Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LE110060-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Urteil vom 6. Dezember 2011

in Sachen

A._____,
Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin X._____

gegen

B._____,
Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 15. September 2011 (EE110041)

Rechtsbegehren:

Vorsorgliche Massnahmen Besuchsrecht (act. 60 und act. 71)

"Der Beklagte sei für berechtigt zu erklären, das Kind C._____, geb. tt.mm.2006, jeweils am ersten und dritten Wochenende im Monat von Freitagabend, 18.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich zu nehmen.

Ferner sei ihm das Recht einzuräumen, das Kind jährlich während der Hälfte der Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen."

"Ergänzender Antrag:
Der Beklagte sei für berechtigt zu erklären, das Kind C._____, geb. tt.mm.2006, am jeweils ersten und dritten Wochenende im Monat von Freitagmittag, Kindergartenschluss bis Montag, Kindergartenbeginn, auf eigene Kosten zu sich zu nehmen."

Vorsorgliche Massnahmen Obhut (act. 76)

"1. Der Beklagte sei für berechtigt zu erklären, C._____ von Montag bis Freitag jeweils ab Kindergartenende bis 18.00 Uhr zu sich zu nehmen.

2. Der Klägerin sei zu untersagen, die Tochter ohne Zustimmung des Beklagten in einem Hort anzumelden."

Urteil des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren:

1. Die Begehren des Beklagten um Erlass von vorsorglichen Massnahmen bezüglich Besuchsrecht und bezüglich Obhut werden abgewiesen.

2. Die Gutachterin, Frau lic. phil. D._____, c/o …, wird in Ergänzung des bereits am 9. Juni 2011 erteilten Gutachtensauftrages ersucht, im Gutachten zusätzlich zur Frage Stellung zu nehmen, ob die ab 1. Oktober 2011 für die Tochter C._____ vorgesehene Fremdbetreuung im Hort an fünf Nachmittagen pro Woche dem Kindeswohl schade oder nicht.

3. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Der Klägerin wird Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ und dem Beklagten Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ (für die Zeit vom 26. Mai 2011 bis 14. Juni 2011) und Rechtsanwältin X._____ (für die Zeit ab 14. Juni 2011) je als unentgeltlicher Rechtsbeistand bzw. unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

   Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ wird für seine Bemühungen mit Fr. 611.80 (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt.

4. Über die Prozesskosten wird im Endentscheid befunden.

5. (Schriftliche Mitteilung)

6. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers und Beklagten (Urk. 1 S. 2):

"1. Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Urteils, wonach die Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen bezüglich Besuchsrecht und Obhut abgewiesen werden, sei aufzuheben.

2. Der Berufungskläger und Beklagte sei für berechtigt zu erklären, das Kind C._____, geb. tt.mm.2006 am jeweils 1. und 3. Wochenende im Monat von Freitagmittag, Kindergartenschluss - Montagmorgen, Kindergartenbeginn auf eigene Kosten zu sich zu nehmen.

3. Ferner sei ihm das Recht einzuräumen das Kind jährlich während der Hälfte der Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

4. Der Beklagte sei für berechtigt zu erklären, C._____ von Montag - Freitag jeweils ab Kindergartenende bis 18.00 Uhr zu sich zu nehmen.

5. Der Klägerin sei zu untersagen, die Tochter ohne Zustimmung des Beklagten in einem Hort anzumelden.

6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen

Desweiteren wird beantragt, dem Berufungskläger auch für die Berufungsinstanz die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm die Unterzeichnende als Rechtsanwältin beizuordnen."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 6 S. 2):

"1. Es sei die Berufung abzuweisen.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWST) zulasten des Beklagten."

Sodann beantrage ich, es sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichneten, eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen seit Mitte März 2011 vor Vorinstanz im Eheschutzverfahren (Urk. 4/1). Im Rahmen dieses Eheschutzverfahrens stellte der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) die eingangs erwähnten Massnahmebegehren (Urk. 4/60, 4/71 und 4/76).

