

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120033-O/U01.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister
und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin
lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss und Urteil vom 21. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,
Gesuchsgegner und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,
Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

1. **C.** _____,
2. **D.** _____,
Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Eheschutz (Obhut, Wohnungszuteilung)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Hinwil vom 24. Mai 2012 (EE120001)**

**Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am
Bezirksgericht Hinwil vom 24. Mai 2012:**

(Urk. 90 S. 21 ff.)

Es wird verfügt:

1. Den Parteien wird je die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Dem Gesuchsgegner wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. [Schriftliche Mitteilung]

Es wird erkannt:

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt und es wird festgestellt, dass sie seit dem 20. Dezember 2011 getrennt leben.
2. Die Kinder C. _____, geb. tt.mm.2000, und D. _____, geb. tt.mm.2001, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder jeden Sonntag von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
4. Es wird eine Besuchsrechts- und Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet.

Dem Beistand oder der Beiständin kommt die Aufgabe zu, die Kinder bei der Ausübung des Besuchsrechts zu unterstützen, insbesondere die Besuche des Gesuchsgegners mit den Kindern jeweils vor- und nachzubereiten. Bei einem positiven Verlauf der Besuche soll der Beistand oder die Beiständin dafür besorgt sein, dass die Besuche bis auf ein gerichtliches Mass ausgedehnt werden. Der Beistand oder die Beiständin hat weiter die Aufgabe, den Eltern bei erzieherischen Fragen zur Seite zu stehen.

Die Vormundschaftsbehörde E. _____ wird ersucht, baldmöglichst einen Beistand oder eine Beiständin zu ernennen.

5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2012 für die Dauer des Getrenntlebens für jedes Kind je Fr. 900.– zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Familien- und Ausbildungszulagen zu bezahlen, zahlbar im Voraus auf den ersten eines jeden Monats. Es wird festgestellt,

dass der Gesuchsgegner mangels Leistungsfähigkeit für die Gesuchstellerin persönlich keine Unterhaltsbeiträge bezahlen kann.

6. Die eheliche Wohnung an der ...str....., E._____, wird samt Mobiliar und Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner die folgenden Gegenstände auf erstes Verlangen herauszugeben, sofern sie sich noch in ihrem Besitz befinden:
 - Die Sommerreifen für den vom Gesuchsgegner gefahrenen PW
 - einen Kühlschrank nach Wahl
 - den Tiefkühler
 - den runden Tisch aus Granit
 - die Hälfte der Haushaltsmaschinen
 - eine Serie Teller, Gläser, Töpfe und Besteck
 - sämtliche Werkzeugmaschinen
8. Das zur Zeit von der Gesuchstellerin benützte Fahrzeug der Marke Suzuki wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur Benützung zugewiesen.
9. Auf den Antrag des Gesuchsgegners auf Übernahme der Hälfte der geschuldeten Steuern durch die Gesuchstellerin wird nicht eingetreten.
10. Zwischen den Parteien wird mit Wirkung per 13. Januar 2012 die Gütertrennung angeordnet.
11. Das dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 2. April 2012 auferlegte Kontakt- und Rayonverbot betreffend die Gesuchstellerin und die Kinder beziehungsweise deren Wohnung wird mit Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheids aufgehoben.
12. Die Anträge der Gesuchstellerin auf Erlass vorsorglicher Massnahmen werden abgewiesen.
13. Auf den Antrag der Gesuchstellerin um Entziehung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels wird nicht eingetreten.
14. Die Gerichtsgebühr wird angesetzt auf:
 - Fr. 5'000.- die Barauslagen betragen:
 - Fr. 712.50 Übersetzung

15. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
16. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen."
17. [Schriftliche Mitteilung]
18. [Rechtmittel: Berufung (10 Tage), Beschwerde gegen Kosten- und Entschädigungsregelung (10 Tage)]

Berufungsanträge

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 89 S. 2 f.):

"In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 2 bis 6:

