

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120021-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss und Urteil vom 10. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

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

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2011 (EE110126)**

Rechtsbegehren:
(sinngemäss)

Es sei die Klägerin zum Getrenntleben berechtigt zu erklären, unter Regelung der Nebenfolgen.

Urteil und Verfügung des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht im summarischen Verfahren vom 7. Dezember 2011:
(Urk. 26 S. 36 ff.)

Es wird verfügt:

1. Der Antrag des Beklagten um Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Der Antrag der Klägerin auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses durch den Beklagten wird abgewiesen.
3. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
4. SM
5. RM

Es wird erkannt:

1. Die Parteien werden zum Getrenntleben berechtigt erklärt. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 19. September 2011 getrennt leben.
2. Die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt.
3. Die Klägerin wird berechtigt erklärt, die Kinder
 - am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr,
 - jährlich am 2. Weihnachtstag (26. Dezember) und am 2. Januar sowie
 - in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Ostersamstag 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.

Weiter wird die Klägerin berechtigt erklärt, die Kinder jährlich in den Schulferien während drei Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit dem Beklagten abzusprechen.

4. Der Antrag der Klägerin um Bestellung eines Besuchsbeistandes wird abgewiesen.
5. Die eheliche Wohnung E. _____ ..., F. _____, wird samt Hausrat und Mobiliar dem Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zugewiesen.

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin ihre persönlichen Effekten sowie das Besteck und Geschirr, welches die Parteien zur Hochzeit geschenkt erhalten haben, auf erstes Verlangen herauszugeben.

Im Übrigen werden die Anträge der Parteien um Herausgabe von Gegenständen abgewiesen.

6. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens an die Kosten des Unterhalts der Kinder monatliche Beiträge von je Fr. 225.–, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats erstmals auf den 1. März 2012.
7. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 450.– Dolmetscherkosten
8. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
9. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
10. SM
11. RM

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 25 S. 2 f.):

"1. Betreffend Verfügung vom 7.12.2011
Ziff. 3 der Verfügung des Eheschutzrichters am Bezirksgericht Uster vom 7.12.2011 (Abweisung des Gesuchs der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung) sei aufzuheben. Es sei der Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung zu gewähren.

2. Betreffend Urteil vom 7.1.2011
Die Ziffern 2., 3. und 6. seien aufzuheben und durch folgende Ziffern zu ersetzen:

Ziff. 2.

Die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder C._____, geb. am tt.mm.2005, und D._____, geb. am tt.mm.2007, seien für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin zu stellen.

Ziff. 3.

Der Beklagte sei für berechtigt zu erklären, die Kinder

- am ersten und dritten Wochenende eines Monats von Samstagmorgen 10.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr
- jährlich am 2. Weihnachtstag (26.12.) und am 2. Januar sowie
- in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Ostersamstag 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.

Weiter sei der Beklagte für berechtigt zu erklären, die Kinder jährlich in den Schulferien während zwei Wochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit der Klägerin abzusprechen.

Ziff. 6

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens an die Kosten des Unterhalts der Kinder angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zzgl. allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen,

zu bezahlen, zahlbar im Voraus auf den 1. jeden Monats erstmals auf den 1. März 2012."

zusätzlicher Antrag:

"Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für sie selber für die Dauer des Verfahrens angemessene, monatlich im Voraus zu bezahlende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (jeweils auf den 1. eines Monats, erstmals auf den 1.3.2012)."

prozessuale Anträge:

1. Es sei bei einer geeigneten Fachstelle oder Fachperson eine umfassende Abklärung der Frage in Auftrag zu geben, welcher Elternteil der Familie A._____ und B._____ besser geeignet ist, die Kinder während der Dauer der Trennung zu erziehen und zu betreuen.
2. Der Klägerin sei für das obergerichtliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu gewähren.
3. Dieser Berufung soll die aufschiebende Wirkung erteilt werden, sofern ihr diese nicht schon von Gesetzes wegen zukommt."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 46 S. 1 f.):

1. Die Berufung sei abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, zu Lasten der Klägerin.
2. Das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin sei abzuweisen.
3. Es sei dem Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.
4. Das Begehren der Klägerin um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen sei abzuweisen, sofern darauf einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer, zu Lasten der Klägerin."

