

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE110064-O/U, damit vereinigt Geschäfts-Nr. LE110065

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. B. Demuth

Beschluss und Urteil vom 22. Februar 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (Obhut etc.)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 10. November 2011 (EE100187)**

**Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am
Bezirksgericht Winterthur vom 10. November 2011 (Urk. 78):**

Es wird verfügt:

1. Dem Beklagten wird mit Wirkung ab dem 21. September 2011 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt.
2. Es wird festgestellt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind, und es wird davon Vormerk genommen, dass sie seit dem 21. September 2010 getrennt leben.
3. Beiden Parteien wird die elterliche Obhut über die Kinder, C._____, geb. tt.mm.2005, und D._____, geb. tt.mm.2007, entzogen.
4. Die [recte Der] Vormundschaftsbehörde der Stadt E._____ wird die angemessene Unterbringung der Kinder übertragen.
5. Für die Kinder wird eine Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB angeordnet.

Dem Beistand werden folgende besonderen Befugnisse und Aufgaben übertragen:

- für den zweckmässigen Vollzug und die laufende Überwachung der Unterbringung der Kinder zu sorgen,
- beiden Parteien bei ihrer Elternaufgabe aktiv mit Rat und Tat zu unterstützen,
- die Modalitäten des den Parteien zustehenden Besuchsrechts gemäss Dispositiv Ziffer 7 (Beginn und Ende der einzelnen Besuchstage, Übergabemodalitäten, etc.) zu regeln und zu überwachen,
- das Besuchsrecht der Parteien im Bedarfsfall einzuschränken oder auszudehnen,
- bei einer Gefährdung des Kindeswohls einzugreifen und die notwendigen Massnahmen zu treffen,

unter dem Hinweis darauf, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist.

6. Die Vormundschaftsbehörde der Stadt E. _____ wird ersucht, einen Beistand zu ernennen.
7. Beide Parteien werden berechtigt erklärt, die Kinder alternierend alle vierzehn Tage über das Wochenende auf eigene Kosten zu sich auf Besuch zu nehmen.
8. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, die Kinder zusätzlich in den Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag sowie in den Jahren mit gerader Jahreszahl am 24./25. Dezember und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl am 26. Dezember und vom 31. Dezember auf den 1. Januar auf eigene Kosten zu sich auf Besuch zu nehmen.
9. Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Kinder zusätzlich in den Jahren mit ungerader Jahreszahl von Karfreitag bis Ostermontag und in den Jahren mit gerader Jahreszahl von Pfingstsamstag bis Pfingstmontag sowie in den Jahren mit ungerader Jahreszahl am 24./25. Dezember und in den Jahren mit gerader Jahreszahl am 26. Dezember und vom 31. Dezember auf den 1. Januar auf eigene Kosten zu sich auf Besuch zu nehmen.
10. Ferner wird beiden Parteien das Recht eingeräumt, nach Absprache mit dem Beistand die Kinder jährlich während zwei Wochen während den Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.
11. Der Beklagte wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder, C. _____, geb. tt.mm.2005, und D. _____, geb. tt.mm.2007, einen monatlichen Beitrag von je Fr. 900.– zuzüglich allfällige Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar an den Beistand.
12. Es wird festgestellt, dass der Beklagte mangels Leistungsfähigkeit derzeit nicht zu persönlichen Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin verpflichtet werden kann.
13. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'850.– Gutachten Jugendsekretariat
Fr. 9'043.– Gutachten M. _____
Fr. 1'600.– Gutachten Jugendsekretariat
Fr. 13'993.–

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

14. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, infolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die in § 92 ZPO ZH umschriebene Nachzahlungspflicht für die Gerichtskosten und die Aufwendungen der Rechtsvertretungen bleibt vorbehalten.
15. Den Parteien werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
16. (Schriftliche Mitteilung)
17. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge zur Erstberufung (LE110064):

Des Beklagten, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (Urk. 77 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 10. November 2011 sei betr. Ziff. 3. - 11. und 15. sinngemäss wie folgt zu ändern:
 - a) Die elterliche Obhut über die Kinder C._____, geb. tt.mm.2005, und D._____, geb. tt.mm.2007, sei dem Vater zuzuteilen.
 - b) Der Berufungsbeklagten sei ein übliches Besuchsrecht zu erteilen.
 - c) Die Berufungsklägerin [recte Berufungsbeklagte] sei zu verpflichten, dem unterzeichnenden Rechtsanwalt Fr. 7'390.50 (inkl. 8% MwSt.) an seine Kosten zu bezahlen.
 - d) Eventualiter sei der unterzeichnende Rechtsanwalt gemäss § 89 Abs. 2 ZPO ZH zu honorieren.
2. Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren."