- seien die Kinder
C._____, geb. tt.mm.2000, und
D._____, geb. tt.mm.2001,
für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Gesuchsgegners zu stellen;
es sei der Gesuchstellerin ein angemessener persönlicher Verkehr mit den beiden gemeinsamen Kindern einzuräumen;
- sei eine Besuchsrechtsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB anzuordnen, wobei dem Beistand oder der Beiständin die Aufgabe zu erteilen sei, die Modalitäten des persönlichen Verkehrs zu regeln;
- sei davon Vormerk zu nehmen, dass der Gesuchsgegner auf Leistung von Unterhaltsbeiträgen seitens der Gesuchstellerin für die beiden Kinder wie auch für sich persönlich zufolge mangelnder Leistungsfähigkeit verzichtet;
- sei die eheliche Wohnung an der ...strasse ..., ... E._____, samt Mobiliar und Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zuzuweisen;

letzterer Antrag wird auch als Eventualantrag für den Fall der Bestätigung der erstinstanzlich so geregelten Kinderbelange gestellt, wobei diesfalls die vom Gesuchsgegner zu leistenden Unterhaltsbeiträge auch entsprechend anzupassen seien;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

sowie der prozessuale Antrag (sinngemäss):

es sei dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 92 S. 2 f.):

"1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen [zzgl. 8,0% MwSt] zulasten des Gesuchsgegners und Berufungsklägers.

sowie der prozessuale Antrag:

"1. Es sei der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Am 4. Januar 2012 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein (Urk. 1). Am 10. Januar 2012 wurden gegen den Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) Zwangsmassnahmen angeordnet, am 12. Januar 2012 wurde er in Untersuchungshaft versetzt (Urk. 16/1). Nach seiner Haftentlassung am 7. März 2012 (Urk. 46/1+2) wurden die Gewaltschutzmassnahmen und Ersatzmassnahmen zunächst aufgehoben (Urk. 59), hernach in Form eines Kontakt- und Rayonverbots wieder ausgesprochen (Urk. 65) und schliesslich gegenüber den Kindern teilweise wieder aufgehoben (Urk. 76). Einem (superprovisorischen) Gesuch um erneute Anordnung des Kontaktverbots wurde nicht entsprochen (Urk. 78, 81, 87).

Die Kinderanhörung fand am 15. Februar 2012 statt (Urk. 33, Prot. Vi S. 4). Nach am 24. Februar 2012 durchgeführtem ersten Teil der Hauptverhandlung (Prot. Vi S. 5 ff.) wurde den Kindern mit Verfügung vom 28. Februar 2012 ein Kindervertreter bestellt (Urk. 43). Am 24. Mai 2012 wurde die Fortsetzung der Hauptverhandlung sowie die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen durchgeführt (Prot. Vi S. 29 ff.). Gleichentags bewilligte die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 90 S. 21) und fällte den eingangs

wiedergegebenen Entscheid. Sie stellte insbesondere die Kinder C._____ und D._____ unter die Obhut der Gesuchstellerin und ordnete ein Besuchsrecht (jeden Sonntag von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr) sowie eine Besuchsrechts- und Erziehungsbeistandschaft an (Urk. 90 S. 22).

2. Dagegen hat der Gesuchsgegner am 14. Juni 2012 fristgerecht Berufung (Urk. 89) mit den eingangs zitierten Anträgen erhoben. Insbesondere liess er um Zuteilung der Obhut an ihn sowie um Gewähren der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ersuchen (Urk. 89 S. 2 f.). Die Gesuchstellerin schloss mit ihrer Berufungsantwort vom 10. Juli 2012 auf Abweisung der Berufungsanträge und stellte für das vorliegende Verfahren ihrerseits ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 92 S. 2 f.). Mit Eingabe vom 30. Juli 2012 beantragte der Kindesvertreter ebenfalls Abweisung der Berufung sowie eine erneute Anhörung der Kinder (Urk. 94). Die Sozialbehörde der Gemeinde E._____ errichtete mit Beschluss vom 8. August 2012 für C._____ und D._____ Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaften und ordnete eine sozialpädagogische Familienbegleitung an (Urk. 97). Mit Eingabe vom 27. September 2012 reichte der Gesuchsgegner das ihn betreffende Strafurteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 17. September 2012 ins Recht, mit welchem er freigesprochen wurde, soweit auf die Anklage einzutreten war (Urk. 98, 99). Die Stellungnahmen der Gesuchstellerin und des Kindervertreters ergingen am 10. und 17. Oktober 2012 (Urk. 101, 102). