die Klägerin mit Eingabe vom 12. Oktober 2011 und der Beklagte mit Eingabe vom 13. Oktober 2011 Stellung (Urk. 127 und Urk. 128). Am 20. April 2012 stellte die Prozessbeiständin der Kinder ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit dem Antrag, es sei für die Kinder eine Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB anzuordnen (Urk. 132). Die Kammer trat auf dieses Begehren mit Beschluss vom 23. April 2012 nicht ein, ersuchte jedoch die Vormundschaftsbehörde Richterswil, den Beistand oder die Beiständin für die drei Kinder gemäss Dispositiv-Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung zu bestellen (Urk. 133 S. 5 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Zu den von der Prozessbeiständin in der Begründung des vorsorglichen Massnahmebegehrens vorgetragene Ausführungen liessen sich die Parteien am 21. Mai 2012 beziehungsweise am 25. Mai 2012 vernehmen (Urk. 136 und Urk. 137). Diese Eingaben wurden der jeweiligen Gegenpartei sowie der Prozessbeiständin der Kinder zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugestellt (Prot. II S. 7).

II.

1. Die Sache betrifft Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB und dabei insbesondere die Zuteilung der Obhut über die gemeinsamen Kinder sowie als Folge der Kinderzuteilung auch die Regelung des Besuchsrechts und der Unterhaltsbeiträge. In den übrigen Punkten (Berechtigung zum Getrenntleben [Dispositiv-Ziffer 1], Bestellung einer Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft [Dispositiv-Ziffer 4], Herausgabeansprüche [Dispositiv-Ziffern 7 und 8]), Anordnung Gütertrennung [Dispositiv-Ziffer 9], Nichteintreten auf Antrag betreffend

Übernahme gemeinsamer Steuerschulden [Dispositiv-Ziffer 10], Festsetzung Gerichtsgebühr [Dispositiv-Ziffer 11], Kosten- und Entschädigungsfolgen [Dispositiv-Ziffern 12 und 13]) wurde die vorinstanzliche Verfügung nicht angefochten, weshalb sie insoweit in Rechtskraft erwachsen ist.

2. Während das vorinstanzliche Verfahren noch nach den Vorschriften des zürcherischen Zivilprozessrechtes geführt wurde, gelangen für das vorliegende Berufungsverfahren die Bestimmungen der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung zur Anwendung. Im Eheschutzverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Soweit in familienrechtlichen Angelegenheiten Kinderbelange zu regeln sind, gilt gemäss Art. 296 ZPO zudem der uneingeschränkte Untersuchungs- und Officialgrundsatz. Nach Art. 296 Abs. 3 ZPO entscheidet das Gericht in diesem Bereich ohne Bindung an die Parteianträge. Während das Gericht hinsichtlich der Kinderbelange gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO den Sachverhalt sodann von Amtes wegen erforscht, die Untersuchungsmaxime somit nicht eingeschränkt ist, ist sie in den übrigen Punkten des Eheschutzes als eine eingeschränkte ausgestaltet. Sie greift nur zum Ausgleich eines allfälligen Machtgefälles zwischen den Parteien, weshalb sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhaltes wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat (vgl. Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 12 ff. zu Art. 272 ZPO). Die Festlegung der zwischen den Parteien persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge unterliegt schliesslich der Dispositionsmaxime. Dieser Verfahrensgrundsatz bedeutet, dass die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können und das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO; vgl. Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 6 ff. zu Art. 58 ZPO).

3. Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und

trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese Einschränkungen bei der Vorbringung von Noven können aufgrund der anwendbaren Prozessmaximen entfallen. Die für Kinderbelange geltende Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) gebietet den Gerichten, neue Tatsachen und Beweismittel (echte und unechte Noven) bis zur Urteilsberatung und in allen Instanzen zu berücksichtigen (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 22 zu Art. 296 ZPO; van de Graaf, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 4 zu Art. 296 ZPO). In Bezug auf diejenigen Streitgegenstände, die nicht im Zusammenhang mit der Gestaltung der Eltern- und Kindesrechte stehen, besteht im Berufungsverfahren demgegenüber kein über Art. 317 ZPO hinausgehendes Novenrecht, auch wenn Art. 272 ZPO dem Gericht die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen vorschreibt. Eine analoge (sinn-gemässe) Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren (vgl. dazu Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Zürich/Basel/Genf 2010, N 14 und N 22 zu Art. 317 ZPO) ist abzulehnen, nachdem der im bundesrätlichen Entwurf enthaltene Verweis auf das erstinstanzliche Novenrecht in den parlamentarischen Beratungen durch eine eigenständige Regelung ersetzt wurde, die für Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz keine Ausnahme vorsieht (vgl. BGE 138 III 626 f. E. 2.2). Die nicht im Zusammenhang mit der Regelung von Kinderbelangen stehenden Noven sind im Berufungsverfahren demnach nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 ZPO zulässig.

4. Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

III.

A. Obhutszuteilung

1. Umstritten ist im Berufungsverfahren zur Hauptsache die elterliche Obhut über die drei gemeinsamen Kinder C._____, D._____ und E._____. Das mit der "Regelung des Getrenntlebens" (Marginalie zu Art. 176 ZGB) befasste Eheschutzgericht trifft nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen, wenn die Ehegatten unmündige Kinder haben (Art. 176 Abs. 3 ZGB). Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Nach der Rechtsprechung, welche die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid korrekt wiedergibt (Urk. 113 S. 9), hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Deren Erziehungsfähigkeit ist als Erstes zu klären. Ist sie bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die für eine harmonische Entfaltung notwendige Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Unter Umständen kann die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten (BGer vom 25. Januar 2006, 5C.212/2005 E. 4.2 und 4.4.1). Schliesslich ist - je nach Alter der Kinder - ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass die Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (vgl. die Zusammenfassung der Rechtsprechung in BGE 115 II 209 E. 4a; BGE 117 II 354 f. E. 3; BGE 136 I 180 f. E. 5.3).

2.1 Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung ihre Gründe dargelegt, weshalb die Zuteilung der Obhut an den Beklagten für sie dem Kindeswohl besser entspreche. Dabei setzte sie sich einleitend mit der Erziehungsfähigkeit der Parteien auseinander und gelangte zur Auffassung, dass in erster Linie die nicht be-

rufstätige Klägerin mit der Kinderbetreuung stark überfordert gewesen sei, obwohl der zu 100 % erwerbstätige Beklagte aufgrund der besonderen Arbeitszeiten als Bäcker einen überdurchschnittlich grossen Anteil an der Kinderbetreuung habe übernehmen können und aufgrund der Zugabe der Klägerin effektiv auch übernommen habe. Die Erziehungsfähigkeit der Klägerin stehe - so das vorinstanzliche Fazit - stark in Frage (Urk. 113 S. 10-13 und S. 16). Die Klägerin wendet sich in ihrer Berufung primär gegen die vorinstanzliche Beurteilung ihrer Erziehungsfähigkeit. Konkret wird geltend gemacht, die Vorinstanz habe die familiäre Situation und insbesondere die Beteiligung des Beklagten an der Erziehungs- und Betreuungsarbeit der Kinder falsch dargestellt sowie die ganze Verantwortung für die damaligen Verhältnisse willkürlich ihr alleine zugeschoben. Einzelne Vorfälle seien völlig übertrieben zu ihren Ungunsten dargestellt worden, und es sei willkürlich, dass die sie als absolut fähige Erzieherin und Mutter darstellenden Berichte im angefochtenen Entscheid mit keinem Wort erwähnt worden seien. Sie habe während der letzten zwei Jahre bei den regelmässigen Besuchen der Kinder bei ihr an den Wochenenden und in den Ferien unter Beweis gestellt, dass sie mit der Kinderbetreuung und Erziehung in keiner Art und Weise überfordert sei (Urk. 112 S. 3 ff.).