Mit Urteil vom 15. September 2011 wies der Vorderrichter die vom Beklagten gestellten Begehren zu den vorsorglichen Massnahmen ab und erteilte der Gutachterin zusätzlich den Auftrag, sich zur Frage zu äussern, ob die Betreuung von C._____ im Hort an fünf Halbtagen pro Woche mit dem Kindswohl vereinbar sei oder nicht (Urk. 2 S. 8). Weiter wurde im gleichen Urteil beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ihnen in der Person ihrer jeweiligen Rechtsvertreter ein unentgeltlicher Prozessbeistand bestellt (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 3).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Beklagte innert Frist Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen. Gleichzeitig beantragte er auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2).

3. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan Klägerin) schloss in ihrer Berufungsantwort vom 24. Oktober 2011 auf vollumfängliche Abweisung der Be-

rufung und beantragte für das Berufungsverfahren ebenfalls die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 6 S. 2).

4. Mit Eingabe vom 28. Oktober 2011 übermittelte der Vorderrichter der Kammer ein Exemplar des vor Vorinstanz in Auftrag gegebenen Gutachtens zu den Kinderbelangen (Urk. 9 und 10) sowie je eine Kopie der Schreiben an die Parteien, wonach ihnen ebenfalls eine Kopie des Gutachtens zugestellt werde (Urk. 11). Mit Verfügung vom 1. November 2011 wurde der Schriftenwechsel abgeschlossen und wurden dem Beklagten die Berufungsantwortschrift vom 24. Oktober 2011 sowie die Beilagen dazu zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 12). Auf eine Fristansetzung zur Stellungnahme zum Gutachten kann - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - im vorliegenden Berufungsverfahren verzichtet werden.

II.

1. Im Streit liegen ausschliesslich Kinderbelange, nämlich das Besuchsrecht für die gemeinsame Tochter C._____, geboren am tt.mm.2006 (Urk. 1 S. 3 oben). Es herrscht daher die Offizial- und Untersuchungsmaxime. Noven sind damit unbeschränkt zulässig (Art. 229 Abs. 3 ZPO; Art. 296 Abs.1 und 3 ZPO; Art. 272 ZPO).

2. Der Vorderrichter wies die Begehren des Beklagten auf Anordnung eines vorsorglichen Besuchsrechts für die Dauer des Eheschutzverfahrens sowie auf eine vorsorgliche Regelung der Obhut ab mit der Begründung, dass das in Auftrag gegebene Gutachten noch nicht vorliege. Am 25. Juli 2011 habe die Gutachterin mitgeteilt, dass die Bearbeitungszeit von drei bis vier Monaten eingehalten werden könne. Nach Vorliegen des Gutachtens sei das Gericht in dessen Würdigung grundsätzlich frei, dürfe in Fachfragen aber nicht ohne triftige Gründe davon abweichen. Das Gericht könne nun aber angesichts des in Auftrag gegebenen Gutachtens nicht einfach von sich aus den bisher vorgetragenen Sachverhalt frei würdigen, weil sich damit das Gericht der Gefahr aussetzen würde, späteren gutachterlichen Empfehlungen zuwider zu handeln und vom Gutachten ohne triftige Gründe abzuweichen. Dies sei gemäss Rechtsprechung nicht erlaubt und

könnte als Verstoss gegen das Willkürverbot gewertet werden (Urk. 2 S. 5f.). Vor diesem Hintergrund, so der Vorderrichter weiter, fehlten dem Gericht zur Zeit wichtige Informationen, um die Fragen der Zuteilung der elterlichen Obhut und der Regelung des Besuchsrechts korrekt beurteilen zu können. Bereits aus diesem Grund seien die Begehren des Beklagten um Erlass von vorsorglichen Massnahmen abzuweisen. Das Zuwarten auf das fertige Gutachten und die anschliessend im Rahmen des Eheschutzverfahrens definitiv zu treffenden Anordnungen seien auch den Parteien zuzumuten. Zum einen sei es auf ihr höchst strittiges Verhalten zurückzuführen, dass überhaupt eine Begutachtung notwendig geworden sei, zum anderen stehe der Abschluss des Gutachtens im Laufe des Herbstes bevor (Urk. 2 S. 6).

3. Vorsorgliche Massnahmen sind grundsätzlich auch in den besonderen eherechtlichen Verfahren, insbesondere im Eheschutzverfahren, zulässig, wobei dafür die allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 261 ZPO gegeben sein müssen (Stefanie Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 10). Gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO trifft das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen, wenn die gesuchstellende Partei die Voraussetzungen dafür glaubhaft macht. Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Sie müssen daher wesentlich schneller erlassen werden als das Urteil in der Hauptsache. Dies wird dadurch erreicht, dass einerseits das Verfahren abgekürzt wird, und anderseits, indem weniger Beweise erhoben werden. Das Beweismass reduziert sich auf die Glaubhaftmachung (Martin Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 254 N 11).

4. Vor diesem Hintergrund kann der vorderrichterlichen Auffassung, vor dem Vorliegen des Gutachtens fehlten wichtige Entscheidgrundlagen, weshalb noch nicht über die Obhut über die Tochter C._____ und das Besuchsrecht des Beklagten entschieden werden könne, nicht gefolgt werden. Vielmehr ist es Sinn einer vorsorglichen Regelung des Besuchsrechts, möglichst rasch einen Entscheid zu treffen, wie während eines laufenden Verfahrens die Beziehung zwischen Eltern und Kindern ausgestaltet sein soll. Im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen geht es darum, den Kontakt zwischen dem Vater und dem Kind

auch nach der Trennung der Eltern möglichst kontinuierlich aufrecht zu erhalten, sofern nicht eindeutige Hinweise gegeben sind, dass dieser Kontakt dem Kindeswohl zuwiderläuft. Das Gericht hat daher bei der vorsorglichen Regelung der Obhut und des Besuchsrechts auf die Vorbringen der Parteien sowie auf die bereits vorhandenen Beweismittel abzustellen. Gerade wegen des schnellen Regelungsbedarfs ist im vorliegenden Verfahren auch nicht weiter auf das inzwischen eingegangene Gutachten abzustellen, da dies zu weiteren Verzögerungen aufgrund der Gewährung des rechtlichen Gehörs und allfälliger Weiterungen führen würde. Vielmehr sind die weiteren prozessualen Schritte im Zusammenhang mit dem Gutachten und dessen Würdigung dem Vorderrichter im Hauptverfahren vorbehalten. Auch die Befürchtung des Vorderrichters, es könnte im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen allenfalls ein Entscheid ergehen, der zu den späteren Empfehlungen des Gutachters in Widerspruch stehe (Urk. 2 S. 6), kann nicht geteilt werden: Vorsorgliche Massnahmen können jederzeit und verhältnismässig einfach neuen Erkenntnissen und Gegebenheiten angepasst werden.

5. Zwar stellt der Beklagte im Berufungsverfahren ausschliesslich Anträge zur Regelung des Besuchsrechts und zur Anmeldung C._____s im Hort (Urk. 1 S. 2). Indes setzt die Regelung jedes Besuchsrechts zwingend die (vorsorgliche) Regelung der Obhut voraus (Art. 273 Abs. 1 ZGB; BK-Hegnauer, N 34 f., N 43 und N 48 zu Art. 273 ZGB). Nachdem C._____ zur Zeit bei der Klägerin in E._____ wohnt und der Beklagte im Berufungsverfahren in Abrede stellt, in erster Instanz einen Antrag betreffend die vorsorgliche Zuteilung der Obhut gestellt zu haben, ist mit Bezug auf die Obhut auf die zur Zeit gelebte Regelung abzustellen. Immerhin führt der Beklagte in der Berufungsbegründung aus, es sei ihm bewusst, dass die Obhut nicht vorab im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen ihm zugeteilt werden könne, sondern er diesbezüglich das Ergebnis der Begutachtung abzuwarten habe (Urk. 1 S. 3). Der Beklagte opponiert damit nicht dagegen, dass C._____ einstweilen, das heisst für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens, unter der Obhut der Klägerin steht, sondern geht mit seinen Anträgen auf Regelung des Besuchsrechts implizit von einer der Klägerin einzuräumenden Obhut aus. Gestützt auf diese Erwägungen ist C._____ daher von Amtes wegen

für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut der Klägerin zu stellen.

