

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110062-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. M. Kriech,
Ersatzoberrichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. G. Kenny

Urteil vom 24. Mai 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Obhut, Besuchsrecht, Beistandschaft,
Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Bülach vom 19. August 2011 (EE110005)**

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 37 S. 2 f.):

- " 1. In Abänderung von Dispositiv Ziffer 2 seien die Kinder C._____, geb. tt.mm.1995, und D._____, geb. tt.mm.1998, unter die alleinige Obhut der Klägerin zu stellen.
2. In Abänderung von Ziffer 4 der in Dispositiv Ziffer 3 genehmigten Vereinbarung sei der Beklagte als berechtigt zu erklären, D._____ wie folgt auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen:
- an zwei Wochenenden pro Monat
 - in den ersten beiden Sommerferienwochen
 - in den Herbstferien
 - in ungeraden Jahren am 24. Dezember
 - in geraden Jahren am 25. Dezember
 - in ungeraden Jahren an Ostern
 - in geraden Jahren an Pfingsten.

Auf eine Besuchsregelung für C._____ sei infolge seines Alters zu verzichten.

3. Es sei für D._____ eine Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB anzuordnen.
4. In Abänderung von Ziffern 3, 5 und 9 der in Dispositiv Ziffer 3 genehmigten Vereinbarung sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für die Betreuung der Kinder rückwirkend ab 1. September 2011 monatliche, im Voraus auf den ersten des Monats zahlbare, Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 1'350.00 zuzüglich Kinder- bzw. Ausbildungszulagen zu bezahlen.

Der Unterhaltsbeitrag ist auch über die Mündigkeit der Kinder hinaus an die Klägerin zu bezahlen, solange diese in Erstausbildung sind und bei der Mutter wohnen, bzw. keine anderweitige Zahlstelle bezeichnen.

5. Es seien die Kinder C._____ und D._____ von der Rechtsmittelinstanz erneut anzuhören.
6. Über die oben gestellten Anträge Ziffern 1, 2, 3 und 4 sei superprovisorisch zu entscheiden.
7. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Beklagten.

Es sei der Klägerin auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 44 S. 2 f.):

- " 1. Auf die Berufung sei nicht einzutreten.

eventualiter:

2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit 30. August 2011 voneinander getrennt leben.
3. Sodann sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Beklagte per 1. Oktober 2011 eine eigene Wohnung an der E.____-Strasse ... in F.____ bezogen hat.
4. Es seien die klägerischen Anträge abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen.

subeventualiter:

5. Die Obhut über die beiden Söhne, C.____, geb. tt.mm.1995, und D.____, geb. tt.mm.1998, sei dem Beklagten zu übertragen.
6. Auf die Regelung eines Besuchsrechts sei angesichts des Alters der Kinder zu verzichten.
7. Die Klägerin sei zur Leistung von angemessenen Unterhaltsbeiträgen für die Söhne C.____ und D.____ an den Beklagten zu verpflichten, zahlbar jeweils im voraus auf den Monatsersten.

uKuFE (zuzüglich MWST) zulasten der Klägerin.

Es sei dem Beklagten für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten die unentgeltliche Rechtsverteidigung zu gewähren."

Erwägungen:

I.

1.1. Die Parteien schlossen in einem Eheschutzverfahren vor der Vorinstanz eine umfassende Vereinbarung, mit welcher unter anderem beantragt wurde, ihnen die gemeinsame Obhut über die Kinder D.____, geb. tt.mm.1998, und C.____, geb. tt.mm.1995, zu belassen (Urk. 27 f.). Die Vorinstanz folgte den gemeinsamen Anträgen, im Weiteren merkte sie die Vereinbarung der Parteien vor. Das Dispositiv der Erstverfügung der Vorinstanz lautete wie folgt (Urk. 38 S. 15):

- " 1. Den Parteien wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien."

Das Dispositiv des nachfolgenden Erkenntnisses der Vorinstanz lautete sodann folgendermassen (Urk. 38 S. 16 f.):

- " 1. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien per 1. Oktober 2011 auf unbestimmte Dauer das Getrenntleben aufnehmen.
2. Die Kinder C._____ und D._____ werden unter der gemeinsamen Obhut der Gesuchsteller belassen.
3. Die Vereinbarung der Parteien vom 19. August 2011 über die Nebenfolgen des Getrenntlebens wird vorgemerkt und in Bezug auf die Kinderbelange genehmigt.
4. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung ab 14. Januar 2011 angeordnet.
5. Die eheliche 4,5-Zimmerwohnung und der Bastelraum Nr. ... UG an der G._____ -Str. ... in H._____ werden (einschliesslich Mietzinsdepot) samt Mobiliar und Hausrat (mit Ausnahme der Gegenstände gemäss Ziffer 12 der Parteivereinbarung) für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin A._____ zur alleinigen Benützung zugewiesen.
6. (Kosten)
7. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
8. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Prozessentschädigung wird Vormerk genommen.
9. (Mitteilungssatz).
10. (Rechtsmittel Berufung)."

1.2. Gegen diese Verfügung strengte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Gesuchstellerin) mit Eingabe vom 21. November 2011 eine Berufung mit eingangs dargelegten Rechtsbegehren an (Urk. 37 S. 2 f.).

1.3. Am 24. November 2011 wies die Kammer das Begehren der Gesuchstellerin um superprovisorische Gutheissung ihrer Berufungsanträge 1 bis 4 ab (Urk. 41 S. 5).

1.4. Am 27. Dezember 2011 beantwortete der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegner) die Berufung und stellte die eingangs festgehaltenen Anträge (Urk. 44 S. 2 f.).

1.5. Es folgte eine weitere Eingabe der Gesuchstellerin (Urk. 48 f.), die Stellungnahme der Gesuchstellerin zur Berufungsantwort (Urk. 52 f.) und eine zweitinstanzliche Kinderanhörung (Prot. S. 7 f.).

1.6. Am 9. Mai 2012 wurde eine Einigungsverhandlung durchgeführt (Prot. S. 14). Dabei schlossen die Parteien folgende Vereinbarung (Urk. 62):

" 1. Die Parteien ziehen ihre im vorliegenden Berufungsverfahren (LE110062) vor dem Obergericht des Kantons Zürich bisher gestellten Anträge vollumfänglich zurück.

Davon ausgenommen sind die Anträge um unentgeltliche Rechtspflege.

2. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, die Obhut über das Kind **D.**_____, geb. tt.mm.1998, sei in Abänderung des Urteils des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht vom 19. August 2011 (Prozess Nr. EE110005) für die Dauer des Getrenntlebens dem Vater **B.**_____, geb. tt.03.1964, (nachfolgend Gesuchsgegner), zu übertragen.

D._____ wird demzufolge beim Gesuchsgegner wohnen.

3. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, die Obhut über das Kind **C.**_____, geb. tt.mm.1995, sei in Abänderung des Urteils des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht vom 19. August 2011 (Prozess Nr. EE110005) für die Dauer des Getrenntlebens der Mutter, **A.**_____, geb. tt.12.1962, (nachfolgend Gesuchstellerin), zu übertragen.

C._____ wird demzufolge bei der Gesuchstellerin wohnen.

4. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, aufgrund des Alters von **C.**_____ auf die Regelung des Besuchsrechts für **C.**_____ zu verzichten. Beide Parteien befürworten und unterstützen einen regelmässigen Kontakt zwischen **C.**_____ und dem Gesuchsgegner.

5. Die Parteien verpflichten sich auf die Bedürfnisse und Wünsche von **D.**_____ bei der Gestaltung und Ausübung des Besuchsrechtes Rücksicht zu nehmen. Im Übrigen beantragen sie dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, für **D.**_____ folgendes Besuchsrecht festzulegen:

Die Gesuchstellerin ist berechtigt, D._____ jedes zweite Wochenende, erstmals am Wochenende 18. bis 20. Mai 2012, von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Die Gesuchstellerin ist überdies berechtigt, einmal pro Woche mit D._____ Besuchskontakt zu haben. Dies spricht sie mit D._____ jeweils ab.

Die Ferien bzw. Feiertage verbringt D._____ in der Regel:

- Sommerferien: 2 Wochen mit der Mutter (4. und 5. Ferienwoche)
- Frühjahrsferien mit der Mutter (im Falle, dass die Ostern in die Frühjahrsferien fallen, verbringt D._____ diese mit der Mutter)
- Herbstferien mit dem Vater
- Weihnachtsferien in ungeraden Jahren mit der Mutter, in geraden Jahren mit dem Vater (nachfolgende spezifische Feiertagsregelung vorbehalten)
- Sportferien in ungeraden Jahren mit dem Vater, in geraden Jahren mit der Mutter
- 24. Dezember: in ungeraden Jahren mit dem Vater, in geraden Jahren mit der Mutter.
- 25. Dezember: in ungeraden Jahren mit der Mutter, in geraden Jahren mit dem Vater
- Ostern: in ungeraden Jahren mit der Mutter, in geraden Jahren mit dem Vater.
- Pfingsten: in geraden Jahren bei der Mutter, in ungeraden Jahren beim Vater

Weitergehende Kontakte nach gegenseitiger Absprache sind jederzeit möglich. Die Parteien verpflichten sich dabei, zu kooperativem und rücksichtsvollem Vorgehen.

6. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, einen Beistand für D._____ zu bestimmen und diesen zu beauftragen, den Eltern bei der Koordination und der Planung des Besuchsrechtes zur Seite zu stehen sowie den zur Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge notwendigen Informationsfluss zu gewährleisten.

7. a) Kinderunterhalt

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, für die Dauer des Getrenntlebens an den Unterhalt von C._____ zu bezahlen: Rückwirkend ab 1. Februar 2012 Fr. 1'250.– pro Monat, zuzüglich aller erhältlichen (gesetzlichen und vertraglichen) Kinderzulagen.

Der Gesuchsgegner verpflichtet sich, die Kinderunterhaltsbeiträge im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an die Gesuchstellerin zu bezahlen, erstmals auf den 1. Februar 2012.

Die bereits bezahlten Unterhaltsbeiträge für die Monate Februar bis und mit Mai 2012 in der Höhe von je Fr. 1'200.– zuzüglich der Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 250.– werden damit verrechnet. Die Restanz von Fr. 200.– für diese Zeit wird mit dem Juniunterhaltsbeitrag überwiesen.

Die Unterhaltsbeiträge sind auch nachdem C._____ mündig geworden ist an die Gesuchstellerin zu bezahlen, solange C._____ im gleichen Haushalt wohnt und keine andere Zahlstelle bezeichnet.

b) Ehegattenunterhalt

Die Gesuchstellerin verzichtet aufgrund mangelnder Leistungsfähigkeit des Beklagten auf persönliche Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Getrenntlebens.

c) Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- Erwerbseinkommen Klägerin : 3'520.– (netto, inkl. 13. Monatslohn und eines Beitrages von C._____ in der Höhe von Fr. 100.–, exkl. Kinder- oder Ausbildungszulagen);
- Erwerbseinkommen Beklagter: Fr. 6'283.– (netto, inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinder- oder Ausbildungszulagen);
- Erweiterter Notbedarf Gesuchstellerin mit C._____ : Fr. 4'725.–;
- Erweiterter Notbedarf Gesuchsgegner mit D._____ : Fr. 4'978.–;
- Vermögen Gesuchstellerin: Rustico in I._____
- Vermögen Beklagter: 0.–

8. Die Parteien halten fest, dass für die Zeit von September 2011 bis und mit Januar 2012 Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Total Fr. 5'000.– (inklusive Kinderzulagen) vom Gesuchsgegner noch geschuldet sind. Die Gesuchstellerin verzichtet für die nächsten zwei Jahre auf die Geltendmachung dieses Betrages, vorbehältlich einer früheren rechtskräftigen güterrechtlichen Auseinandersetzung.
9. Die Steuerforderungen sind noch nicht definitiv geregelt.
10. Der Gesuchsteller verpflichtet sich, die notwendigen Unterschriften zu leisten, damit der Mietvertrag samt Mietkaution betreffend die ehemalige eheliche Wohnung an der G._____ -Strasse ..., H._____ auf die Gesuchstellerin überschrieben werden kann.

11. Die Gesuchstellerin erklärt sich damit einverstanden, dass D._____ seine persönlichen Gegenstände bei ihr abholen kommen kann.
10. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, die Kosten des vorliegenden Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.
11. Die Parteien verzichten für das Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich gegenseitig auf eine Umtriebs- und Prozessentschädigung.
10. Die Parteien beantragen dem Obergericht des Kantons Zürich gemeinsam, das vorliegende Verfahren im weiteren als durch Vergleich vollumfänglich erledigt abzuschreiben."

II.

1. Vorliegend zentraler Streitpunkt war die Obhutsregelung über die gemeinsamen Kinder.

2.1. Soweit in familienrechtlichen Angelegenheiten Kinderbelange zu regeln sind, gilt die Untersuchungs- und Officialmaxime; das Gericht muss den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen, ist an die Parteianträge nicht gebunden und hat von sich aus die nötigen Vorkehren zu treffen (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Eine von den Parteien getroffene Vereinbarung betreffend Kinderbelange wird vom Gericht dementsprechend als übereinstimmender Parteiantrag entgegengenommen und geprüft (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17 und N 117 zu Art. 176; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 159-180 ZGB, 2. Auflage, Bern 1999, N 41 zu Art. 176; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, Art. 137-158 ZGB, 3. Auflage, Bern 1980, N 252 f. und N 418 zu Art. 145 aZGB).

2.2. Beide Elternteile leben in geordneten Verhältnissen und gehen einer regelmässigen Beschäftigung nach (Urk. 10/1 f. und Urk. 46/4). Aus den Aussagen der Kinder geht hervor, dass Sie beide neben der Berufstätigkeit genügend Zeit für die Kinderbetreuung haben (Prot. S. 8 f.). Auch in Bezug auf die Wohnsituation bestehen keine Bedenken (Urk. 12/1 und 46/1). Zwar wurde vor Vo-

rinstanz einmal in den Raum gestellt, der Gesuchsgegner hätte Probleme im Umgang mit Alkohol (Urk. 9 S. 4), der in der Folge vom Gesuchsgegner eingereichte Bericht über die Untersuchung seines Blutes indiziert aber keinen übermässigen Alkoholkonsum (Urk. 18/1). Vorliegend besteht somit kein Grund, an der grundsätzlichen Erziehungsfähigkeit beider Eltern zu zweifeln.

2.3. Sind sich die Eltern – wie vorliegend – über die Zuteilung der Obhut einig, ist dies in der Regel ein Indiz dafür, dass das Kindeswohl gewahrt ist (Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 77 zu Art. 176 ZGB). Die beantragte Obhutzuteilung entspricht überdies den tatsächlichen Verhältnissen, wie sie seit Anfang Februar 2012 vorherrschen (Prot. S. 7 f.).

2.4. Der ältere der beiden Söhne, C._____, äusserte sich klar, dass er gerne bei der Gesuchstellerin wohnen möchte (Prot. S. 8 f.). Aufgrund seines Alters, er wird in rund zwei Monaten 17 Jahre alt, ist seiner Aussage grosses Gewicht beizumessen. C._____ lebt schon lange in der ehemaligen ehelichen Wohnung, durch eine Zuteilung der Obhut an die Gesuchstellerin kann C._____ ein Umzug erspart werden. Dem Antrag, die Obhut über C._____ der Gesuchstellerin zuzuteilen, ist daher stattzugeben.

2.5.1. Der jüngere der beiden Söhne, D._____, äusserte sich weniger entschieden. Er führte aus, er wolle schon lieber beim Vater wohnen, aber auch bei der Mutter, am liebsten eigentlich bei beiden (Prot. S. 12). Allerdings lehnte er es entschieden ab, zwischen den beiden Haushalten zu pendeln, dies fände er aus organisatorischen Gründen "blöd" (Prot. S. 11).

Auch D._____'s Aussagen sind sorgfältig zu würdigen, er ist zwar rund zwei Jahre jünger als C._____, aber auch in diesem Alter (14 J.) können sich Kinder normalerweise schon eine reflektierte Meinung bilden. Aus D._____'s Aussagen geht hervor, dass er durchaus im Stande ist, seine Situation und die Probleme, die im Zusammenhang mit der Trennung der Eltern auftreten, aber auch jene Schwierigkeiten, die ihn persönlich betreffen, wie z. B. sein zu hohes Körpergewicht, zu erkennen und intellektuell zu verarbeiten. Andererseits darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass D._____ aufgrund einer Auseinandersetzung mit der

Mutter überstürzt deren Wohnung verliess, weshalb das Umziehen zum Vater zumindest von einer momentanen Trotzreaktion motiviert sein könnte (Prot. S. 11).

2.5.2. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung sollen Geschwister in der Regel nicht getrennt werden, da die Vorteile der Koedukation in einer Familiengemeinschaft und das infolge der Scheidung der Eltern besonders schutzwürdige Zusammengehörigkeitsgefühl der Kinder nicht ohne zwingende Gründe gefährdet werden soll (BGE 115 II 317 E. 2). Vorliegend sind die Kinder aber schon älter, insbesondere C._____ geht bereits einer beruflichen Tätigkeit nach. In diesem Alter rückt natürlicherweise der Familienverbund in den Hintergrund, die Situation ist nicht vergleichbar mit Kindern im jüngeren Alter, welche beispielsweise die schul-/kindergartenfreie Zeit mit gemeinsamem Spielen zu Hause verbringen. Durch eine Aufteilung der Obhut der Kinder wird überdies kein Kontakt verunmöglicht, leben doch die Eltern in der gleichen Gemeinde, die jeweiligen Wohnungen können in wenigen Minuten erreicht werden. Alterstypische Aktivitäten (z. B. sportliche Aktivitäten oder Besuch der Schützengesellschaft) können nach wie vor problemlos gemeinsam ausgeübt werden. Nicht gänzlich unbeachtet bleiben darf, dass zur Zeit das Verhältnis zwischen den Brüdern wohl nicht zuletzt auch aufgrund der Konfliktsituation zwischen den Eltern etwas angespannt scheint (Prot. S. 9).

2.5.3. Es darf dabei auch nicht vergessen gehen, dass D._____ zwar schon 14 Jahre alt, aber immer noch ein Kind ist, mithin nach wie vor Erziehungsaufgaben zu bewältigen sind. Ist die Frage der Obhut nicht klar geregelt, kann das Kind dem betreuenden Elternteil stets androhen, zum anderen Elternteil zu übersiedeln, und so die Erziehung stark erschweren; dies gilt es zu vermeiden. Weiter darf bei unregelmässigen Obhutsverhältnissen auch die grosse Gefahr von Loyalitätskonflikten nicht unterschätzt werden. Im Hinblick auf das Kindeswohl ist es somit wichtig, dass das streitige Eheschutzverfahren möglichst rasch beendet wird und für D._____ klare Verhältnisse geschaffen werden. Da eine einvernehmliche Beendigung des vorliegenden Verfahrens der schnellste Weg ist, die anzustrebenden klaren Verhältnisse in einer von den Parteien akzeptierbaren Art zu

schaffen, spricht dieser Umstand für die von den Parteien beantragte Aufteilung der Obhut.

2.5.4. Insgesamt rechtfertigt es sich daher, vom Grundsatz abzuweichen, dass Geschwister nicht getrennt werden sollen. Dementsprechend ist auch dem Antrag, es sei die Obhut über D._____ dem Gesuchsgegner zuzuweisen, stattzugeben.

2.6. Das gemäss Ziffer 5 der Vereinbarung vom 9. Mai 2012 beantragte Besuchsrecht der Gesuchstellerin (vgl. S. 6 hiavor) orientiert sich an der gerichtlichen Regelung, es ist ausgewogen und den Umständen angemessen. Es ist daher so wie beantragt festzulegen.

2.7. Gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB kann dem Kind ein Beistand, der die Eltern mit Rat und Tat unterstützt, ernannt werden. Die Parteien haben gemeinsam beantragt, einen solchen zu bestellen, um ihnen bei der Koordination des Besuchsrechtes behilflich zu sein sowie, damit die zur Ausübung der gemeinsamen Sorge notwendigen Informationen sicher ausgetauscht werden können.

Aus dem bisherigen Verfahrensverlauf geht hervor, dass es zwischen den Parteien zu einem schwerwiegenden Zerwürfnis gekommen ist, es mussten Massnahmen gemäss dem Gewaltschutzgesetz verhängt werden (Urk. 40/2) und gegen den Gesuchsgegner wurde gar ein Strafverfahren wegen Drohung gegen die Gesuchstellerin eröffnet. Dieses konnte zwischenzeitlich zwar mit Einverständnis der Gesuchstellerin sistiert werden (Urk. 47/2 S. 2), auch wohnen die Parteien nicht mehr zusammen, nichtsdestotrotz ist nach wie vor von einem sehr grossen Konfliktpotential auszugehen.

Für D._____ stehen wichtige Entscheidungen bevor, da seine obligatorische Schulzeit bald zu Ende sein wird. Da die Parteien nach wie vor die gemeinsame elterliche Sorge innehaben, müssen sie über die nötigen Informationen verfügen, um die anstehenden Entscheidungen zunächst gemeinsam treffen, hernach gemeinsam tragen und allenfalls auch gemeinsam gegenüber D._____ durchsetzen zu können. Beiden Parteien ist dies klar, wie an ihrem Antrag erkennbar ist. Auf-

grund ihrer starken zwischenmenschlichen Spannungen zweifeln sie aber an ihrer Fähigkeit, gemäss dieser Einsicht zu handeln, und möchten hierfür Hilfe in Anspruch nehmen. Ein Beistand im Sinne von Art. 308 ZGB kann genau diese Hilfestellung bieten. Er ist eine neutrale Ansprechperson für die Parteien, er kann unbelastet von persönlichen Konflikten die Parteien nach Informationen beispielsweise betreffend D.____s Lehrstellenwahl anfragen und diese an die andere Partei weiterleiten. Er kann aber auch bei der Koordination des Besuchsrechtes behilflich sein und dabei verhindern, dass aufgrund organisatorischer Herausforderungen neuer Zwist zwischen den Parteien entsteht.

Dem Antrag auf Bestellung eines Beistandes ist daher stattzugeben.

2.8. Die von den Parteien beantragten Unterhaltszahlungen für C.____ geben zu keinen Bemerkung Anlass, der entsprechende Antrag ist gutzuheissen.

3. Hinsichtlich der weiteren in der Vereinbarung vom 9. Mai 2012 getroffenen Regelungen findet die Dispositionsmaxime Anwendung. Die Parteien können über diese Streitgegenstände verfügen. Entsprechend ist in diesem Umfang von der Vereinbarung Vormerk zu nehmen. Die Vereinbarung hat diesbezüglich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Urk. 62; Art. 241 Abs. 2 ZPO).