2.2 Die Erziehungsfähigkeit desjenigen Elternteils, der die Obhut ausüben soll, ist das wichtigste Kriterium für die Zuteilung der Kinder. Es liegt auf der Hand, dass es von vornherein nicht zum Wohl der Kinder sein kann, diese in die Obhut desjenigen Elternteils zu stellen, gegenüber dessen Erziehungsfähigkeit grösste Bedenken bestehen. Mehrere Berichte und Entscheide von Amtspersonen und Behörden machen aktenkundig, dass die Parteien für die Kinderbetreuung wiederholt um fremde Unterstützung nachsuchen mussten. In einem am 12. April 2006 verfassten Antrag auf Familienbegleitung der Erziehungsberaterin H. _____ an die Sozialbehörde I. _____ heisst es, die Eltern seien mit der Erziehung der beiden Kinder C. _____ und D. _____ überfordert. Im Weiteren wurde ausgeführt, die Mutter komme sehr schnell an ihre Grenzen mit den Kindern und könne namentlich den unruhig schlafenden und während der Nacht öfters weinenden D. _____ schlecht beruhigen und schreie das Baby in ihrer Überforderung manchmal an. Die Klägerin fühle sich schnell überfordert und wisse nicht, wie sie

den Ansprüchen aller Kinder gerecht werden und sie selber ruhig bleiben könne. Die Kinder wurden als in ihrer Entwicklung gefährdet angesehen, weil die Eltern sie nicht adäquat fördern könnten und sie in akuter Überforderung der Mutter von physischer Gewalt bedroht seien (Urk. 18/1 S. 2). Während laufender Familienbegleitung wurde im August 2006 in Absprache mit den Eltern bei der Sozialbehörde I._____ Antrag auf Kostengutsprache für den Krippenbesuch des Sohnes D._____ gestellt (Urk. 18/3 = Urk. 45/6). In der Begründung wird unter anderem ausgeführt, es habe sich gezeigt, dass der Alltag mit den Kindern für die Klägerin oft überfordernd sei. Die Klägerin brauche kinderlose Zeiten, um zur Ruhe zu kommen und weniger nervös oder zuweilen aggressiv auf die Ansprüche der Kinder reagieren zu können. Sie könne die Erziehungsaufgabe besser wahrnehmen, wenn sie einen klar in Kinderzeit, Haushaltzeit und Freizeit strukturierten Alltag habe (Urk. 18/3 S. 2). Nachdem im Abschlussbericht der Kleinkindbetreuung des Bezirkes ... (Urk. 45/13) eine deutliche Verbesserung der familiären Situation bescheinigt worden war, konnte die Familienbegleitung mit Beschluss der Fürsorgebehörde I._____ vom 4. Dezember 2006 zunächst abgeschlossen werden (Urk. 18/5 = Urk. 45/12).

2.2 Am 21. August 2007 übermittelte der behandelnde Kinderarzt Dr. J._____ der Vormundschaftsbehörde I._____ eine Gefährdungsmeldung, nachdem die Klägerin ihn aufgelöst um Rat ersucht haben soll, da sie nicht mehr mit den zwei Kindern zurecht gekommen sein soll. Abklärungen der Vormundschaftsbehörde ergaben, dass die Klägerin mit der Kinderbetreuung während einer Militärdienstabwesenheit des Beklagten überfordert war. Auf Intervention der Vormundschaftsbehörde hin wurde die Dispensation des Beklagten von der Dienstleistung erreicht, sodass dieser noch am gleichen Tag nach Hause zurückkehren konnte (Urk. 18/7 = Urk. 45/15). Im Anschluss wurden Massnahmen zur kurzfristigen Familienentlastung getroffen, welche den Besuch einer Psychotherapie durch die Klägerin und eine Tagesplatzierung des Kindes D._____ vorsahen (Urk. 18/8 = Urk. 45/16). Am tt.mm.2007 wurde das dritte Kind E._____ geboren. Mit Schreiben vom 29. Mai 2008 wurde der Sozialbehörde I._____ seitens der Familientherapeutin K._____ ein Gesuch auf Übernahme der Kosten für eine therapeutische Familienbegleitung mit ergänzender Familienentlastung durch den Beizug einer

Tagesmutter unterbreitet (Urk. 18/6; Urk. 45/9). Gemäss dem Antrag sollte die Klägerin, die nahe an einer Erschöpfungsdepression gestanden haben soll, durch den Einsatz einer Tagesmutter an zwei Tagen wöchentlich entlastet werden (Urk. 45/29). Mit Beschluss der Kommission für Stiftungen I. _____ vom 7. Juli 2008 wurden die Kosten für die Tagespflege der drei Kinder während eines halben Jahres sowie für die Fortsetzung der Paartherapie übernommen (Urk. 18/6). Am 27. November 2008 ging bei derselben Behörde ein neuerliches Gesuch um Kostengutsprache für die teilweise Fremdbetreuung der Kinder für die Dauer eines weiteren halben Jahres ein. Die den Antrag stellende Psychotherapeutin K. _____ stellte darin fest, dass bei der Klägerin eine "rechte Panik" aufkomme, wenn darüber gesprochen werde, dass sie in nächster Zeit wieder die ganze Verantwortung für die Kinderbetreuung tragen müsse (Urk. 18/9). In der Folge wurde die Übernahme der Kosten für die Tagespflege der drei Kinder an einem Tag in der Woche bewilligt (Beschluss vom 2. Februar 2009 [Urk. 18/10 = Urk. 45/20]).

2.3 Die angeführten Geschehnisse bestreitet die Klägerin nicht, wenngleich sie die Hauptursachen bei anderen Personen (so beim Beklagten, der sie nur unzureichend unterstützt haben soll [Prot. I S. 17 und S. 22], oder bei den Grosseltern väterlicherseits, die sich in die Erziehung "eingemischt" haben und ihr mit einer negativen Grundhaltung begegnet sein sollen [Urk. 72 S. 4 f.; Urk. 97 S. 14]) oder in den gegebenen Lebensumständen (partnerschaftliche und finanzielle Probleme [Prot. I S. 22; Urk. 72 S. 6; Urk. 97 S. 13]) verortet. Vor allem aber macht die Klägerin geltend, es sei ihr von der Vorinstanz aufgrund dieser Ereignisse zu Unrecht eine mangelhafte Erziehungsfähigkeit attestiert worden. Es sei nichts Aussergewöhnliches, dass eine Mutter in manchen Situationen an ihre körperlichen Grenzen komme (Urk. 112 S. 4 f.). Diese Einwendungen sind unter den gegebenen Umständen nicht stichhaltig. Es mag zutreffen, dass viele Eltern bei der Kinderbetreuung zuweilen an die Grenze ihrer Belastbarkeit stossen. Richtig sein mag auch, dass verschiedene schwierige Begleitumstände die Belastungen der anspruchsvollen Betreuung von mehreren kleineren Kindern akzentuiert haben. Dass die familienunterstützenden Massnahmen - wie die Klägerin behauptet (vgl. Urk. 112 S. 5) - denn auch nur nötig geworden seien, weil sich der Beklagte zu wenig um die junge Familie gekümmert und die Finanzen nicht im Griff gehabt

haben soll, lässt sich indessen nicht bestätigen. Den mit den Familienverhältnissen befassten Behörden ist nicht entgangen, dass der Vater aufgrund seiner Arbeitszeiten die Mutter bei der Kinderbetreuung tagsüber nicht substantiell entlasten konnte (vgl. ausdrücklich Urk. 18/3 S. 2). Die familienbegleitenden Massnahmen fokussierten erkennbar auf dem Aufbau erzieherischer Kompetenzen bei beiden Eltern sowie auf der zeitlichen Entlastung der hauptbetreuenden Mutter. Dass die überwiegenden Gründe für die über all die Jahre hinweg zu beobachtende Überforderung der Eltern beim zwischenzeitlich fehlenden Schlafrhythmus von D. _____ lagen (vgl. Urk. 112 S. 5), erscheint sodann schon deshalb nicht einsichtig, weil das Kind nach eigener Darstellung der Klägerin offenbar ab Mai 2006 wieder regelmässig in der Nacht durchgeschlafen hat (Urk. 97 S. 2). Entsprechend wurde bereits im Beschluss der Sozialbehörde vom August 2006 betreffend die erstmalige Gewährung der Kostengutsprache für den Krippenbesuch von D. _____ und danach in allen weiteren Entscheiden zu den getroffenen Massnahmen allgemein mit der Notwendigkeit der Entlastung der Eltern und insbesondere der Klägerin argumentiert. Die dokumentierte Überforderungsproblematik hat sich nach dem Gesagten über mehrere Jahre hinweg immer wieder aktualisiert und stellte damit nicht nur eine einmalige und momentane Situation dar. Die Vorinstanz hat daher richtig festgestellt, dass die Eltern während der Dauer des Zusammenlebens mit der Kinderbetreuung oft überfordert gewesen seien (Urk. 113 S. 10).