6. Weiter begründet der Vorderrichter die Abweisung des Massnahmebegehrens mit den sehr weit gehenden Anträgen des Beklagten. Ein derart weitgehendes Besuchsrecht komme aber nur dann in Betracht, wenn die Parteien die Kinderbelange einvernehmlich regeln könnten. In strittigen Fällen würden praxisgemäss für Vorschulkinder - wenn keine Hinweise auf eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls vorlägen - Besuchsrechte von ein bis zwei Halbtagen pro Monat (und nicht pro Woche) festgelegt und von der Einräumung eines Ferienbesuchsrechts abgesehen (Urk. 2 S. 6).

Das Gebot der Notwendigkeit verbietet Anordnungen, die weiter gehen als zur Wahrung der materiellen Ansprüche erforderlich (Johann Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 11). Insofern kann dem Vorderrichter darin zugestimmt werden, dass das vom Beklagten vorsorglich verlangte Besuchsrecht angesichts seines Zwecks, nämlich der kontinuierlichen Aufrechterhaltung einer Beziehung zwischen dem faktisch nicht obhutsberechtigten Elternteil und dem Kind sowie der Vermeidung einer Entfremdung, sehr weitgehend ist. In Anwendung der für Kinderbelange geltenden Untersuchungsmaxime kann jedoch das Gericht ohne Weiteres von den Anträgen der Parteien abweichen und ein weniger weit gehendes Besuchsrecht festlegen. Entgegen der Auffassung des Vorderrichters bestehen daher nicht nur die beiden Alternativen, entweder das Besuchsrecht wie beantragt festzusetzen oder gar kein Besuchsrecht zu gewähren, sondern es kann auch ein weniger ausgedehntes Besuchsrecht angeordnet werden, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich ist.

7. Aufgrund der Ausführungen der Parteien bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Festlegung eines Besuchsrechts mit dem Wohl von C._____ im Grundsatz nicht vereinbar wäre. Vielmehr ist gestützt auf den Umstand, dass sich inzwischen unbestrittenermassen ein wöchentliches Besuchsrecht jeweils am Freitagnachmittag etabliert hat, davon auszugehen, dass ein solches grundsätzlich im Sinne von C._____ ist. Der Beklagte moniert zwar, dass die

kurzen Besuchszeiten C._____ eher belasteten. Die Besuche seien geprägt vom Holen und Bringen, von Begrüssung und Abschied, und es bleibe nicht wirklich Zeit, um Ruhe einkehren zu lassen (Urk. 1 S. 4). Die Klägerin führt dagegen aus, der Beklagte nutze die Besuchsnachmittage vornehmlich dazu, C._____ im Detail über das laufende Verfahren zu berichten, sie über die Gutachtenserstellung aufzuklären und ihr wiederholt zu sagen, dass sie noch vor Ende Jahr wieder in F._____ leben werde. Zudem äussere er sich laufend abschätzig über sie, die Klägerin (Urk. 6 S. 4). Auch die Klägerin bestätigt sodann, dass C._____ jeweils nach den Besuchen viel Zeit benötige, um wieder zur Ruhe zu kommen (Urk. 6 S. 4).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich zwar, dass gewisse Unwägbarkeiten in der Handhabung des Besuchsrechts bestehen. Sollte der Beklagte tatsächlich mit C._____ im Detail über das laufende Eheschutzverfahren sprechen, so ist er darauf hinzuweisen, dass er solches künftig zum Wohle von C._____, welche zu beiden Elternteilen eine unbelastete Beziehung haben können soll, zu unterlassen hat. Solche Informationen kann ein Kind im Alter von C._____ nicht verarbeiten, sondern stürzen es vielmehr in einen massiven und sehr belastenden Loyalitätskonflikt. Dies liegt nicht im Wohle C._____s. Um jedoch auch die Klägerin als momentane Inhaberin der Obhut hinsichtlich ihrer Aufgabe, das Besuchsrecht zum Beklagten zu fördern und zu unterstützen, in die Pflicht zu nehmen, erscheint es vorliegend als angemessen, die von den Parteien nun seit rund zwei Monaten offenbar ohne grössere Probleme gelebten Besuche gerichtlich festzulegen. Demnach ist der Beklagte für berechtigt zu erklären, C._____ jeden Freitagnachmittag ab Kindergartenschluss bis 19.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