Berufungsanträge zur Zweitberufung (LE110065):

Der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (Urk. 82 S. 2 f.):

- "1. Es sei die Obhut über die beiden Kinder C._____, geboren tt.mm.2005, und D._____, geboren tt.mm.2007, der Klägerin alleine zuzuteilen (entgegen Ziffer 3 und 4 der vorinstanzlichen Verfügung).
2. Eventualiter sei eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 ZGB anzuordnen, ohne Befugnis des Obhutsentzug-Vollzuges und der laufenden Überwachung der Unterbringung der Kinder (entgegen Ziffer 5 und 6 der vorinstanzlichen Verfügung).
3. Es sei der Beklagte berechtigt zu erklären, die Kinder am ersten und dritten Wochenende jeden Monats von Samstagmorgen 0800 Uhr bis Sonntagabend

1900 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (entgegen Ziffer 7 der vorinstanzlichen Verfügung). Über weitere Besuchsrechte einigen sich die Parteien in gemeinsamer Absprache miteinander.

4. Es sei dem Beklagten ein gerichtsbliches Feiertags- und ein jährlich zweiwöchiges Ferienbesuchsrecht während den Schulferien einzuräumen, nach Absprache mit dem eventuell einzusetzenden Beistand, an welchem er berechtigt ist, beide Kinder auf eigene Kosten zu sich oder mit sich zu nehmen (entgegen Ziffer 8, 9 und 10 der vorinstanzlichen Verfügung).
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für sie und die beiden Kinder C._____, geboren tt.mm.2005, und D._____, geboren tt.mm.2007 monatliche im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von total CHF 1'800.– (davon je CHF 800.– für jedes Kind), zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen, rückwirkend ab 1. Oktober 2010 (entgegen Ziffer 11 der vorinstanzlichen Verfügung, gemäss Verfügung vom 22. Juni 2011 (act. 54)).

Sodann stelle ich im Zusammenhang mit dem Gutachten des Jugendsekretariates E._____ folgende formellen Anträge:

6. Es sei der Klägerin die umfassende Einsichtnahme in
 - a) die Korrespondenz und Kontakte des Beklagten mit dem Jugendsekretariat,
 - b) insbesondere in die vorhandenen Videoaufnahmen, insbesondere diejenige vom 6. Mai 2011,
 - c) den vom Jugendsekretariat dem internationalen Sozialdienst zugestellten Zwischenbericht mit dem konkreten Adressaten,zu gewähren und ihr eine entsprechende Frist zur Stellungnahme/Wahrung des rechtlichen Gehörs gerichtlich anzuordnen.
7. Es seien
 - a) die Klägerin
 - b) die Mutter der Klägerin
 - c) der Stiefvater der Klägerin
 - d) die Krippenleiterin von D._____ und
 - e) die beiden Kinder C._____ und D._____durch gerichtliche Anhörung zur Aktualisierung der derzeit herrschenden Zustände gerichtlich zu befragen.
8. Es sei der Beklagte dazu zu befragen, wann er der Klägerin sein Ultimatum "Ehemann oder Schwiegermutter" stellte und ob dies Frau F._____ wirklich mitgehört hat.
9. Es seien beide Parteien zu den konkreten Umständen der Kinderübergaben in den letzten Wochen gerichtlich zu befragen.
10. Es seien die Aussagen der Kindergärtnerin Frau G._____ ersatzlos zu streichen, eventualiter sei sie zu ihren Informationsquellen und ihrer generellen Einschätzung gerichtlich zu befragen.
11. Es sei Frau H._____ umfassend und detailliert
 - a) zu den genauen Umständen, zur konkreten Dauer ihrer Besuche bei der Klägerin und beim Beklagten sowie
 - b) wer, wann, wie lange und worüber konkret gesprochen hat und
 - c) wer an welchen Kinderübergaben konkret dabei war und was dabei genau beobachtet wurde,

gerichtlich zu befragen und die soll im Abklärungsbericht auch entsprechend aufgeführt werden.