2.4 Zu Unrecht kritisiert werden in der Berufungsschrift die weiteren Ausführungen der Vorinstanz, wonach die Klägerin, die aufgrund der familiären Aufgabenteilung in erster Linie mit der Kinderbetreuung betraut gewesen sei, mit dieser Aufgabe anhaltend massiv überfordert gewesen sei, sodass ihre Erziehungsfähigkeit in Frage stehe (Urk. 113 S. 11 und S. 16). Die Klägerin hat selbst wiederholt darauf hingewiesen, dass sie die Kinder vor der Trennung vollumfänglich alleine betreut habe (Urk. 97 S. 4; Urk. 112 S. 6). Wenn sie nun aber - wie durch die Akten hinlänglich belegt ist - bis kurz vor der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Jahre 2009 mehrfach mit der Betreuung und Erziehung der Kinder überfordert war, sind die Erwägungen der Vorinstanz offensichtlich nachvollziehbar. Den Herausforderungen der familiären und erzieherischen Aufgaben war die Klägerin

wiederholt nicht gewachsen. Die sich zahlreich ereignenden Vorfälle können nicht mehr als Ausdruck einer im üblichen Mass liegenden Fehlbarkeit von Eltern betrachtet werden. Auch wenn die Klägerin im Berufungsverfahren deren Bedeutung herabzumindern versucht (Urk. 112 S. 5), haben ihre Überforderungszustände eine Gefährdungsmeldung des Kinderarztes ausgelöst und wurde die Klägerin von ihrer Hausärztin wegen einer sich anbahnenden Erschöpfungsdepression zu einer Psychotherapie (vgl. Prot. I S. 22; Urk. 72 S. 7) überwiesen. Soweit die Klägerin die Singularität der Ereignisse während der militärdienstbedingten Abwesenheit des Beklagten im August 2007 unterstreicht (Urk. 112 S. 5), ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin sich gemäss einem Bericht von Dr. med. L. _____ bereits im Januar 2006 über die Überlastung bei der Betreuung zweier Kinder beklagt hatte (Urk. 73/6; vgl. auch Urk. 18/33 S. 8). An diesen vergangenen Sachverhalten durfte sich die Vorinstanz orientieren und daraus für die Zukunft den Schluss ziehen, die Klägerin biete keine ausreichende Gewähr für die optimale Betreuung der Kinder. Soweit die Klägerin in diesem Zusammenhang von haltlosen beziehungsweise gar diffamierenden "Unterstellungen" durch den erstinstanzlichen Eheschutzrichter spricht (Urk. 112 S. 14), handelt es sich von vornherein nicht um eine sachliche Auseinandersetzung mit dem vorliegenden Zuteilungskonflikt. Dass die Gefahr von sich auf das Kindeswohl nachteilig auswirkenden Überforderungssituationen nunmehr nicht mehr bestehen soll, lässt sich nicht mit dem klägerischen Hinweis auf den bisher reibungslosen Verlauf des Besuchs- und Ferienrechts (Urk. 97 S. 11; Urk. 112 S. 13) untermauern. Denn die vorübergehende Betreuung während Besuchs- oder Ferienaufenthalten ist etwas grundlegend anderes als die Bewältigung des erzieherischen Alltags. Schliesslich schien auch die Prozessbeiständin davon auszugehen, dass die Klägerin zur verantwortlichen Erfüllung der Erziehungsaufgabe einer zeitlichen Entlastung bedürfe, hat sie doch beantragt, es sei für die beiden jüngeren Kinder an mindestens zwei Tagen in der Woche die Betreuung in der Krippe zu veranlassen (Urk. 75 S. 7).

3.1 Zur Frage der Erziehungsfähigkeit der Parteien hat die Vorinstanz bei Dr. med. M. _____, Facharzt Kinder- und Jugendpsychiatrie Psychotherapie FMH, ein kinderpsychiatrisches Gutachten eingeholt (Urk. 85 und Urk. 86). In der angefochtenen Verfügung zitiert die Vorinstanz im Hinblick auf die Erziehungsfähigkeit der

Klägerin die Erkenntnis des am 8. Mai 2010 erstatteten Gutachtens, wonach die Klägerin noch zu wenig belastbar sei, um in erzieherischer Hinsicht die volle Verantwortung für die drei Kinder zu übernehmen (Urk. 113 S. 13 f.). Nach dem Dafürhalten der Klägerin hätte die Vorinstanz auf dieses Gutachten nicht abstellen dürfen. Sie verweist dabei auf eine vorinstanzliche Stellungnahme, in welcher sie das Gutachten zufolge Parteilichkeit, Unvollständigkeit und Widersprüchlichkeit als ungenügend beanstandet hatte (Urk. 112 S. 11; Urk. 97). Soweit die Klägerin die Schlussfolgerungen des Gutachtens an mehreren Stellen mit der Bemerkung zu widerlegen versuchte, sie sei während des Zusammenlebens zur Kinderbetreuung in der Lage gewesen (vgl. beispielsweise Urk. 97 S. 6 und S. 1), ist darauf nicht weiter einzugehen. Bereits wurde dargelegt, weshalb das frühere Verhalten der Klägerin Veranlassung zu Zweifeln bezüglich ihrer Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit gegeben hat. Den Einwand der Klägerin, es sei deplatziert, ihr die Erziehungsfähigkeit abzusprechen, weil sie nicht arbeite (Urk. 97 S. 12), hat bereits die Vorinstanz mit zutreffender Begründung entkräftet (Urk. 113 S. 14). Was die Klägerin dem Gutachter vorwirft, hat dieser gar nicht gesagt. Genau betrachtet hat dieser stattdessen die Auffassung vertreten, die Klägerin sei aufgrund der unsicheren persönlichen und finanziellen Situation noch zu wenig belastbar, um die erzieherische Verantwortung für die drei Kinder alleine zu übernehmen (Urk. 86 S. 11 f.). Damit wurden die ungefestigten wirtschaftlichen Verhältnisse der Klägerin angesprochen, welche sich nach Aufgabe des gemeinsamen Haushaltes und den daraus resultierenden Mehrkosten noch angespannter präsentieren. Auch wenn die Klägerin inzwischen teilzeitlich erwerbstätig ist (Urk. 112 S. 12; Urk. 116/3), muss sie nach wie vor von der Sozialhilfe unterstützt werden (Urk. 116/1). Daher sind gerade die wirtschaftlichen Probleme - entgegen dem, was die Klägerin anzunehmen scheint (Urk. 97 S. 13) - wie auch die übrigen Herausforderungen des Lebens eben nicht einfach "weg". Es wirkt demnach entgegen der Ansicht der Klägerin weder konstruiert noch widersprüchlich (Urk. 97 S. 15), sondern vielmehr plausibel, wenn der Gutachter abschliessend festhielt, ein Obhutswechsel sei momentan nicht empfehlenswert, weil bei der Klägerin hinsichtlich ihrer Erziehungsfähigkeit derzeit eine zu grosse Unsicherheit bestehe (Urk. 86 S. 13).

3.2 Gleichermassen unberechtigt ist damit auch die Kritik der Klägerin, der Gutachter habe in unprofessioneller Weise die vom Beklagten bezüglich ihrer Erziehungseignung geäusserten Zweifel "tel quel" übernommen (Urk. 97 S. 6). Die Klägerin und die Prozessbeiständin bringen gegen das vorliegende Gutachten überdies vor, die Schlussfolgerungen beruhten auf Einseitigkeit, da nur die Situation habe analysiert werden können, in welcher die Kinder beim Beklagten gelebt hätten, und nicht gesagt werden könne, wie sich die Kinder unter der Obhut der Mutter entwickelt hätten (Urk. 91 S. 2; Urk. 112 S. 11). Es gehört geradezu zu einer gewissenhaften Erfüllung des Gutachtensauftrages, dass die konkreten Fragestellungen anhand der in tatsächlicher Hinsicht gegebenen Prämissen untersucht werden. Die gutachterliche Einschätzung der Erziehungsfähigkeit der Klägerin beruhte denn auch nicht auf irgendwelchen Mutmassungen und Hypothesen, sondern auf den dem Gutachter zur Verfügung gestellten Akten und den aus eigener Exploration gewonnenen Erkenntnissen. Tragendes Element der fachärztlichen Abklärung bildete insofern auch der auf mehreren Gesprächen basierende Eindruck, die Klägerin sei psychisch zu wenig stabil (Urk. 86 S. 10). Damit hat der Gutachter die psychische Verfassung als Ganzes angesprochen und entgegen der Deutung der Klägerin (vgl. Urk. 97 S. 10) nicht bloss isoliert eine übersteigerte Emotionalität im für alle Beteiligten äusserst gefühlsbelasteten Trennungsgeschehen festgestellt. Auch wenn in die Gutachtenserstellung naturgemäss keine Beobachtungen über die alleinige Obhutsausübung durch die Klägerin einfliessen konnten, lagen dem Gutachten in Form der Auseinandersetzung mit der Klägerin als Person sowie mit der Biografie ihres bisherigen Erziehungsverhaltens durchaus taugliche Erhebungen zugrunde. In der übrigen Stellungnahme zum Kindergutachten befasste sich die Klägerin mit den vom Gutachter angeblich unzutreffend wiedergegebenen eigenen Aussagen oder mit der Richtigstellung ihrer Ansicht nach nicht wahrheitsgetreuer Ausführungen des Beklagten und seiner Eltern, ohne dabei darzulegen, dass und inwiefern sich einzelne dieser angeblich falschen Darstellungen auf die Begutachtungsergebnisse ausgewirkt haben sollen. Insgesamt erweist sich das vorliegende Gutachten zur Klärung der Obhutsproblematik als hilfreich und als genügend. Durch die Ergebnisse des Gut-

achtens werden die sich bereits aufgrund früherer Vorkommnisse ergebenden Bedenken hinsichtlich der Kinderbetreuungsfähigkeit der Klägerin gestützt.