Erwägungen:

I. **(Prozessgeschichte)**

1. Am 14. Oktober 2011 machte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) am Bezirksgericht Uster, Einzelrichter im summarischen Verfahren, ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Nach Durchführung der Hauptverhandlung und Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen am 6. Dezember 2011 (Prot. I S. 3 ff.) regelte die Vorinstanz mit (zunächst unbegründetem) Urteil vom 7. Dezember 2011 das Getrenntleben der Parteien, wobei sie deren beiden Kinder (C.____, geboren am tt.mm.2005, und D.____, geboren am tt.mm.2007) unter die Obhut des Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) stellte (Urk. 20). Mit Schreiben vom 19. Dezember 2011 verlangte die Klägerin vor Vorinstanz rechtzeitig (vgl. Urk. 21) eine Urteilsbegründung (Urk. 22), welche sie am 12. März 2012 in Empfang nehmen konnte (Urk. 24).

2. a) Hiergegen erhob sie mit Eingabe vom 21. März 2012, zur Post gegeben am 22. März 2012, rechtzeitig Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 25 S. 2 f.).

b) Das im Rahmen der Berufung durch die Klägerin gestellte Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung bzw. Aufschub der Vollstreckung des angefochtenen Entscheides (Urk. 25 S. 4, Antrag-Ziffer 3) wurde mit Präsidialverfügung vom 26. März 2012 abgewiesen (Urk. 29 S. 3).

Dagegen erhob die Klägerin Beschwerde ans Bundesgericht. Gemäss dessen Verfügung vom 30. April 2012 wurde die Kammer superprovisorisch angewiesen, die Vollstreckung des angefochtenen Urteils per sofort aufzuschieben (Urk. 33), was sie mit Verfügung vom 3. Mai 2012 denn auch tat (Urk. 34). Mit Urteil vom 30. August 2012 wies die II. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts die klägerische Beschwerde gegen die Präsidialverfügung vom 26. März 2012 schliesslich ab, soweit sie darauf eintrat (Urk. 42 S. 10).

c) Mit Urteil vom 2. Mai 2012 hatte das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster im Übrigen das Gesuch des Beklagten betreffend Vollstreckung der Obhutszuteilung gemäss Urteil vom 7. Dezember 2011 (mangels Vollstreckbarkeit von Gestaltungsurteilen) abgewiesen (Urk. 38/1 S. 4, 6).

d) Gemäss Eingabe vom 15. Oktober 2012 erstattete der Beklagte rechtzeitig (Urk. 43) seine Berufungsantwort, worin er auf vollumfängliche Abweisung der Berufung sowie des Massnahmebegehrens schloss (Urk. 46 S. 1 f.).

e) Mit Eingabe vom 18. Oktober 2012, gleichentags überbracht, liess die Klägerin unter anderem die superprovisorische Zuteilung der Obhut über die beiden Kinder C.____, geboren am tt.mm.2005, und D.____, geboren am tt.mm.2007, beantragen. Dem Beklagten sei zu befehlen, der Klägerin die gemeinsamen Kinder am Sonntag, 21. Oktober 2012, 18.00 Uhr herauszugeben, wobei der Entscheid durch den Gemeindeammann bzw. die Polizei im Sinne von Art. 337 Abs. 1 ZPO direkt zu vollstrecken sei (Urk. 51 S. 2).