8. Indes ist im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen von der Festlegung eines Ferienbesuchsrechts abzusehen, da ein Ferienbesuchsrecht nicht dringend notwendig ist, um die Beziehung zwischen dem Beklagten und C._____ zu erhalten. Vielmehr reichen hierzu die wöchentlichen Besuchskontakte aus. Da inzwischen das vom Vorderrichter in Auftrag gegebene Gutachten vorliegt, kann der Vorderrichter sodann in der Hauptsache weiterfahren, und es ist davon aus-

zugehen, dass innerhalb der nächsten Monate ein vollstreckbarer Entscheid im Eheschutzverfahren vorliegen wird, so dass die vorliegende Regelung nur für eine verhältnismässig kurze Zeit von praktischer Bedeutung sein wird.

9. Angesichts der anstehenden Weihnachtsfeiertage ist überdies auch ohne entsprechende Anträge der Parteien von Amtes wegen eine Besuchsregelung für diese Tage zu treffen, da davon auszugehen ist, dass die Parteien zur Zeit nicht in der Lage sind, einvernehmlich eine entsprechende Regelung zu treffen. Angesichts der strittigen Verhältnisse und des Alters von C._____ erscheint es angemessen, den Beklagte zusätzlich zu seinen Besuchstagen am Freitagnachmittag für berechtigt zu erklären, C._____ am 25. Dezember 2011 und am 1. Januar 2012 von 11.00 Uhr bis 20.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

10. Der Beklagte beantragt ferner, es sei der Klägerin zu untersagen, die Tochter C._____ in einem Hort anzumelden (Urk. 1 S. 2). Zur Begründung führt er aus, die Klägerin beabsichtige, die Tochter an fünf Tagen die Woche in einem Hort unterzubringen. Sie sei aber angesichts der immer noch beiden Parteien zustehenden elterlichen Sorge und der noch nicht erfolgten Zuteilung der Obhut allein und ohne seine Zustimmung nicht befugt, einen derart weitgehenden Eingriff in das Leben des Kindes vorzunehmen. Ferner sei er - der Beklagte - zeitlich in der Lage, das Kind jeden Nachmittag in der Woche zu sich zu nehmen. Es bedürfe daher keiner Fremdbetreuung. Die Betreuung durch einen Elternteil gehe der Fremdbetreuung vor, zumal er C._____ in der gewohnten Umgebung betreue, was ihr die notwendige Stabilität vermittle und zu einer Beruhigung der Situation führe (Urk. 1 S. 6f.).

Die Klägerin hält diesen Ausführungen entgegen, dass C._____ an drei Tagen pro Woche (Dienstag, Mittwoch und Donnerstag) den Hort besuche, was nicht nur nicht schädlich, sondern der Entwicklung von C._____ sogar förderlich sei. Eine vorsorgliche Hortanmeldung sei zwingend gewesen; einerseits seien Hortplätze begehrt und es bestünden Wartelisten, anderseits sei sie - die Klägerin - zwingend auf eine Erwerbstätigkeit angewiesen, da sie derzeit vollständig von

der Sozialhilfe abhängig sei. Sie sei auf Stellensuche, um möglichst rasch ein eigenes Einkommen zu erwirtschaften, ein Stellenantritt erfordere aber den Nachweis einer Betreuungsmöglichkeit für C._____ (Urk. 6 S. 5f.).