3.3 Als willkürlich bezeichnet es die Klägerin, dass im angefochtenen Entscheid Berichte, welche sie als absolut fähige Erzieherin und Mutter darstellten, mit keinem Wort erwähnt würden. Sie verweist dabei auf eine zu den Akten gegebene schriftliche Erklärung von N._____, Gemeinderätin in I._____, welche die Klägerin und die drei Kinder sehr gut kennen würde (Urk. 112 S. 6; Urk. 35/2 = Urk. 45/30). In diesem Schreiben werden die menschlichen und erzieherischen Qualitäten der Klägerin in den Vordergrund gerückt und die Auffassung geäußert, dass die Klägerin die Obhut über die drei Kinder sehr gut wahrnehmen könne. Im teilweisen Widerspruch zum Inhalt sämtlicher Beschlüsse der Fürsorgebehörde führt N._____ unter anderem aus, dass den Parteien ermöglicht worden sei, die Kinder während zweier Tagen pro Woche einer Tagesmutter anzuvertrauen, damit sie sich einer Paartherapie unterziehen und wenigstens einen Teil ihrer Zeit gemeinsam gestalten könnten (Urk. 35/2 S. 2). Damit wird der unzutreffende Eindruck erweckt, die durch den Beizug einer Tagesmutter vermittelte Familienentlastung habe nicht primär der Erholung der durch die Kinderbetreuung stark geforderten Klägerin gedient. Fragwürdig erscheint neben der wohl allzu apodiktischen Bemerkung, nur die Klägerin als leibliche Mutter könne das Wohl der Kinder erfüllen, auch die Tatsache, dass in diesem Schreiben nicht etwa der alltägliche Umgang mit den Kindern, sondern die vom Beklagten tagsüber benötigte Ruhe als Stressfaktor für die Klägerin bezeichnet wurde (Urk. 35/2 S. 2). Bei K._____, welche sich im Verlauf des vorliegenden Eheschutzverfahrens wiederholt für eine Obhutzuweisung an die Klägerin eingesetzt hat (vgl. Urk. 33; Urk. 35/1; Urk. 45/1+2), handelt es sich um die behandelnde Psychotherapeutin der Klägerin. Über das insoweit besondere Nahverhältnis zur Klägerin hinaus fehlt es ihren Berichten auch inhaltlich an der vorauszusetzenden Unvoreingenommenheit. Auffallend ist insbesondere, dass sie im Trennungskonflikt eindeutig Stellung bezieht (vgl. Urk. 33: "Die Kinder wurden vom Ehemann buchstäblich entführt.") oder offensichtlich Schilderungen der Klägerin unreflektiert übernimmt (vgl. Urk. 35/1 S. 2: "Ich darf nochmals erwähnen, dass Frau A._____ während den ersten fünf Ehejahren weitgehend allein für die Kinder zuständig war."; Urk. 35/1 S. 3: "Die

Grossmutter väterlicherseits hat sich Frau A._____ gegenüber bereits kurz nachdem sie schwanger war sehr despektierlich geäussert."). Die Therapeutin hat sich nicht zuletzt auch zu Sachverhaltselementen geäussert, die in keinem ersichtlichen Zusammenhang mit der Erziehungsfähigkeit der Mutter oder mit dem Wohl der Kinder stehen (beispielsweise Zusprechung der ehelichen Wohnung [Urk. 35/1 S. 3]). Dass das Kindeswohl - wie von K._____ festgehalten wurde (Urk. 35/1 S. 3) - "keinen Moment" gefährdet gewesen sei, widerspricht schliesslich sowohl der Einschätzung der Erziehungsberaterin H._____ (vgl. Urk. 18/1) als auch derjenigen des Kinderarztes Dr. med. J._____ (vgl. Urk. 18/7). Insgesamt können die erwähnten Einlassungen zur Ausräumung der Vorbehalte hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit der Klägerin ebenso wenig hergeben wie die weiteren in diesem Kontext zitierten Schreiben und Berichte (Urk. 73/1+2; Urk. 98). Diesen Unterlagen konnte und kann damit nicht die Beachtung zukommen, welche die Klägerin ihnen zumessen will. Die vom Beklagten aufgeworfene Frage nach der prozessualen Verwertbarkeit aller dieser schriftlichen Ausführungen (Urk. 118 S. 5) braucht nicht mehr erörtert zu werden.

3.4 Die Klägerin rügt schliesslich, die Vorinstanz habe die Darlegungen der Prozessbeiständin der Kinder, welche ihr Erziehungsfähigkeit attestiert habe, zu Unrecht völlig ausser Acht gelassen (Urk. 112 S. 8 f.). Vorab trifft nicht zu, dass die Vorinstanz die Vorbringen der Prozessbeiständin zu den erzieherischen Kompetenzen der Klägerin mit "keinem Wort" erwähnt hätte. In ihrer Entscheidungsbegründung hat sich die Vorinstanz sehr wohl mit der Darstellung der Prozessbeiständin zu den familiären Verhältnissen der Parteien und den von ihr daraus gezogenen Schlüssen betreffend die Wahrnehmung der Erziehungs- und Betreuungsaufgaben befasst (Urk. 113 S. 11 ff.). Wohl ist richtig, dass die Prozessbeiständin ihre Tätigkeit am Kindeswohl auszurichten und vor Vorinstanz beantragt hat, die Kinder seien unter die Obhut der Klägerin zu stellen (Urk. 75 S. 1). Das Eheschutzgericht ist jedoch genau so wenig an die Anträge und Vorbringen der Prozessbeistandschaft gebunden wie an diejenigen der Parteien. Die Vorinstanz hat denn auch dargelegt, weshalb aus ihrer Sicht dem Antrag der Prozessbeiständin nicht gefolgt werden konnte. Inhaltlich lassen sich den Ausführungen der Prozessbeiständin keine eindeutigen Ausschlusskriterien in Bezug auf einen Elternteil ent-

nehmen. Sie nennt auch keine Sachumstände, welche die Zuteilung an einen Elternteil als zwingend erscheinen lassen müssten. Soweit die Prozessbeiständin gewisse Vorbehalte bezüglich der Erziehungsfähigkeit des Beklagten angedeutet hat, wird darauf ebenso zurückzukommen sein wie auf die Schilderungen über die Willenskundgebungen der Kinder (Urk. 75 S. 5 f.; vgl. dazu nachstehende Erwägungen III.A/4.1 und 6.2). Im Hinblick auf die von der Prozessbeiständin unter dem Titel "Schutzfaktoren kindlicher Entwicklung" angeführten mannigfachen Belastungen der Kinder in der Trennungssituation (Urk. 75 S. 4 ff.) ist es grundsätzlich - abgesehen von graduellen Unterschieden - nicht so sehr von Belang, mit welchem Elternteil die Kinder nach der Trennung zusammenleben. Die vom Kind zu verarbeitenden Veränderungen in der bisher bekannten Alltags- und Familienstruktur bleiben unabhängig von der Obhutszuteilung bestehen. Den von der Prozessbeiständin erwähnten Verlustängsten soll durch die Ausübung des hier wechselseitig zuerkannten Besuchsrechts entgegengewirkt werden, indem die Kinder nach der Trennung auch zum nicht obhutsberechtigten Elternteil eine echte und tragfähige Beziehung unterhalten können.

4.1 Gestützt auf das kinderpsychiatrische Gutachten hat die Vorinstanz dem Beklagten eine gute Erziehungsfähigkeit attestiert. Der Beklagte habe gemäss Gutachten einen ruhigen und gelassenen Eindruck hinterlassen im Umgang mit den drei Kindern und scheine geeignet zu sein, die Erziehung und Betreuung der Kinder zu übernehmen. Zudem hätten sich die Kinder - fuhr die Vorinstanz fort - sehr positiv entwickelt, seit sie unter der Obhut des Beklagten lebten (Urk. 113 S. 13 ff.). Dagegen wendet die Klägerin im Berufungsverfahren ein, die Erziehungsfähigkeit des Beklagten sei nicht gegeben beziehungsweise gar nicht beurteilbar, da er die Kinder nicht alleine betreue und keinen Haushalt führe (Urk. 112 S. 13). Mit diesen Vorbringen verknüpft die Klägerin wiederum mehrere Einwendungen gegenüber den Ausführungen im Gutachten von Dr. med. M._____, welche von der Prozessbeiständin der Kinder teilweise geteilt werden. Insbesondere stellt die Klägerin die Seriosität des Gutachtens in Frage, weil der Beklagte einzig aufgrund seiner ruhigen und gelassenen Art als erziehungsbefähigt angesehen worden sei (Urk. 97 S. 13). Wie der Klägerin bereits von der Vorinstanz auseinandergesetzt wurde (Urk. 113 S. 14), hat der Gutachter in diesem Zusammenhang