Das Begehren der Klägerin um superprovisorische Zuteilung der Obhut über die beiden Kinder wurde mit Präsidialverfügung vom 18. Oktober 2012 mangels unmittelbarer Gefährdung des Wohles der Kinder bei einem weiteren Verbleib beim Beklagten, wo sie sich bereits seit dem 5. Oktober (recte: 6. Oktober 2012 [vgl. Urk. 46 S. 4; Urk. 51 S. 9]) aufhalten, abgewiesen und dem Beklagten Frist anberaumt, um das Massnahmebegehren zu beantworten (Urk. 54). Am 23. Oktober 2012 erreichte das Gericht sodann eine weitere Eingabe der Klägerin samt Beilagen zur vorsorglich verlangten Obhut bereits während des Berufungsverfahrens (Urk. 57; Urk. 58/1-4), welche der Gegenseite mit Präsidialverfügung vom 23. Oktober 2012 zur Stellungnahme während der ihr noch laufenden Frist zugestellt wurde (Urk. 59). Am 6. November 2012 erreichte das Gericht die rechtzeitig erstattete Stellungnahme des Beklagten vom 5. November 2012 samt Beilagen (Urk. 60; Urk. 62/1-9), welche der Klägerin zur Kenntnis gebracht wurde (Prot. II S. 14).

f) Am 18. Oktober 2012 verfügte sodann das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster die Abweisung des Gesuchs der Klägerin um superprovisorische Vollstreckung des Besuchsrechts und lud die Parteien zu einer Verhandlung vor (Urk. 56 S. 4). Mit Verfügung vom 23. Oktober 2012 wurde in der Folge allerdings der Klägerin Frist angesetzt, um zu einer Eingabe des Beklagten Stellung zu nehmen (Urk. 62/6).

g) Gemäss Beschluss vom 13. November 2012 wurde auf den Antrag der Klägerin betreffend die Zusprechung von vorsorglichen persönlichen Unterhaltsbeiträgen für die Verfahrensdauer nicht eingetreten. Weiter wurde der Antrag der Klägerin auf vorsorgliche Zuteilung der Obhut über die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007, während der Verfahrensdauer abgewiesen. Sodann wurde die Durchführung einer Kinderanhörung beschlossen und der klägerische Antrag auf Anordnung einer Prozessvertretung für die Kinder abgewiesen (Urk. 64). Am 15. November 2012 erreichte das Gericht ein Brief des Beklagten im Hinblick auf die auf den 19. November 2012 anberaumte Kinderanhörung (Urk. 65, 66A+B). Am 19. November 2012 gingen weitere Unterlagen der klägerischen Seite ein (Urk. 67, 68). Ebenfalls am 19. November 2012 wurden die beiden Kinder angehört (Prot. II S. 17-22).

Mit Verfügung vom 20. November 2012 wurde den Parteivertretern die Kinderanhörung zur Stellungnahme zugestellt mit der Auflage, den Protokollauszug den Parteien weder zu zeigen noch vorzulesen, sondern sie bloss summarisch darüber zu orientieren. Sodann wurden die Parteien aufgefordert, aktuelle Unterlagen zu ihren finanziellen Verhältnissen einzureichen und es wurden ihnen je die neusten Eingaben der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 69). Rechtzeitig erreichten das Gericht die entsprechenden Stellungnahmen des Beklagten vom 29. November 2012 und der Klägerin vom 30. November 2012 (je samt Beilagen; Urk. 70; Urk. 72/1-3; Urk. 73; Urk. 75/1-4). In ihren Stellungnahmen ersuchten beide Parteien das Gericht, mit weiteren Schritten zuzuwarten, weil die Parteien in Vergleichsgesprächen stünden, insbesondere sei am Montag 3. Dezember 2012 ein Treffen geplant, wobei eine allfällige Vereinbarung dem Gericht schnellstmöglich übermittelt werde (Urk. 70 S. 2; Urk. 73 S. 2).

h) Am 4. Dezember 2012 übermittelte die beklagische Rechtsvertreterin der Kammer eine von den Parteien betreffend das Berufungsverfahren am 3. Dezember 2012 geschlossene Vereinbarung und ersuchte, das Verfahren als dadurch erledigt abzuschreiben, mit vereinbarungsgemässer Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 76, 77).

II. (Erwägungen)

1. Vorweg ist festzustellen, dass die Dispositivziffern 1, 4, 5, 7, 8 und 9 des angefochtenen Urteils in Rechtskraft erwachsen sind.