12. Es seien Frau I. _____ und Frau J. _____ über ihre Einschätzungen gerichtlich zu befragen respektive von ihnen ein aktueller, schriftlicher Wahrnehmungsbericht einzufordern.
13. Es seien die Besuche eines/einer neuen Gutachtensbeauftragten beim Beklagten und der Klägerin unter Einhaltung eines längeren Beobachtungszeitraumes und eine entsprechende Berichterstattung gerichtlich anzuordnen.
14. Es sei der Abklärungsbericht des Jugendsekretariates E. _____ vom 12. August 2011 von einer anderen geeigneten Institution neu zu verfassen, unter Beachtung
 - a) der Ausgewogenheit und strikten Neutralität,
 - b) der zwischenzeitlichen Entwicklungen der Eltern und Kinder,
 - c) unter Wahrung des Amtsgeheimnisses und des Datenschutzgesetzes,
 - d) unter ersatzloser Weglassung vertraulicher Kommunikation zwischen der Klägerin und dem Jugendsekretariat,
 - e) unter ersatzloser Weglassung unzulässig erhobener Beweismittel,
 - f) unter ersatzloser Weglassung der Ausführungen von Frau F. _____ als befangene Auskunftsperson,
 - g) mit den Aussagen und Einschätzung von Frau K. _____ zu ergänzen,
 - h) eines längeren Beobachtungszeitraumes,
 - i) der ... [Sprache des Landes L. _____] Muttersprache der beiden Kinder von einer Beobachtungsperson mit ... [Sprache des Landes L. _____] Muttersprache,
 - j) unter Weglassung von Vermutungen über zukünftige Entwicklungen,
 - k) der kritischen Würdigung der Aussagen der Parteien,
 - l) unter Weglassung unzulässiger Ursachenverknüpfungen (C. _____s Defizite mit der Trennung),
 - m) der Praktikabilität einer einfachen Lösung wie einer Erziehungsbeistandschaft für die Klägerin,
 - n) und Berücksichtigung der biologischen Nähe zwischen den Kindern und der Klägerin als Mutter,
 - o) der seit über einem Jahr faktischen Obhut der Klägerin über die beiden Kinder,
 - p) eines notwendigen Schulwechsels beider Kinder bei Umteilung der elterlichen Obhut an den Beklagten.
15. Eventualiter seien
 - a) der Schlussbericht über die kinderpsychologische Abklärung des Jugendsekretariates E. _____ vom 15. Mai 2011
 - b) der Schlussbericht Abklärung M. _____ Mutter vom 15. Juli 2011
 - c) der Schlussbericht Abklärung M. _____ Vater vom 15. Juli 2011von einer neuen Person neu zu verfassen unter Berücksichtigung der obigen Anträge.
16. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu Lasten des Beklagten.
17. Es sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person des derzeitigen Vertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen seit dem 22. September 2010 in einem Eheschutzverfahren vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur (Urk. 1). Mit Verfügung vom 10. November 2011 regelte die Vorinstanz das Getrenntleben der Parteien (Urk. 74, Urk. 78 S. 18 f.).

2. Mit fristgerechter Eingabe vom 24. November 2011 reichten die Parteien ein von beiden unterzeichnetes und mit 'Berufung' betitelttes Dokument ein (Urk. 76). Gleichentags ging vom Rechtsvertreter des Beklagten eine (separate) Berufungsschrift ein (Urk. 77) (Erstberufung). Der Rechtsvertreter der Klägerin liess mit Eingabe vom 23. November 2011, hierorts eingegangen am 28. November 2011, ebenfalls Berufung (Zweitberufung) erheben, welche unter der Prozessnummer LE110065 angelegt wurde (Urk. 82 im Prozess LE110065).