Den Vorbringen des Beklagten ist einerseits entgegen zu halten, dass die Klägerin zu Recht darauf hinweist (Urk. 6 S. 6), dass die von ihm vorgeschlagene Betreuungsregelung für C._____ unter der Woche nicht praktikabel ist: Sie würde bedeuten, dass der Beklagte C._____ dreimal (gemäss seinem Antrag sogar fünfmal) pro Woche nach Kindergartenschluss entweder um 12.00 Uhr oder um 15.30 Uhr in E._____ abholen und mit sich nach F._____ nehmen müsste, nur um sie auf 18.00 Uhr wieder nach Hause bringen zu müssen. Ein solches Betreuungskonzept würde viel zu grosse Unruhe in C._____s Alltag bringen, umso mehr, als die Parteien offensichtlich sehr zerstritten sind, nämlich so sehr, dass sie nicht einmal für die Dauer des Verfahrens eine einvernehmliche Regelung des Besuchsrechts treffen können. Hinzu kommt, dass C._____ in einem Alter ist, in welchem Kontakte zu Gleichaltrigen für ihre Entwicklung von zentraler Bedeutung sind: Sie möchte erfahrungsgemäss nicht nur während dem Kindergarten, sondern auch in der Freizeit die Möglichkeit haben, mit ihren Kolleginnen und Kollegen zu spielen.

Hinzu kommt, dass der Beklagte keinerlei substantiierten Hinweise vorbringt, weshalb die Betreuung im Hort für C._____ dem Kindeswohl abträglich sein soll. Vielmehr beschränkt er sich auf die allgemeine Bemerkung, dass die Betreuung durch einen Elternteil einer Fremdbetreuung vorzuziehen sei, was einerseits angesichts der obigen Überlegungen so pauschal nicht gilt und anderseits eben gerade nicht heisst, dass die Fremdbetreuung nicht in C._____s Wohl wäre. Auch aus diesem Grund ist der Antrag des Beklagten, der Klägerin sei zu untersagen, C._____ im Hort anzumelden, abzuweisen.

III.

1. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichtes, welche auch unter neuem eidgenössischem Zivilprozessrecht Geltung hat (vgl. Art. 107 ZPO

"Verteilung nach Ermessen", insbes. lit. b und c), sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange - unabhängig vom Ausgang - den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Davon ist vorliegend auszugehen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind den Parteien daher je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen.

2. Beiden Parteien wurde von der Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und je eine unentgeltliche Rechtsvertreterin beigegeben (Urk. 3 S. 8, Dispositiv-Ziffer 3). Im Berufungsverfahren ersuchen beide Parteien erneut um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2; Urk. 6 S. 2).

Gestützt auf Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel zur Finanzierung des Prozesses verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos ist.

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass die Parteien mittellos im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen sind (Urk. 2 S. 7), weshalb ihnen die unentgeltliche Rechtspflege auch für das Berufungsverfahren zu bewilligen ist.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch der Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird gutgeheissen, und es wird der Klägerin für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ und dem Beklagten in der Person von Rechtsanwältin X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

2. Die gemeinsame Tochter C._____, geboren am tt.mm.2006, wird für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut der Klägerin gestellt.

3. Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, die Tochter C._____ jeweils am Freitagnachmittag ab Kindergartenschluss bis 19.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

4. Der Beklagte wird für berechtigt erklärt, die Tochter C._____ am 25. Dezember 2011 von 11.00 Uhr bis 20.00 Uhr und am 1. Januar 2012 von 11.00 Uhr bis 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.

6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

7. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht im summarischen Verfahren, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

9. 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).

   Fristen in diesem Verfahren stehen nicht still (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

   Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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, 6. Dezember 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
se