2. Das Rechtsmittelverfahren steht unter der Herrschaft der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272; Art. 405 Abs. 1 ZPO). Eine Parteivereinbarung hat in Kinderbelangen, die der Offizialmaxime unterstehen, lediglich die Bedeutung übereinstimmender Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Das Verfahren kann nicht durch Vergleich erledigt werden, ein Urteil hat immer zu erfolgen (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 296 N 39). Allerdings weicht das Gericht in der Regel nicht von einer Parteivereinbarung über Kinderbelange ab, es sei denn, es lägen konkrete Anhaltspunkte vor, dass die getroffene Lösung mit dem Kindeswohl nicht vereinbar wäre (KUKO ZPO-Beatrice van de Graaf, Art. 296 N 11). Im Eheschutzverfahren analog herangezogen wird im Übrigen auch Art. 279 ZPO betreffend die Genehmigung einer Scheidungskonvention (Gehri/Kramer, ZPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 279 N 3; KUKO ZPO-Beatrice van de Graaf, Art. 279 N 2).

3. Die von den Parteien am 3. Dezember 2012 geschlossene Vereinbarung lautet wie folgt (Urk. 77):

"1. Obhut

Die Parteien halten fest, dass das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht s.V., die beiden Kinder der Parteien, C._____, geb. tt.mm.2005 und D._____, geb. tt.mm.2007, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten gestellt hat.

Die beiden Kinder haben vom 19.9.2011 (Datum der Trennung) bis zum 5.10.2012 bei der Mutter in H. _____ gewohnt. Am 5.10.2012 hat der Vater sie in seine Obhut genommen.

Die Parteien vereinbaren in Berücksichtigung der Aussagen der Kinder gemäss Kinderanhörung vom 19.11.2012, dass die Kinder ab 31.12.2012 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin und Berufungsklägerin zu stellen seien.

Die Parteien nehmen zur Kenntnis, dass sie die elterliche Sorge für die Kinder während dem Getrenntleben weiterhin gemeinsam ausüben. Sie erklären zudem die Absicht, bei der Scheidung zu beantragen, dass die Kinder unter ihrer gemeinsamen elterlichen Sorge belassen werden.

Beide Parteien haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis der Kinder zum anderen Elternteil beeinträchtigt. Die Klägerin verpflichtet sich, den Wohnsitz der Kinder nicht ohne ausdrückliche schriftliche Zustimmung des Beklagten ausserhalb des Kantons Zürich zu verlegen.

2. Besuchsrecht

Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Kinder

- am ersten, zweiten und vierten Wochenende eines jeden Monats von Freitag nach der Schule bzw. Krippe/Hort bis Sonntagabend 17.00 Uhr
- in den Jahren mit gerader Jahreszahl am 6. Januar (orthodoxer Heiligabend)
- 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. Der Beklagte holt die Kinder jeweils am Freitag in der Schule bzw. Krippe/Hort ab; die Klägerin holt die Kinder jeweils am Sonntagabend am Bahnhof G. _____ ab.

Weiter wird der Beklagte berechtigt erklärt, die Kinder während der Hälfte der Schulferien nämlich wie folgt:

- 1 Woche in den Winterferien
 - in den Jahren mit ungerader Jahreszahl 3 Wochen, in den Jahren mit gerader Jahreszahl 2 Wochen in den Sommerferien
- 2 Wochen in den Herbstferien
- 1 Woche in den Weihnachtsferien

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Parteien sprechen sich über die Ausübung des Ferienbesuchsrechts rechtzeitig, jedoch spätestens in den Sommerferien für das folgende Schuljahr miteinander ab. Bis im Sommer 2013 vereinbaren die Parteien folgende Ferienbesuche beim Beklagten:

- Freitagabend 8.2. bis Sonntagabend 17.2.2013
- Sonntag 28.7. bis Samstag 17.8.2013.