einerseits auf die enge und herzliche Beziehung des Vaters zu den Kindern und andererseits auf die positive Entwicklung der Kinder hingewiesen (Urk. 86 S. 8 und S. 9). Beide Aussagen werden von der Klägerin inhaltlich im Grunde nicht angegriffen. Ihre Vorbringen, wonach die Kinder auch vor der Aufgabe des gemeinsamen Haushaltes eine gute Zeit gehabt hätten und die Darlegungen des Gutachters das Gegenteil suggerierten (Urk. 97 S. 7 und S. 12), gehen an der Sache vorbei. Die Aussage des Gutachters bezog sich ausschliesslich darauf, dass die Entwicklung der Kinder vor dem Hintergrund des für sie krisenhaften Lebensereignisses der Elterntrennung und den daraus resultierenden Belastungen und Unsicherheiten erfreulich verlief und sie auf die Trennung der Eltern beispielsweise nicht mit Verhaltensauffälligkeiten reagiert haben (vgl. Urk. 86 S. 11). Mehr oder anderes wollten diese gutachterlichen Feststellungen nicht besagen, weshalb der auch an dieser Stelle erhobene Vorwurf der Klägerin einer parteiischen und tendenziösen Gutachtenserstellung (vgl. Urk. 97 S. 14) unberechtigt ist. Alle sachverständigen Befunde und Empfehlungen haben sich auf die Entwicklung der Kinder in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft zu beziehen. Dabei ist neben anderem bedeutsam, wie die Kinder die durch das Trennungsgeschehen ausgelösten Belastungen bewältigen, welche auch nach Darstellung der Klägerin nicht unerheblich waren (vgl. Urk. 97 S. 14: "[...], nachdem was sie alles erlebt haben."). Das Gutachten wäre lückenhaft, hätte es unter diesem Aspekt nicht auch den Zeitraum nach der vorsorglichen Unterstellung der Kinder unter die Obhut des Beklagten bewertet. Die darauf abzielende Fragestellung der Vorinstanz (vgl. Urk. 85 S. 3 Frage 3b) konnte demnach entgegen der Ansicht der Klägerin und der Prozessbeiständin (Urk. 112 S. 11; Urk. 91 S. 4) nicht einzig der "Rechtfertigung" des für die Dauer des Eheschutzverfahrens getroffenen Obhutszuteilungsentscheides gedient haben und kann erst recht nicht als irrelevant bezeichnet werden. Die Klägerin bestreitet nicht, dass es den Kindern abgesehen von der durch die Trennung der Eltern verursachten psychischen und emotionalen Beeinträchtigungen grundsätzlich gut geht. Weshalb die Klägerin im gleichlautenden Befund des Gutachters dennoch ein Anzeichen für dessen fehlende Unabhängigkeit erblicken will (vgl. Urk. 97 S. 9), ist nicht nachvollziehbar.

4.2 In tatsächlicher Hinsicht steht unangefochten fest, dass sich der in der Nacht erwerbstätige Beklagte an den Nachmittagen jeweils während mehrerer Stunden persönlich um die Kinder kümmert. Vor dem Hintergrund des im Gutachten zutreffend hervorgehobenen Wohlergehens der Kinder hat dies der Vorinstanz auf das Fehlen von Erziehungsdefiziten zu schliessen gestattet hat. Dass ein nicht unwesentlicher Teil der Kinderbetreuung bei den Grosseltern väterlicherseits verblieb beziehungsweise verbleibt, ändert daran nichts. Die zeitliche Verfügbarkeit des Beklagten zur Betreuung der Kinder, welche von der Klägerin zuweilen abwertend apostrophiert wurde (vgl. Urk. 112 S. 14: "Assistent der Grossmutter"), betrifft im Übrigen ohnehin nicht die Frage nach der grundsätzlichen Erziehungsfähigkeit. Weitere relevante Ausführungen, welche gegen die Erziehungsfähigkeit des Beklagten sprechen, fehlen in den Rechtsschriften der Klägerin und der Prozessbeiständin. Insbesondere dem an die Adresse des Beklagten gerichteten Vorwurf, er fördere und unterstütze die Beziehung der Kinder zur Mutter nicht (Urk. 127 S. 4), mangelt es an einer nachvollziehbaren Grundlage. Die Klägerin legt nicht unter Anführung konkreter Vorkommnisse dar, inwiefern die Einsicht des Beklagten zur Gewährung des Kontaktes der Kinder zum getrennt lebenden Elternteil nur unzureichend vorhanden wäre. Die Behauptung der Prozessbeiständin, der Beklagte sei noch nicht in der Lage, Anliegen und Bedürfnisse der Kinder wahrzunehmen (Urk. 75 S. 5 f.), wird nicht weiter substantiiert und lässt sich in dieser pauschalen Form auch nicht erhärten. Gegenteilig ist unbestritten geblieben, dass die drei Kinder aufgrund häufiger Besuche eine intensive Bindung zur Mutter aufrecht erhalten haben. Für die Beibehaltung einer tragfähigen Beziehung der Kinder zum nicht obhutsberechtigten Elternteil ist der persönliche Kontakt von vorrangiger Bedeutung. Die Klägerin selbst hat berechtigterweise ihre herzliche und liebevolle Beziehung zu ihren Kindern betont (Urk. 112 S. 15). Objektiv betrachtet hat die Klägerin demnach auch keinen Grund für die weitere Befürchtung, das angespannte Verhältnis zwischen ihr und den Grosseltern väterlicherseits könnte sich negativ auf die Mutter-Kind-Beziehung auswirken (Urk. 97 S. 14). Weshalb die Prozessbeiständin unter Hinweis auf die angeblich fehlende Präsenz der Mutter (beispielsweise in Form von Fotos, Zeichnungen oder Briefen) im Haushalt des Beklagten im Berufungsverfahren unverändert von der Gefahr der "totalen Ableh-

nung" der Mutter durch die Kinder spricht (Urk. 125 S. 5 f.; Urk. 132 S. 3), ist nicht einsichtig. Dass schliesslich die Kommunikation zwischen den Parteien im Vorfeld von die Kinder betreffenden Entscheidungen - wie insbesondere die Prozessbeiständin geltend gemacht hat (Urk. 125 S. 6, vgl. auch Urk. 127 S. 4 und Urk. 132 S. 3) - nicht immer einwandfrei verlief, mag zutreffen und wird vom Beklagten auch nicht bestritten (vgl. Prot. I S. 36; Urk. 136 S. 3). Entgegen dem, was in den Eingaben der Prozessbeiständin und der Klägerin insinuiert wird, lässt sich daraus jedoch nicht ableiten, dem Beklagten würde es an der Bereitschaft zum zuverlässigen und nachhaltigen Zusammenwirken in Kinderbelangen fehlen.

4.3 In der täglichen Betreuung der Kinder spielten die Grosseltern väterlicherseits seit der Trennung der Parteien eine wesentliche Rolle, indem sie die Kinderbetreuung während der berufsbedingten Abwesenheit des Beklagten übernahmen. Die Vorinstanz hat diesbezüglich festgehalten, der Beklagte habe sich auf eine bewährte familiäre Unterstützung verlassen können (Urk. 113 S. 17). Die Klägerin behauptet nicht, aus den vorliegenden Akten lasse sich diese Schlussfolgerung nicht ziehen. Dass die bis anhin praktizierte Betreuungssituation von der Bereitschaft und dem Leistungsvermögen der Grosseltern abhängig ist, versteht sich von selbst. Darauf bezugnehmend wurde denn auch im Gutachten ausgeführt, der Beklagte habe sich in eine Abhängigkeit begeben, die sich dann nachteilig für die Kinder auswirken könnte, wenn die Grossmutter väterlicherseits nicht zuletzt aus gesundheitlichen Gründen ihren "Job als betreuende Grossmutter" würde abgeben wollen (Urk. 86 S. 9 und S. 12). Auch wenn die Klägerin verschiedentlich gesundheitliche Beschwerden der Grossmutter väterlicherseits angeführt hat (Urk. 97 S. 8; Urk. 112 S. 15 f.), bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich diese Eventualität in nächster Zeit erfüllen würde und der Beklagte deswegen die Kinderbetreuung neu zu organisieren hätte. Ebenfalls ungewiss ist ein allfälliges Zusammenziehen des Beklagten mit seiner neuen Partnerin (vgl. Urk. 86 S. 12). Mit einer personellen Änderung im Betreuungsumfeld des Beklagten muss demnach für die hier massgebliche Perspektive nicht gerechnet werden, weshalb insoweit weiterhin von stabilen Betreuungsverhältnissen auszugehen ist. Die Klägerin und mit ihr die Prozessbeiständin geben des Weiteren zu bedenken, dass der Beklagte ein bequemes Leben führe, indem er weiterhin im "Hotel Ma-

ma" wohne und sich und die drei Kinder dort betreuen lasse sowie aufgrund der von den Grosseltern übernommenen Haushaltsarbeit vor allem "Quality-Time" mit den Kindern verbringen könne (Urk. 97 S. 13; Urk. 125 S. 3; Urk. 127 S. 2). Bezüglich dieser und aller weiteren um das stets gleiche Argument kreisenden Vorbringen ist festzuhalten, dass es bei der Obhutszuteilung nicht darum gehen kann, eine Gleichberechtigung der Eltern anzustreben, sondern nur das Wohl der Kinder entscheidend ist.

4.4 Die Klägerin hat im Verlauf des Verfahrens verschiedentlich angedeutet, dass die Kinder sich bei den Grosseltern väterlicherseits nicht wohl fühlten. Die entsprechenden Ausführungen stützen sich ausschliesslich auf Aussagen der Kinder, welche diese gegenüber der Klägerin gemacht haben sollen. So soll C._____ gesagt haben, sie habe vor den Grosseltern Angst und fühle sich bei der Klägerin entspannter. D._____ soll sich dahingehend geäussert haben, dass die Grosseltern gemein zu ihm seien und ihn "auf's Füdli" schlagen würden, wenn er nicht folge. Auch fühle er sich ungerecht behandelt (Urk. 112 S. 15). Ausserdem hat die Klägerin behauptet, die Kinder würden vom Beklagten und von den Grosseltern in den Keller gesperrt, wenn sie weinten oder nicht folgten (Urk. 72 S. 18; Urk. 97 S. 8). Im Rahmen der Begutachtung konnten keine Hinweise auf mit Blick auf das Kindeswohl unsachgemässes Verhalten entweder der Grosseltern oder aber des Beklagten ausgemacht werden. Die gutachterlich attestierte und von der Klägerin nicht in Abrede gestellte erfreuliche Entwicklung der Kinder "im Umfeld des Beklagten in G._____" (Urk. 86 S. 11) zielte auf das gesamte Betreuungskonzept und damit auch auf den von den Grosseltern geleisteten Beitrag ab. So dann hat das älteste Kind C._____, das sich nach der Einschätzung des Gutachters offen und differenziert geäussert hat, weder von Angstgefühlen noch von negativen Erfahrungen während der Betreuung durch die Grosseltern berichtet. Die Vorbehalte der Klägerin kumulierten letztlich in der Aussage, die Grossmutter väterlicherseits sei zu streng mit den Kindern und verfolge eine schon längst überholte Erziehungsstrategie (Urk. 97 S. 7 und S. 8). Bloss mit einer abweichenden Auffassung betreffend den adäquaten Erziehungsstil lässt sich nicht darlegen, dass die Kinder während der beruflichen Abwesenheit des Beklagten in der Obhut der Grosseltern nicht gut aufgehoben wären. Dagegen sprechen nicht zuletzt ei-

gene Vorbringen der Klägerin, wonach sich die Grosseltern väterlicherseits sicher Mühe gäben bei der Erziehung und Betreuung der Kinder (Urk. 97 S. 12), sowie die Schilderungen der Prozessbeiständin, wonach sich namentlich die Grossmutter engagiert für die Kinder einsetze und wichtige Erziehungsaufgaben leiste (Urk. 132 S. 3). Bei dieser Ausgangslage war es - entgegen der Ansicht der Klägerin (Urk. 97 S. 8) - nicht Aufgabe des Sachverständigen, unterschiedliche Erziehungsstile der Eltern oder mit der unmittelbaren Betreuung der Kinder beschäftigter Drittpersonen gegeneinander abzuwägen.

5.1 Aus dem bisher Ausgeführten ergibt sich, dass die Vorinstanz mit Recht einerseits Bedenken bezüglich der Erziehungsfähigkeit der Klägerin gehegt und andererseits festgestellt hat, die Kinder seien im Haushalt des Beklagten und seiner Eltern gut aufgehoben. Namentlich das Zuteilungskriterium der Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit durfte dabei so weit priorisiert werden, dass die bei der Klägerin unbestrittenermassen in wesentlich grösserem Ausmass vorhandene Möglichkeit der unmittelbaren persönlichen Betreuung (vgl. Urk. 113 S. 15) nicht mehr entscheidend ins Gewicht fiel. Nachdem die drei Kinder im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides bereits rund zwei Jahre unter der Obhut des Beklagten gelebt hatten, hat die Vorinstanz unter dem Kriterium der Stabilität der Verhältnisse überdies geprüft, ob sich ein Obhutswechsel allenfalls nachteilig auf das Kindeswohl auswirken würde. Dem Bedürfnis der Kinder nach der für eine harmonische Entfaltung in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendigen Stabilität der Verhältnisse ist stets Rechnung zu tragen (BGE 114 II 201 f. E. 3; BGer vom 7. Juni 2010, 5A_22/2010 E. 7.2). Die Klägerin rügt in diesem Zusammenhang, es könne nicht sein, dass der Vater die Kinder gegen den Willen der Mutter aus der Familienwohnung kurzerhand fortbringe und in der Folge das Verfahren verschleppt werde, um dann zu sagen, die Kinder könnten nicht mehr zurückgebracht werden, da die stabilen Verhältnisse im Vordergrund stünden (Urk. 112 S. 10 f.). Auch die Prozessbeiständin hat im Rahmen des Berufungsverfahrens ausgeführt, es habe sich im vorliegenden Fall bewahrheitet, dass derjenige Elternteil, der vor dem Eheschutzverfahren die Kinder aus dem gemeinsamen Haushalt nehme, Verhältnisse schaffe, die schliesslich zu seinen Gunsten sprächen und den Kindeswillen unbeachtet liessen (Urk. 125 S. 6).

5.2 Der damit implizit erhobene Vorwurf der Klägerin und der Prozessbeiständin, der Beklagte habe durch die Herausnahme der Kinder aus dem gemeinsamen Haushalt in Missachtung des Kindeswillens die Erfolgsaussichten im Obhutsstreit verbessern wollen, lässt sich letztlich nicht belegen. Der Beklagte hat die eheliche Wohnung am 19. März 2009 zusammen mit den Kindern verlassen und ist zu seinen Eltern nach G._____ gezogen. Zuzufolge konträrer Darstellungen der Parteien (vgl. nur Prot. I S. 2 und S. 11) kann nicht eruiert werden, ob die Mitnahme der Kinder nach G._____ in Absprache mit der Klägerin erfolgte. Indessen wurde in einem Protokoll vom 28. März 2009 über eine Besprechung der Parteien im Rahmen der Familientherapie festgehalten, dass die Klägerin "für den Moment (bis spätestens 5. April 2009)" mit dem Aufenthalt der Kinder im Haushalt der Eltern des Beklagten einverstanden sei (Urk. 18/34). Am 16. April 2009 einigten sich die Parteien rund einen Monat später für die bis zur Hauptverhandlung vor Vorinstanz verbleibende Zeit vorläufig dahingehend über die Kinderbetreuung, dass die Kinder sich in einem Rhythmus von jeweils mehreren Tagen beim einen und dann wieder beim anderen Ehegatten aufhalten sollten (Urk. 15). Mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde I._____ vom 16. April 2009 wurde den Parteien im Sinne von Art. 307 Abs. 1 ZGB die Weisung erteilt, sich bis zum Zeitpunkt der Gerichtsverhandlung am 11. Mai 2009 an diese vorläufige Betreuungsregelung zu halten (Urk. 14). Die Klägerin hat bestätigt, dass sie die Kinder gemäss der Betreuungsvereinbarung vom 16. April 2009 bis 1. Mai 2009 und zuvor am Nachmittag des 27. März 2009 bei sich hatte (Prot. I S. 5 f.). Die von der Klägerin auch im Berufungsverfahren vorgetragene Schilderung, wonach der Beklagte die Kinder der Mutter "beraubt" und dadurch "traumatisiert" habe (Urk. 112 S. 4), ist damit zu relativieren. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 11. Mai 2009 wurde die Obhut über die drei Kinder für die Dauer des Eheschutzverfahrens schliesslich mit sofortiger Wirkung dem Beklagten übertragen, und es wurde festgestellt, dass die Kinder beim Beklagten wohnen werden.