3. Mit Präsidialverfügung vom 1. Dezember 2011 wurde der Berufung der Parteien die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 84).

4. Schliesslich wurden die Parteien mit Vorladung vom 16. Dezember 2011 zur Vergleichsverhandlung auf den 15. Februar 2012 vorgeladen (Urk. 85).

II.

1. Anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 15. Februar 2012 schlossen die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts folgende Vereinbarung (Urk. 89, Prot. S. 5):

" 1. Elterliche Obhut

Die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2005, und D._____, geb. tt.mm.2007, verbleiben während der Dauer des Getrenntlebens unter gemeinsamer elterlicher Obhut der Parteien.

2. Betreuung

Der Beklagte betreut die Kinder jeweils von Sonntagabend um 19.00 Uhr bis Mittwochmittag nach Schulschluss.

Die Klägerin betreut die Kinder jeweils von Mittwochmittag nach Schulschluss bis Samstagmorgen um 9.00 Uhr.

Die Wochenenden zwischen Samstagmorgen 9.00 Uhr und Sonntagabend 19.00 Uhr verbringen die Kinder alternierend beim Beklagten oder bei der Klägerin.

In den Jahren mit gerader Jahreszahl verbringen die Kinder Weihnachten und Ostern bei der Klägerin, Pfingsten und Neujahr beim Beklagten. In den Jahren mit ungerader Jahreszahl verbringen die Kinder Weihnachten und Ostern beim Beklagten, Pfingsten und Neujahr bei der Klägerin.

Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder jeweils in den ersten drei Wochen der Schulsommerferien sowie in der ersten Woche der Schulfrühlingsferien zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Parteien sprechen sich über die Betreuung während weiterer Feiertage und der übrigen Schulferien jeweils bis Ende Januar des jeweiligen Jahres ab.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen sind nach gegenseitiger Absprache der Parteien möglich.

3. Unterhalt

Der Beklagte verpflichtet sich, sämtliche anfallenden Kosten im Zusammenhang mit dem Unterhalt der Kinder zu übernehmen. Davon ausgenommen sind die Betreuungskosten (Kost und Logis) während der Betreuungszeit der Klägerin. Der Beklagte verpflichtet sich ausserdem, allfällige Fremdbetreuungskosten zu übernehmen, sofern diese durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Klägerin entstehen sollten.

4. Beistandschaft

Die Parteien erklären sich mit der Errichtung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für die Kinder C._____, geb. tt.mm.2005, und D._____, geb. tt.mm.2007, einverstanden und ersuchen das Gericht gemeinsam, die Vormundschaftsbehörde N._____ anzuweisen, einen Beistand/eine Beiständin zu ernennen und ihm/ihr die entsprechenden Aufgaben, insbesondere auch die Befugnis zu übertragen, im Falle der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Klägerin, die Betreuungsmodalitäten anzupassen.

5. Rückzug

Die Parteien ziehen ihre übrigen Berufungsanträge in den Verfahren LE110064 und LE110065 zurück.

6. Kosten

Die Parteien übernehmen die Kosten betreffend die Berufungsverfahren LE110064 und LE110065 je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Prozessentschädigung."