III.

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG, LS 211.11) auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

2. Antragsgemäss und in Anwendung von Art. 109 Abs. 1 ZPO ist davon abzusehen, Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren zuzusprechen. Vom gegenseitigen Verzicht auf eine Prozessentschädigung ist aber Vormerk zu nehmen.

3.1. Beide Parteien haben für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege beantragt (Urk. 37 S. 3, Urk. 44 S. 2).

3.2. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf die unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst unter anderem die gerichtliche Bestellung einer Rechtsvertretung, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

3.3. Nach der Rechtsprechung gilt als bedürftig, wer die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne die Mittel anzugreifen, deren er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie bedarf. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse.

3.4.1. Der prozessuale Notbedarf der Gesuchstellerin setzt sich wie folgt zusammen: Ihr ist gemäss Ziff. II.2.2 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend nur noch Kreisschreiben) ein Grundbetrag in der Höhe von Fr. 1'350.– sowie ein Grundbetrag für C._____ in der Höhe von Fr. 600.– zuzugestehen. Ihre Wohnkosten in der Höhe von Fr. 1'633.– sind im Sinne von Ziff. III.1. des Kreisschreibens angemessen (Urk. 10/4 f.). Die Kosten für die Krankenkasse (nur KVG) der Gesuchstellerin betragen Fr. 262.80, jene von C._____ (nur KVG) Fr. 73.50 (Urk. 54/2-3). Die Hausratversicherung kostet rund Fr. 45.00 (Urk. 12/5), für Telefon, Radio, TV (inkl. Billag) sind die gerichtsüblichen Fr. 120.– einzusetzen. Das ZVV-Billet für den Arbeitsweg ist mit Fr. 58.– anzurechnen (Urk. 10/9). Da die Gesuchstellerin vom Arbeitgeber keine Essensvergünstigung erhält, sich aber an ihrem Arbeitsplatz am J._____ verpflegen muss, rechtfertigt es sich, ihr für auswärtige Verpflegung einen Betrag von Fr. 120.– zuzugestehen. Aufgrund

der Kleidervorschriften bei ihrer Arbeit (weisse Bluse, schwarzer Blazer) ist ein Betrag von Fr. 45.– für Arbeitskleidung angebracht (Urk. 9 S. 6 f.). Die Gesundheitskosten in der Höhe von Fr. 100.– sind belegt (Urk. 10/15). Vorliegend müssen auch die laufenden Steuern berücksichtigt werden, da keine Anzeichen bestehen, dass diese nicht bezahlt werden (Urteil des Bundesgerichts 5P.233/2005 vom 23. November 2005 E. 3.2.3 m.w.H.). Für die Steuern ist somit ein geschätzter Betrag von Fr. 350.– zu veranschlagen. Insgesamt beläuft sich der monatliche Grundbedarf der Gesuchstellerin auf rund Fr. 4'760.–. Diesem Grundbedarf steht ein Arbeitseinkommen von rund Fr. 3'420.– (vgl. S. 7 hiavor und Urk. 10/1 f.), ein Beitrag von C._____ aus seinem Lehrlingslohn in der Höhe von Fr. 100.– (vgl. S. 7 hiavor) sowie Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'250.– (Vgl. vgl. S. 7 hiavor), also insgesamt Fr. 4'770.– gegenüber.

Die Gesuchstellerin verfügt somit über keinen nennenswerten Freibetrag, aus welchem sie den Prozess finanzieren könnte.

3.4.2. Die Gesuchstellerin hat ein Rustico in I._____. Aus den Akten geht hervor, dass dessen Wert vom ... Finanzministerium [des Staates I._____] auf € 36'267.21 veranschlagt wurde (Urk. 17/1). Die Gesuchstellerin ist grundsätzlich verpflichtet, zunächst ihr Vermögen zur Prozessfinanzierung anzugreifen, bevor ihr die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden kann. Auch Immobilien sind zur Prozessfinanzierung einzusetzen, sei es durch Belehnung oder Verkauf. Zwar ist der Gesuchstellerin – insbesondere vor dem Hintergrund ihrer angespannten finanziellen Situation und der Verpflichtungen gegenüber zweien in Ausbildung stehenden Kinder – ein gewisser Notgroschen zuzugestehen, dieser ist aber kleiner als der Wert der Liegenschaft zu bemessen.

Eine Belehnung wäre aufgrund des sehr kleinen Freibetrages nicht tragbar; eine entsprechende Anfrage müsste von einem seriösen Kreditinstitut aus Sorgfaltsgründen abgelehnt werden. Es wäre daher ein Verkauf der Liegenschaft zu prüfen.