5.3 Den Erwägungen zur letztgenannten Verfügung kann nicht entnommen werden, inwiefern dabei der Umstand entscheidend gewesen wäre, dass die Kinder bereits beim Beklagten im Haushalt der Grosseltern wohnten (Urk. 20). Es lässt sich damit entgegen den Vorbringen der Prozessbeiständin (Urk. 125 S. 2)

nicht sagen, der Beklagte habe nach der Trennung vollendete Tatsachen geschaffen, welche vom Eheschutzrichter von Anfang an akzeptiert worden seien. Umso eher war die Vorinstanz gehalten, auf den rechtserheblichen Umstand einzugehen, dass die Kinder im Entscheidungszeitpunkt schon rund zwei Jahre beim Vater gelebt haben. In der Sache hat die Vorinstanz erneut erwogen, es habe sich eine in vielerlei Hinsicht positive Entwicklung der Kinder bemerkbar gemacht, seit die Kinder unter der Obhut des Beklagten lebten. Es seien daher - so die Vorinstanz weiter - keine Gründe ersichtlich, diese bewährte Ordnung wieder zu ändern und die Kinder neuen Unsicherheiten auszusetzen (Urk. 113 S. 16). Die Klägerin bestreitet - wie bereits gesagt (vgl. Erwägung III./A.4.1 hiervor) - nicht, dass die Kinder insgesamt in einem intakten Betreuungsumfeld leben. Die Prozessbeiständin ihrerseits hat berichtet, dass die Kinder sich in der neuen Umgebung integriert sowie Freunde in der Schule und in der Nachbarschaft gefunden hätten und dass C._____ und D._____ weiterhin in G._____ in die Schule beziehungsweise in den Kindergarten gehen wollten (Urk. 125 S. 5). Daraus ergibt sich, dass die Stabilität der Verhältnisse zumindest für die beiden älteren Kinder weniger von der Bezugsperson, sondern primär von den örtlichen Verhältnissen abhängt. Diesbezüglich würde die Übertragung der Obhut auf die Klägerin für die Kinder eine unnötige Verunsicherung bedeuten, zumal diese vorliegend nicht an den vorherigen Wohnort zurückkehren könnten, sondern es nach dem inzwischen erfolgten Umzug der Klägerin nach O._____ zu einem Wechsel im örtlichen und sozialen Umfeld käme. Die Vorinstanz hat schliesslich hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie der Kontinuität in der Betreuungssituation lediglich eine untergeordnete Bedeutung beigemessen hat (vgl. Urk. 113 S. 16: "Nebst der in erster Linie entscheidenden Erziehungsfähigkeit spielt auch das Kriterium der Kontinuität in der Betreuungssituation eine gewisse Rolle für den Obhutsentscheid."). Entgegen der von der Klägerin vorgetragene Beanstandung (vgl. Urk. 112 S. 10/11; Urk. 127 S. 3) hat sich die Vorinstanz nicht einfach damit begnügt, die Obhut demjenigen Elternteil zuzuweisen, der diese während des Verfahrens ausgeübt hatte.

6.1 Abschliessend hielt die Vorinstanz fest, dass bei der ältesten Tochter C._____ kein eigentlicher Zuteilungswunsch bestehe, wenn sie ausführe, sie wol-

le beim Beklagten wohnen, wenn sie zur Schule gehe, die schulfreie Zeit aber bei der Mutter verbringen. In Bezug auf die beiden jüngeren Kindern erwog die Vorinstanz, diese seien noch zu klein, um einen eigenen Wunsch zu äussern (Urk. 113 S. 16). Kinder sind im Hinblick auf den Erlass von sie direkt betreffenden Massnahmen in geeigneter Weise durch das Gericht oder durch eine beauftragte Drittperson anzuhören. Im Sinne einer bundesgerichtlichen Richtlinie kommt die Anhörung ab dem vollendeten sechsten Altersjahr in Frage (BGer vom 14. Juli 2011, 5A_397/2011 E. 2.3 mit Hinweisen). Eine Befragung der im massgeblichen Zeitpunkt acht beziehungsweise sechseinhalb Jahre alten Kinder C._____ und D._____ wurde von der Vorinstanz nicht durchgeführt. In Erfüllung des Auftrages führte der Gutachter Dr. med. M._____ aber je ein Gespräch mit der Klägerin und dem Beklagten durch, an denen alle drei Kinder teilnahmen. Mit der ältesten Tochter C._____ wurde zudem ein separates Gespräch geführt (Urk. 86 S. 1). Eine solche Befragung im Rahmen der Begutachtung ist zulässig (vgl. BGE 133 III 555 E. 4). Sowohl die von C._____ abgegebenen Willensäusserungen als auch die insbesondere durch Interaktionsbeobachtungen vermittelten Wahrnehmungen über das Verhalten der Kinder gegenüber dem jeweils anwesenden Elternteil wurden im Gutachten wiedergegeben und berücksichtigt (vgl. Urk. 86 S. 7 f.). Es ist daher von einer gehörigen Anhörung der Kinder auszugehen. Im Übrigen fand die Sichtweise der Kinder durch die Prozesseingaben ihrer Vertreterin in tauglicher Weise Eingang in das Eheschutzverfahren. Von einer weiteren Anhörung im Berufungsverfahren kann mit Rücksicht auf die durch das Trennungsgeschehen belasteten Kinder abgesehen werden (vgl. Urk. 118 S. 9; Urk. 124 S. 3), zumal keine der Parteien darlegt, die Verhältnisse hätten sich in einer Art verändert, welche eine solche Anhörung erforderlich machen würde.

6.2 Im Gutachten wird darauf hingewiesen, dass C._____ eine neutrale Position zwischen den getrennt lebenden Eltern einnehmen wolle. Ein eigentlicher Zuteilungswunsch bestehe nicht, C._____ habe lediglich ihre Meinung geäussert, dass sie beim Vater leben wolle, wenn sie zur Schule gehe, hingegen die schulfreie Zeit bei der Mutter verbringen wolle (Urk. 86 S. 8 und S. 13). Der Vorinstanz ist darin zu folgen, dass die Willenskundgebung von C._____ keine eindeutige Präferenz hinsichtlich der Obhutszuteilung erkennen lässt. Dagegen manifestiert sich in

dieser Äusserung das nachvollziehbare Anliegen des von der Trennung der Eltern betroffenen Kindes, weiterhin eine enge Beziehung zu beiden Elternteilen aufrecht zu erhalten. In die gleiche Richtung weisen die von der Prozessbeiständin mitgeteilten Äusserungen von C._____, wonach die ganze Familie wieder zusammenwohnen beziehungsweise die Mutter nach G._____ umziehen solle, damit sie "eimol bim Papi und eimol bim Mami" sein könne (Urk. 79 S. 4; Urk. 125 S. 5). Aus den Ausführungen von C._____ ergibt sich nichts, was zwingend entweder gegen den Verbleib im Haushalt der Grosseltern des Beklagten oder aber gegen eine Rückkehr zur Klägerin sprechen würde. C._____ kann sich offensichtlich sowohl die Mutter als auch den Vater als Hauptbezugsperson im Alltag vorstellen. Dass ihr neben der Bezugsperson die örtlichen und sozialen Verhältnisse ebenfalls wichtig waren, belegt der Hinweis auf die Schulsituation. Das Gleiche gilt für den Sohn D._____, der sich laut den Vorbringen der Prozessbeiständin nicht vorstellen konnte, den Kindergarten nicht weiterhin in G._____ mit seinen "Gspänli" besuchen zu können (vgl. Urk. 125 S. 5). Dass C._____ - was die Klägerin in ihrer Stellungnahme zum kinderpsychiatrischen Gutachten angemerkt hat (Urk. 97 S. 15) - nicht ausdrücklich gesagt hat, sie wolle bei den Grosseltern leben, war nicht anders zu erwarten und erscheint nicht aussagekräftig. Es braucht nicht weiter dargelegt zu werden, dass die Grosseltern im Beziehungsgefüge des Kindes eine gegenüber der Mutter und dem Vater untergeordnete Stellung einnehmen. Wesentlicher erschiene umgekehrt dagegen der Umstand, dass sich C._____ gegenüber dem Gutachter nicht negativ über die Wohnverhältnisse im Haus der Grosseltern geäussert und insofern die Einschätzung der Prozessbeiständin bestätigt hat, wonach sie sich wie auch die beiden anderen Kinder im Haushalt der Grosseltern väterlicherseits wohl fühlt (Urk. 79 S. 3). Insgesamt lassen sich aus den Aussagen des Kindes C._____ keine für den vorliegenden Obhutsentscheid eindeutig zum Vorteil eines Elternteils zu wertenden Erkenntnisse gewinnen. Es bestätigt sich damit der allseits unbestrittene Eindruck, dass C._____ wie auch ihre jüngeren Geschwister D._____ und E._____ eine liebevolle und stabile Beziehung zu beiden Elternteilen hat. Es kann der Vorinstanz damit nicht der von der Klägerin (Urk. 127 S. 3) und der Prozessbeiständin (vgl.

Urk. 125 S. 6) erhobene Vorwurf gemacht werden, den eruierbaren Kindeswillen unbeachtet gelassen zu haben.

7. Zusammenfassend hat die Vorinstanz die durch Lehre und Rechtsprechung entwickelten Zuteilungskriterien zutreffend dargestellt und diese gebührend berücksichtigt. Die von der Klägerin mit ihrer Berufung vorgebrachten Rügen vermochten nicht aufzuzeigen, dass die Vorinstanz einzelne Kriterien zu Unrecht ausser Betracht gelassen oder offensichtlich falsch gewichtet hätte. Namentlich durfte die Vorinstanz die bei der Klägerin bessere Eigenbetreuungsmöglichkeit angesichts der Bedenken hinsichtlich ihrer Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit gegenüber dem guten Funktionieren der Kinderbetreuung und Kindererziehung beim Beklagten sowie gegenüber der Aufrechterhaltung von kontinuierlichen Verhältnissen in den Hintergrund treten lassen. Der Vorinstanz ist deshalb darin beizupflichten, dass insgesamt die Argumente, welche für die Zuteilung der elterlichen Obhut an den Kindsvater sprechen, überwiegen. Die gemeinsamen Kinder der Parteien sind folglich für die Dauer der Aufhebung des ehelichen Haushaltes unter die Obhut des Beklagten zu stellen. Die Berufung der Klägerin erweist sich insofern als unbegründet und ist abzuweisen.

B. Besuchsrecht

Für den Fall der Obhutsübertragung an den Beklagten hat die Klägerin keinen Antrag bezüglich der Ausgestaltung des Besuchsrechts gestellt. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen des Kindeswohls die von der Vorinstanz getroffene Besuchsrechtsordnung (vgl. Urk. 113 S. 23 f. Dispositiv-Ziffer 3) nicht bestätigt werden könnte. Auch wenn das Besuchsrecht offenbar zwischenzeitlich reduziert wurde (Urk. 132 S. 4; Urk. 136 S. 3), hat es sich seit der Trennung nach anfänglichen Schwierigkeiten bei der Übergabe der Kinder bewährt. Zudem trägt die vorinstanzliche Besuchsrechtsregelung den übereinstimmenden und vom kinderpsychiatrischen Gutachter unterstützten Anliegen der Parteien nach einem ausgedehnten persönlichen Verkehr zwischen der Klägerin und den Kindern Rechnung. Demnach ist die Klägerin in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides für berechtigt zu erklären, die Kinder wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:

- jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr;
- jährlich am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr und in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Karfreitag bis und mit Ostermontag) und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag);
- während der Schulferien für die Dauer von fünf Wochen pro Jahr, wobei die Klägerin zu verpflichten ist, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit dem Beklagten abzusprechen.

C. Unterhaltsregelung

Die Vorinstanz hat mangels Leistungsfähigkeit davon abgesehen, die Klägerin zu Unterhaltszahlungen an die Kinder und/oder den Beklagten persönlich oder aber den Beklagten zu Unterhaltszahlungen an die Klägerin persönlich zu verpflichten (Urk. 113 S. 24 Dispositiv-Ziffern 5 und 6). Entsprechend der von ihr verlangten Obhutsregelung beantragt die Klägerin, es seien die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge neu festzusetzen (Urk. 112 S. 3). Mit Bezug auf den nun eingetretenen Fall, dass ihrem Antrag zur Obhut nicht gefolgt wird, legt die Klägerin in ihrer Berufungsschrift nicht dar, inwiefern der Beklagte auch bei Ausübung des Obhutsrechts über die drei Kinder zur Leistung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen in der Lage sein sollte. Auf diese Frage ist daher im Berufungsverfahren schon mangels hinreichender Begründung nicht zurückzukommen. Dass der Klägerin ihrerseits die zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen erforderlichen Mittel fehlen, blieb allseits unbestritten. Der Beklagte setzte sich gar auch in diesem Punkt für die Bestätigung des vorinstanzlichen Eheschutzentscheides ein (Urk. 118 S. 2). Eine weitergehende Überprüfung der vorinstanzlichen Unterhaltsregelung erübrigt sich. Zuzufolge der bereits von der Vorinstanz festgestellten fehlenden Leistungsfähigkeit der Parteien sind weder eheliche Unterhaltsbeiträge noch Kinderunterhaltsbeiträge zuzusprechen.

IV.

Abschliessend sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zu regeln (Art. 106 ZPO). Umstritten waren die Zuweisung der elterlichen Obhut und daraus sich ergebend die Regelung des Besuchsrechts und die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge. In Bezug auf Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss der unter Geltung der Schweizerischen Zivilprozessordnung weitergeführten Rechtsprechung der Kammer den Parteien unabhängig vom Ausgang je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien aus ihrer subjektiven Sicht im Interesse des Kindeswohls prozessierten (ZR 84 [1985] Nr. 41). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, da beiden Parteien gute Gründe für die betreffend die Obhutzuteilung vertretenen Standpunkte nicht abgesprochen werden können. Da die weiteren Streitpunkte lediglich als Folge der umstrittenen Obhutsfrage angefochten wurden und insofern keinen nennenswerten Aufwand verursacht haben, ist die Entscheidungsbüher für das zweitinstanzliche Verfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Ferner haben die Parteien allfällige von der Vertretung der Kinder für das Rechtsmittelverfahren geltend gemachten Auslagen (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) je zur Hälfte zu tragen. Die von den Parteien zu übernehmenden Anteile an den Gerichtskosten und an den Kosten für die Prozessbeiständin der Kinder sind jedoch unter Vorbehalt der in Art. 123 ZPO statuierten Nachzahlungspflicht einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, da beide Parteien ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gestellt haben (Urk. 112 S. 3; Urk. 118 S. 2), dessen Voraussetzungen (Art. 117 ZPO und Art. 118 ZPO) beiderseits erfüllt sind. Angesichts der hälftigen Kostenaufgabe sind für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 2. Mai 2011 im folgenden Umfang in Rechtskraft erwachsen ist:

- "1. Die Parteien werden zum Getrennleben berechtigt erklärt.
2. [...]
3. [...]
4. Für die Kinder wird eine Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet und der Beistand bzw. die Beiständin wird beauftragt, einerseits den Eltern in Erziehungsfragen beizustehen und andererseits die Modalitäten der Besuchsrechtsausübung zu regeln und zu überwachen.
5. [...]
6. [...]
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin auf erstes Verlangen
 - die Pastamaschine und
 - die ... Sammlungherauszugeben. Die weiteren Herausgabeansprüche (insbes. Gegenstände der Kinder) werden abgewiesen.
8. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten auf erstes Verlangen
 - die Militäreffekten
 - dessen Kleider
 - dessen Skiausrüstung sowie
 - den Kasten mit Auszeichnungen für Wettkämpfeherauszugeben, soweit sich diese Gegenstände bei der Klägerin befinden. Die weiteren Herausgabeansprüche (CD, Hausrat und Mobiliar) werden abgewiesen.
9. Es wird per 11. Mai 2009 die Gütertrennung angeordnet.
10. Auf den Antrag der Klägerin, den Beklagten zu verpflichten, allfällige Steuern aus der Zeit der gemeinsamen Besteuerung zu übernehmen bzw. die Klägerin im Fall einer Inanspruchnahme schadlos zu halten, wird nicht eingetreten.
11. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 6'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:

Fr. 5'860.00 Gutachterkosten.

12. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, zufolge der den Parteien gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Rückforderung nach § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
 13. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
 14. [...]
 15. [...].
2. Beiden Parteien wird für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung gewährt und der Klägerin Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin sowie dem Beklagten Rechtsanwalt lic. iur. Y1. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
 3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Prozessbeiständin der Kinder und im Auszug gemäss Dispositiv-Ziffer 1./4 hiervor an die Kindesschutzbehörde F. _____ sowie an das Bezirksgericht Dietikon je gegen Empfangsschein.
 4. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

und sodann erkannt:

1. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2003, D._____, geboren am tt.mm.2005, und E._____, geboren am tt.mm.2007, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt.
2. Die Klägerin wird für berechtigt erklärt, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ferner wird die Klägerin für berechtigt erklärt, die Kinder jährlich am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr und in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Karfreitag bis und mit Ostermontag) und in Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag bis und mit Pfingstmontag) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Schliesslich wird die Klägerin für berechtigt erklärt, die Kinder jährlich in den Schulferien während fünf Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Dabei wird die Klägerin verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit dem Beklagten abzusprechen.

3. Mangels finanzieller Leistungsfähigkeit der Parteien werden weder Kinderunterhaltsbeiträge noch persönliche Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt. Die Kosten für die Aufwendungen der Prozessbeiständin der Kinder im zweitinstanzlichen Verfahren bleiben vorbehalten.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren und die Kosten für die Prozessbeiständin der Kinder werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Prozessbeiständin der Kinder und im Auszug gemäss den Dispositiv-Ziffern 1 und 2 hiervor an die Kinderschutzbehörde F. _____ sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 15. Februar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. S. Clausen

versandt am: js