Andere oder weitergehende Besuche sind mit Einverständnis beider Parteien jederzeit möglich. Bei Problemen im Zusammenhang mit den Besuchen wenden sich die Parteien an das Jugendsekretariat am Wohnort der Kinder.

3. Unterhaltsbeiträge

Der Beklagte verzichtet mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Klägerin für die Zeit vom 19.9.2011 bis zum 30.12.2012 auf Unterhaltsbeiträge für die Kinder.

Die Klägerin verzichtet mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit des Beklagten für die Zeit vom 19.9.2011 bis 5.10.2012 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens auf Unterhaltsbeiträge für die Kinder.

Der Beklagte verpflichtet sich, die Klägerin unverzüglich über allfällige Verbesserungen seiner Einkommenssituation zu informieren und ihr unaufgefordert die nötigen Unterlagen (Arbeitsvertrag, Lohnabrechnungen, Lohnausweis, etc.) zukommen zu lassen.

4. Strafverfahren

Die Klägerin erklärt hiermit, dass sie kein Interesse an einer weiteren strafrechtlichen Verfolgung des Beklagten hat. Sie verzichtet darauf, ein Rechtsmittel gegen eine Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft See / Oberland im Verfahren Nr. B-3/2012/47 zu ergreifen.

5. Verfahrenskosten

Die Kosten für das Berufungsverfahren seien den Parteien unter Hinweis auf die gestellten Gesuche betreffend unentgeltliche Prozessführung je zur Hälfte aufzuerlegen.

6. Parteientschädigung

Die Parteien verzichten unter Hinweis auf ihre Gesuche betreffend Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin auf eine Parteientschädigung."

4. Die Vereinbarung erscheint vollständig und klar. Zu prüfen bleibt ihre Vereinbarkeit mit dem Wohl der Kinder.

4.1. In Abänderung des vorinstanzlichen Entscheides vom 7. Dezember 2011 vereinbarten die Parteien, die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007, für die Dauer des Getrenntlebens unter die elterliche Obhut der Klägerin zu stellen. Wie diverse Berichte veranschaulichen, haben sich die Kinder im neuen Umfeld der Klägerin in H._____, wo sie seit gut einem Jahr bis zu den Herbstferien 2012 lebten und Schule, Kindergarten und Hort besuchten, sehr gut eingelebt und viele Freundschaften geschlossen. Beide Kinder haben anlässlich der vom Präsidenten und der Gerichtsschreiberin durchgeführten Anhörung am 19. November 2012 klar den Willen geäußert, zur Mutter zurückzukehren und fortan bei dieser Leben zu dürfen und den Vater zu besuchen (Prot. II S. 17, 19-21). Die Kinder, welche vom Vater und der Grossmutter väterlicherseits zur Anhörung gebracht wurden, hinterliessen einen aufgeweckten und offenen Eindruck und schienen nicht unter Druck gestanden zu haben (Prot. II S. 17). Die Klägerin arbeitet nur noch mit einem Arbeitspensum von 35 % bei der I._____, über den Mittag und kann die Kinder, welche täglich den Mittagshort besuchen, ansonsten persönlich betreuen (Urk. 26 S. 15; Urk. 25 S. 19; Urk. 28/27; Urk. 75/1, 4). Die Klägerin zeigte sich auch bereit, dem Vater weiterhin Kontakt mit den Kindern zu ermöglichen, funktionierte doch seit Februar 2012 das Besuchsrecht des Beklagten jedes zweite Wochenende unbestrittenermassen und weilte dieser im Sommer sogar mit den Kindern im ... in den Ferien (Urk. 28/20; Urk. 25 S. 26 f.; Urk. 58/2; 46 S. 21). Dass die Kinder und insbesondere C._____ eine gute und enge Beziehung zur Klägerin haben, anerkennt selbst der Beklagte (Urk. 46 S. 16; Urk. 60 S. 5). Zudem steht solches sowie auch das Verantwortungsbewusstsein der Klägerin den Kindern gegenüber aufgrund diverser Berichte zweifelsohne fest (vgl. Urk. 28/10, 11, 51; Urk. 53/9; Urk. 58/1). Die generelle mütterliche Erziehungsfähigkeit (losgelöst vom im Berufungsverfahren zugespitzten Paarkonflikt) wurde vom Beklagten im Berufungsverfahren denn auch nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt und erscheint auch aufgrund der Akten klar gegeben (Urk. 46 S. 2-23). Ferner erscheint die von den Parteien getroffene Lösung, die Kinder ab 31. Dezember 2012 mithin per Ende Jahr und für die weite-