2. a) Die Parteien stellen in ihrer Eingabe vom 24. November 2011 den Antrag, die Kinder seien unter der gemeinsamen elterlichen Obhut zu belassen (Urk. 76). Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid vom 10. November 2011 den Parteien die Obhut über die Kinder C._____, geb. tt.mm.2005, und D._____, geb. tt.mm.2007, entzogen und der Vormundschaftsbehörde der Stadt E._____, deren Unterbringung übertragen (Urk. 78 S. 18, Dispositiv-Ziffer 4). Dieser Entscheid stützte sich vor allem auf das Gutachten des Jugendsekretariats E._____, vom 12. August 2011, worin eine Fremdplatzierung der Kinder empfohlen wird (Urk. 58 S. 10). In der Zwischenzeit hat sich die familiäre Situation der Parteien indes grundlegend verändert. Die Klägerin ist per 1. Januar 2012 in die Nähe des Beklagten nach N._____, gezogen, womit zumindest einer der Konfliktherde zwischen den Parteien – die räumliche Nähe der Klägerin zu ihren Eltern und deren Einfluss auf die Kinder – beseitigt werden konnte. Die Parteien machten sodann eine gemeinsame Eingabe an das Gericht und stellten bezüglich der Obhut über ihre Kinder einen gemeinsamen Antrag, was ohne entsprechende Kommunikation und Absprache respektive zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides – in der akuten Konfliktphase – nicht möglich gewesen wäre. Die Zweifel an der jeweiligen Erziehungsfähigkeit des anderen mögen damit zwar nicht restlos ausgeräumt sein, aber der gemeinsame Antrag zeigt immerhin, dass die Parteien sich gegenseitig zutrauen, sich ausreichend um die Kinder kümmern zu können. Der Obhutsentzug ist im Rahmen der Kindeschutzmassnahmen diejenige mit den – insbesondere für die Kinder – grössten und einschneidendsten Konsequenzen und ist deshalb lediglich dann anzuordnen, wenn eine ernsthafte Gefährdung des Kindeswohls im Raum steht, welcher nicht mit mildereren Massnahmen begegnet werden kann. Die Parteien haben sich anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 15. Februar 2012 auf einen Betreuungsplan geeinigt sowie ein Konzept betreffend die Übernahme der Kosten im Zusammenhang mit der Betreuung und dem Unterhalt der Kinder vereinbart. Zudem haben sie sich mit der Errichtung einer Beistandschaft für die Kinder einverstanden erklärt. Mit Blick auf das Kindeswohl und

unter Beachtung der seit dem Entscheid der Vorinstanz eingetretenen Veränderungen, sowohl räumlich (Wohnorts- und Schulwechsel) als auch in den familiären Strukturen und im Verhältnis zwischen den Parteien untereinander, steht einer gemeinsamen Obhut, ergänzt durch eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB, nichts entgegen. Allfälligen erzieherischen Defiziten, insbesondere der Klägerin, wie sie im Abklärungsbericht des Jugendsekretariats E. _____ aufgeführt sind (Urk. 58 S. 8) sowie der Problematik der übermässigen Fremdbetreuung der Kinder kann mit dem von den Parteien vereinbarten Betreuungsplan sowie mit der Errichtung einer Beistandschaft angemessen begegnet werden.

b) In finanzieller Hinsicht ist zu bemerken, dass die Leistungsfähigkeit des Beklagten gemäss vorinstanzlichem Entscheid rund Fr. 1'800.-- beträgt (Urk. 78 S. 16). Er ist demnach in der Lage, den in Ziffer 3 der Vereinbarung übernommenen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Bei der Klägerin ging die Vorinstanz von einem Erwerb ersatz Einkommen (ALV) von Fr. 1'475.-- aus (Urk. 78 S. 15, Urk. 8 S. 6, Urk. 37/1: versicherter Verdienst: Fr. 2'013.-- bei einem Pensum von 60-70%). Die Klägerin beabsichtigt, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, um den Kinderunterhalt mitfinanzieren zu können (Urk. 76), wobei dadurch entstehende Fremdbetreuungskosten gemäss Vereinbarung zu Lasten des Beklagten gehen sollen. Die Klägerin ist per 1. Januar 2012 nach N. _____ an den Wohnort des Beklagten gezogen, wo sie eine Dreizimmerwohnung für Fr. 950.-- brutto gemietet hat (Urk. 87). Unter diesen Umständen erscheint die von den Parteien in Ziffer 3 getroffene Regelung, wonach die Klägerin für Kost und Logis der Kinder während ihrer Betreuungszeit aufzukommen hat, gerade noch genehmigungsfähig, auch wenn das genaue Erwerbseinkommen der Klägerin im heutigen Zeitpunkt nicht bekannt ist. Um ihren eigenen Unterhalt zu bestreiten und denjenigen ihrer beiden Kinder mit zu finanzieren, wird sie sich um eine vollzeitliche Anstellung bemühen müssen, so dass diesem Entscheid eine 100%-Tätigkeit der Klägerin zugrunde zu legen ist.