Dem hält die Gesuchstellerin entgegen, die Eigentumsverhältnisse seien nicht klar. Das Grundstück gehöre ihren Eltern, das darauf errichtete Haus aber

ihr (Prot.-I S. 14). Das Haus könne daher nicht innert nützlicher Frist verkauft werden (Urk. 37 S. 13). Es sei nicht vermietet und werde von ihren Eltern betreut (Prot.-I S. 14).

Es gilt bei der Würdigung dieser Umstände zu berücksichtigen, dass es sich vorliegend um ein summarisches Verfahren handelt. Dieses ist beförderlich zu behandeln. Besonders in Hinblick auf D.____s Situation scheint es von grosser Wichtigkeit, schnell stabile Verhältnisse zu schaffen. Die Notwendigkeit der Verfahrensbeschleunigung bringt es mit sich, dass nicht alle Fragen bis ins Detail geklärt werden können. Zieht man in Betracht, dass sowohl der Verkauf einer Liegenschaft stets mit grösseren Umtrieben und auch gewissen Kosten verbunden ist als auch der Nachweis der Liquidierbarkeit einer Liegenschaft anspruchsvoller rechtlicher und tatsächlicher Abklärungen bedarf, zumal sich die betreffende Liegenschaft in I.____ befindet, rechtfertigt es sich gerade noch, die Unmöglichkeit eines Verkaufs der Liegenschaft innert nützlicher Frist als glaubhaft gemacht zu betrachten. Die Gesuchstellerin ist aber darauf hinzuweisen, dass in einem ordentlichen Verfahren – wie beispielsweise einem Scheidungsverfahren –unter Umständen deutlich höhere Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt werden.

3.4.3. Die Bedürftigkeit der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO ist daher zu bejahen.

3.5.1. Der prozessuale Notbedarf des Gesuchsgegners setzt sich wie folgt zusammen: Ihm ist gemäss Ziff. II.2.2 des Kreisschreibens ein Grundbetrag in der Höhe von Fr. 1'350.– sowie ein Grundbetrag für D.____ in der Höhe von Fr. 600.– zuzugestehen. Seine Wohnkosten in der Höhe von gerundet Fr. 1'700.– sind im Sinne von Ziff. III.1. des Kreisschreibens angemessen (Urk. 47/1). Die Kosten für die Krankenkasse (nur KVG) betragen Fr. 318.70, jene von D.____ (nur KVG) Fr. 73.50 (Urk. 54/3). Für die Hausratversicherung sind wie bei der Gesuchstellerin Fr. 45.00 für Telefon, Radio, TV (inkl. Billag) und die gerichtsüblichen Fr. 120.– einzusetzen. Das ZVV-Billet für den Arbeitsweg ist mit Fr. 58.– anzurechnen (Urk. 10/9). Aufgrund seiner ganztägigen Berufstätigkeit im Vollpen-

sum kann auch ihm ein Betrag von Fr. 120.– für auswärtige Verpflegung gemäss Ziff. III. 3.2 des Kreisschreibens zugestanden werden. Die Gesundheitskosten in der Höhe von Fr. 40.– scheinen aufgrund der Probleme mit dem Knie, der entsprechenden Operation und der Jahresfranchise von Fr. 500.– als angemessen (Urk. 5 , 7 und 47/12). Sodann ist dem Gesuchsgegner aufgrund seiner Arbeitszeiten Fr. 150.– als Beitrag an die Kosten seines Autos anzurechnen (Urk. 18/3). Die Kosten für den Musikunterricht von D._____ in der Höhe von Fr. 106.– pro Monat sind ausgewiesen. Diese dienen der sinnvollen musischen Förderung von D._____, sie können daher im prozessualen Notbedarf eingerechnet werden (Urk. 47/13). Vorliegend müssen auch die laufenden Steuern berücksichtigt werden, da keine Anzeichen bestehen, dass diese nicht bezahlt werden (Urteil des Bundesgerichts 5P.233/2005 vom 23. November 2005 E. 3.2.3 m.w.H.). Für die Steuern ist somit gleich wie bei der Gesuchstellerin ein geschätzter Betrag von Fr. 350.– zu veranschlagen. Schliesslich ist seine Unterhaltsverpflichtung in der Höhe von Fr. 1'250.– zu beachten. Insgesamt beläuft sich der prozessuale Grundbedarf des Gesuchsgegners auf Fr. 6'281.20. Diesem Grundbedarf steht ein Arbeitseinkommen von rund Fr. 6'283.– (vgl. S. 7 hiavor) gegenüber.

Der Gesuchsgegner verfügt somit über praktisch keinen Freibetrag. Die Bedürftigkeit des Gesuchsgegners im Sinne von Art. 117 Abs. 1 lit. a ZPO ist daher ebenfalls zu bejahen.

3.6 Die Rechtsbegehren der Parteien konnten nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Auch hat das vorliegende familienrechtliche Verfahren eine Komplexität und Wichtigkeit, welche den Beizug einer Rechtsanwältin als sinnvoll und angebracht erscheinen lässt. Die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 117 Abs. 1 lit. b ZPO und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO sind somit ebenfalls erfüllt.

3.7. Den Parteien ist die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich zu bewilligen.

Es wird erkannt:

1. In Abänderung der Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht vom 19. August 2011 (Proz.-Nr. EE110005) wird die Obhut über D._____, geb. tt.mm.1998, für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner übertragen. D._____ wird demzufolge beim Gesuchsgegner wohnen.
2. In Abänderung der Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach, Einzelgericht vom 19. August 2011 (Proz.-Nr. EE110005) wird die Obhut über C._____, geb. tt.mm.1995, für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin übertragen. C._____ wird demzufolge bei der Gesuchstellerin wohnen.
3. Die Gesuchstellerin ist berechtigt, D._____, geb. tt.mm.1998 für die Dauer des Getrenntlebens jedes zweite Wochenende, erstmals am Wochenende vom 18. bis 20. Mai 2012, von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 20.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Die Gesuchstellerin ist zudem berechtigt, einmal pro Woche mit D._____ Besuchskontakt zu haben. Dies spricht sie mit D._____ jeweils ab.

Die Gesuchstellerin ist überdies berechtigt, D._____

- während der Sommerferien in der 4. und 5. Ferienwoche,
- während der ganzen Frühlingsferien (im Falle, dass die Ostern in die Frühlingsferien fallen, verbringt D._____ diese mit der Gesuchstellerin),
- in ungeraden Jahren während der Weihnachtsferien (nachfolgende spezifische Feiertagsregelung vorbehalten),
- in geraden Jahren während der Sportferien,
- in geraden Jahren am 24. Dezember,
- in ungeraden Jahren am 25. Dezember,
- in ungeraden Jahren während der Ostern,
- in geraden Jahren während der Pfingsten

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weitergehende Kontakte nach gegenseitiger Absprache sind jederzeit möglich.

4. Auf eine Regelung des Besuchsrechts für C._____, geb. tt.mm.1995, wird verzichtet.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, rückwirkend ab 1. Februar 2012 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens Fr. 1'250.– pro Monat, zuzüglich aller erhältlichen (gesetzlichen und vertraglichen) Kinderzulagen an den Unterhalt von C._____, geb. tt.mm.1995, zu bezahlen. Die Kinderunterhaltsbeiträge sind im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an die Gesuchstellerin zu bezahlen, erstmals auf den 1. Februar 2012.

Die Unterhaltsbeiträge sind, auch nachdem C._____ mündig geworden ist, an die Gesuchstellerin zu bezahlen, solange C._____ im gleichen Haushalt wohnt und keine andere Zahlstelle bezeichnet.

6. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Gesuchsgegner für die Monate Februar 2012 bis und mit Mai 2012 bereits je Fr. 1'200.– für C._____ bezahlt und sich verpflichtet hat, die Restanz von Fr. 200.– zusammen mit dem Unterhaltsbeitrag für den Monat Juni 2012 zu bezahlen.
7. Für D._____, geb. tt.mm.1998, wird im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB eine Beistandschaft angeordnet.

Dem Beistand werden die folgenden Aufgaben übertragen:

- Unterstützung der Parteien bei der Koordination und der Planung des Besuchsrechts,
- Unterstützung der Parteien beim Austausch der zur Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge über D._____ notwendigen Informationen,
- Sicherstellung des nötigen Informationsaustausches, dass die Parteien die gemeinsame Sorge für D._____ wahrnehmen können,
- Unterstützung der Parteien bei der Entscheidungsfindung im Rahmen ihrer gemeinsamen Sorge für D._____.

8. Im Übrigen wird die Vereinbarung der Parteien vom 9. Mai 2012 vorgemerkt und das Berufungsverfahren abgeschrieben.
9. Den Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich gewährt. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwältin lic. iur. X._____, dem Gesuchsgegner Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
10. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.–.
11. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
12. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf eine Prozessentschädigung wird Vormerk genommen.
13. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Bülach und die Vormundschaftsbehörde der Stadt F._____, ... [Adresse] je gegen Empfangsschein.
14. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat betreffend die Dispositiv-Ziffern 1 und 2 aufschiebende Wirkung.

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

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

Zürich, 24. Mai 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
se