re Dauer des Getrenntlebens in die Obhut der Klägerin zu verbringen, sinnvoll. Den Kindern geht es auch beim Beklagten gut, weshalb es ihnen zuzumuten ist, das Jahr 2012 und insbesondere das begonnene Schul- und Kindergartenquartal dort zu beenden.

In diesem Licht ist die von den Parteien getroffene Regelung somit zu genehmigen und sind die beiden Kinder ab 31. Dezember 2012 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin zu stellen.

4.2. Um die gute, stets gelebte und für die Entwicklung der beiden Kinder wichtige Beziehung zum Vater (und dem dortigen familiären Umfeld) aufrecht zu erhalten, ist auch die von den Parteien vereinbarte ausgedehnte Besuchsrechtsregelung an drei Wochenenden pro Monat von Freitagabend bis Sonntagabend sowie das umfangreiche Ferien- und Feiertagesbesuchsrecht des Beklagten zu genehmigen. Der Beklagte ist daher zu den entsprechenden vereinbarten Besuchen berechtigt zu erklären (vgl. Urk. 77 Ziffer 2).

4.3. In finanzieller Hinsicht vereinbarten die Parteien mangels gegenseitiger wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit je einen Verzicht auf Unterhaltsbeiträge für die Kinder, der Beklagte insbesondere für die Zeit vom 19. September 2011 (Datum der Trennung) bis Ende 2012 (Zeitspanne der einstweiligen rechtlichen Obhut des Beklagten) und die Klägerin für die Zeit vom 19. September 2011 bis 5. Oktober 2012 (Dauer der faktischen Obhut der Klägerin).

Seit 1. November 2011 arbeitet die Klägerin mit Blick auf die Kinderbetreuung lediglich in einem 35 % Pensum bei der I._____ über den Mittag, womit sie Fr. 1'350.– brutto verdient (Urk. 17/4, 5; Urk. 75/1, 4). Zudem wird sie von der Fürsorge unterstützt (Urk. 28/31, 32; Urk. 75/3). Ihre fehlende Leistungsfähigkeit ist somit sowohl betreffend die Vergangenheit als auch die Zukunft ausgewiesen.

Der Beklagte arbeitete zunächst unbestrittenermassen in einem ungefähr 20 % Pensum für die J._____ und verdiente in den Sommer- und Herbstmonaten durchschnittlich Fr. 360.– pro Monat (Urk. 18 S. 23; Urk. 26 S. 30). Seit dem 20. August 2012 ist er am ... bei K._____ AG zu einem zirka 60 %-Pensum mit einem

Stundenbruttolohn von Fr. 21.40 angestellt (Urk. 48/11). In den Monaten September und Oktober 2012 verdiente er mit einem Pensum von ca. 70-75% durchschnittlich rund Fr. 2'345.– netto (Urk. 72/2, 3). Auch der Beklagte erscheint vor diesem Hintergrund seit der Trennung und bis auf Weiteres als nicht leistungsfähig. Mit Blick auf das (auch materielle) Wohl der Kinder ist er indessen mit Nachdruck anzuhalten, sich so schnell wie möglich um eine Vollzeitstelle zu bemühen, damit er der obhutsinhabenden und zurzeit fürsorgeabhängigen Klägerin Kinderunterhaltsbeiträge bezahlen kann. Laut Arzzeugnis vom 29. November 2011 ist der Beklagte trotz seiner einseitigen Schwerhörigkeit denn auch zu 100 % arbeitsfähig (vgl. Urk. 19/9).

Entsprechend ist auch dieser Punkt der Vereinbarung (Urk. 77 Ziffer 3) zu genehmigen, resp. es sind mangels Leistungsfähigkeit beider Parteien nach keiner Seite hin Kinderunterhaltsbeiträge zuzusprechen. Eine Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen bei veränderten Verhältnissen bleibt vorbehalten (Art. 179 ZGB).

4.4. Die Absichts- und Desinteressenserklärungen der Parteien (Urk. 77 Ziffer 1 [im Hinblick auf eine gemeinsame elterliche Sorge bei der Scheidung] und Ziffer 4 [betreffend das Strafverfahren]) haben für dieses Verfahren keine Relevanz, können aber so übernommen werden.

III. **(Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2 lit. a, c und d sowie § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG, LS 211.11) auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

2. 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.

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

3. In Anbetracht der ausgewiesenen Mittellosigkeit der Parteien (Urk. 52 S. 42; Urk. 28/31, 32; Urk. 75/1-4; Urk. 46 S. 26 ff.; Urk. 48/11-13; Urk. 72/1-3) und weil sich ihre Rechtsstandpunkte im Berufungsverfahren nicht als aussichtslos erwiesen und sie überdies auf rechtskundige Vertretung angewiesen waren (Art. 117 und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), sind ihre je gestellten Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung gutzuheissen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Dispositivziffern 1, 4, 5, 7, 8 und 9 des Urteils des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2011 rechtskräftig sind.
2. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und der Klägerin in der Person von Rechtsanwältin Dr. X._____ und dem Beklagten in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ je eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Abänderung von Dispositivziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2011 werden die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007, ab dem 31. Dezember 2012 für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Klägerin gestellt.

2. In Abänderung von Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils wird der Beklagte berechtigt erklärt, die Kinder

- am ersten, zweiten und vierten Wochenende eines jeden Monats von Freitag nach der Schule bzw. Krippe/Hort bis Sonntagabend 17.00 Uhr
- in den Jahren mit gerader Jahreszahl am 6. Januar (orthodoxer Heiligabend)
- 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. Der Beklagte holt die Kinder jeweils am Freitag in der Schule bzw. Krippe/Hort ab; die Klägerin holt die Kinder jeweils am Sonntagabend am Bahnhof G._____ ab.

Weiter wird der Beklagte berechtigt erklärt, die Kinder während der Hälfte der Schulferien nämlich wie folgt:

- 1 Woche in den Winterferien
- in den Jahren mit ungerader Jahreszahl 3 Wochen, in den Jahren mit gerader Jahreszahl 2 Wochen in den Sommerferien
- 2 Wochen in den Herbstferien
- 1 Woche in den Weihnachtsferien

auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Parteien sprechen sich über die Ausübung des Ferienbesuchsrechts rechtzeitig, jedoch spätestens in den Sommerferien für das folgende Schuljahr miteinander ab. Bis im Sommer 2013 vereinbaren die Parteien folgende Ferienbesuche beim Beklagten:

- Freitagabend 8.2. bis Sonntagabend 17.2.2013
- Sonntag 28.7. bis Samstag 17.8.2013.

Andere oder weitergehende Besuche sind mit Einverständnis beider Parteien jederzeit möglich. Bei Problemen im Zusammenhang mit den Besuchen wenden sich die Parteien an das Jugendsekretariat am Wohnort der Kinder.

3. In Abänderung von Dispositivziffer 6 des angefochtenen Urteils werden nach keiner Seite hin Kinderunterhaltsbeiträge zugesprochen.

Der Beklagte wird verpflichtet, die Klägerin unverzüglich über allfällige Verbesserungen seiner Einkommenssituation zu informieren und ihr unaufgefordert die nötigen Unterlagen (Arbeitsvertrag, Lohnabrechnungen, Lohnausweis, etc.) zukommen zu lassen.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen je gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf eine Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird Vormerk genommen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 70 und Urk. 72/1-3 sowie Urk. 76, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 73 und Urk. 75/1-4, sowie an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Uster, 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, 10. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
se