3. Das Rechtsmittelverfahren steht unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272; Art. 405 Abs. 1 ZPO).

4. Eine Parteivereinbarung hat in Kinderbelangen, die der Oficialmaxime unterstehen, lediglich die Bedeutung übereinstimmender Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Die Parteien haben sich in der Vereinbarung für die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Obhut ausgesprochen. Die Anordnung eines gemeinsamen elterlichen Obhutsrechts im Eheschutzverfahren ist zulässig (ZK-Bräm, N 83 zu Art. 176 ZGB). Eine gerichtliche Regelung über die Kontakte der Eltern zum Kind ist dann sinnvoll, wenn die Eltern dies beantragen (ZK-Bräm, N 107 zu Art. 176 ZGB). Aus dem vorstehend in Erw. II/2 Ausgeführten ergibt sich, dass das Wohl der Kinder keine andere Regelung erfordert und die Vereinbarung – soweit Kinderbelange betroffen sind – genehmigt werden kann bzw. die entsprechenden autoritativen Anordnungen getroffen werden können. Aufgrund von Ziffer 4 der Vereinbarung ist dem zu bestellenden Beistand die Aufgabe zu übertragen,

- die Eltern bei der Wahrnehmung und Erfüllung ihrer Elternaufgabe aktiv mit Rat und Tat zu unterstützen;
- die Parteien bei der Umsetzung des von ihnen vereinbarten Betreuungskonzeptes bei Bedarf zu unterstützen;
- die Betreuungsmodalitäten bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Klägerin anzupassen.

Im Übrigen ist das (vereinigte) Berufungsverfahren aufgrund der beidseitigen Rückzüge abzuschreiben.

5. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Entscheids werden demnach formell rechtskräftig und vollstreckbar. Vorliegend wurde der Entscheid der Vorinstanz vom 10. November 2011 in den Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 12 bis 14 mit Ablauf der Berufungsfrist am 25. November 2011 (Urk. 75) rechtskräftig.

6. Da sich im vorliegenden Verfahren wie auch im Berufungsverfahren LE110065 dieselben Parteien in derselben Rechtssache gegenüberstehen und sich die Themen beider Verfahren grösstenteils überschneiden, ist das Berufungsverfahren LE110065 mit dem vorliegenden Verfahren zu vereinigen, unter der Prozessnummer LE110064 weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben.

III.

1. Wie schon im erstinstanzlichen Verfahren beantragen beide Parteien für das Berufungsverfahren erneut (Art. 119 Abs. 5 ZPO entsprechend) die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. b und c ZPO (Urk. 82 und Urk. 85 im Prozess LE110065, Urk. 77).

Aus den im Recht liegenden Unterlagen (Urk. 7/1-11, Urk. 9/3, Urk. 11/1-7, Urk. 37/1-6, Urk. 48/1-4) geht die Mittellosigkeit der Parteien hervor. Als aussichtslos können ihre Rechtsbegehren nicht bezeichnet werden. Damit sind die Voraussetzungen für die Befreiung von den Gerichtskosten nach Art. 117 ZPO (in Verbindung mit Art. 29 Abs. 3 Satz 1 BV) erfüllt. Des Weiteren erscheint die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung zur gehörigen Wahrung der Rechte der Parteien im Rechtsmittelverfahren vorliegend sachlich notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO, Art. 29 Abs. 3 Satz 2 BV).

Demnach ist den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren antragsgemäss zu bewilligen. Der Klägerin wird bis 25. November 2011 Rechtsanwalt lic. iur. Z._____ und ab 30. November 2011 Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. Dem Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.

2. Mit dem in Ziffer 5 der Vereinbarung erklärten Rückzug der übrigen Berufungsanträge ist Dispositiv-Ziffer 15 der Verfügung der Vorinstanz vom 10. November 2011 betreffend die Prozessentschädigungen (Urk. 74, Urk. 78) ebenfalls rechtskräftig geworden.

3. 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. 2'000.– festzusetzen.

Bei einem Vergleich trägt nach Art. 109 Abs. 1 ZPO grundsätzlich jede Partei die Prozesskosten nach Massgabe des Vergleichs. Entsprechend sind die zweitinstanzlichen Gerichtskosten den Parteien vereinbarungsgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen, wobei sie aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege von der Zahlung befreit sind, vorbehältlich der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

4. Ebenfalls nach Massgabe des Vergleichs ist davon abzusehen, Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Prozessführung bewilligt.
2. Der Klägerin wird bis 25. November 2011 Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ und ab 30. November 2011 Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Dem Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
4. Das Berufungsverfahren LE110065 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und unter der Prozessnummer LE110064 weitergeführt.
5. Das Berufungsverfahren LE110065 wird als dadurch erledigt abgeschlossen.
6. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 2 und 12 bis 14 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 10. November 2011 nicht angefochten und somit rechtskräftig geworden sind.

7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie hinsichtlich Dispositiv Ziffer 2 an Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____ mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Kinder C. _____, geboren tt.mm.2005, und D. _____, geboren tt.mm.2007, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter der gemeinsamen Obhut beider Parteien belassen.

2. Ziffer 2 der Vereinbarung vom 15. Februar 2012 (Betreuungskonzept) wird genehmigt. Sie lautet wie folgt:

"Betreuung

Der Beklagte betreut die Kinder jeweils von Sonntagabend um 19.00 Uhr bis Mittwochmittag nach Schulschluss.

Die Klägerin betreut die Kinder jeweils von Mittwochmittag nach Schulschluss bis Samstagmorgen um 9.00 Uhr.

Die Wochenenden zwischen Samstagmorgen 9.00 Uhr und Sonntagabend 19.00 Uhr verbringen die Kinder alternierend beim Beklagten oder bei der Klägerin.

In den Jahren mit gerader Jahreszahl verbringen die Kinder Weihnachten und Ostern bei der Klägerin, Pfingsten und Neujahr beim Beklagten. In den Jahren mit ungerader Jahreszahl verbringen die Kinder Weihnachten und Ostern beim Beklagten, Pfingsten und Neujahr bei der Klägerin.

Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder jeweils in den ersten drei Wochen der Schulsommerferien sowie in der ersten Woche der Schulfrühlingsferien zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Parteien sprechen sich über die Betreuung während weiterer Feiertage und der übrigen Schulferien jeweils bis Ende Januar des jeweiligen Jahres ab.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen sind nach gegenseitiger Absprache der Parteien möglich."

3. Für die Kinder C. _____, geb. tt.mm.2005, und D. _____, geb. tt.mm.2007, wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. Dem Beistand / der Beiständin werden folgende Aufgaben und Befugnisse übertragen:

- die Eltern bei der Wahrnehmung und Erfüllung ihrer Elternaufgabe aktiv mit Rat und Tat zu unterstützen;
- die Parteien bei der Umsetzung des von ihnen vereinbarten Betreuungskonzeptes bei Bedarf zu unterstützen;
- die Betreuungsmodalitäten bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Klägerin anzupassen.

4. Die Vormundschaftsbehörde N._____, wird ersucht, für die Kinder C._____, geb. tt.mm.2005, und D._____, geb. tt.mm.2007 eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu errichten und dem Beistand / der Beiständin die Aufgaben und Befugnisse gemäss Ziffer 3 vorstehend zu übertragen.
 5. Der Beklagte wird verpflichtet, sämtliche im Zusammenhang mit dem Unterhalt der Kinder anfallenden Kosten zu übernehmen, mit Ausnahme der Betreuungskosten (Kost und Logis) während der Betreuungszeit der Klägerin.
 6. Der Beklagte wird überdies verpflichtet, allfällige Fremdbetreuungskosten, die durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Klägerin entstehen, zu übernehmen.
 7. Im Übrigen wird das Berufungsverfahren beschrieben.
 8. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
 9. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
- Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
10. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien für das Berufungsverfahren gegenseitig auf eine Parteientschädigung verzichtet haben.
 11. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Vormundschaftsbehörde der Stadt E._____, an die Vormundschaftsbehörde N._____, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

12. 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, 22. Februar 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. B. Demuth

versandt am:
se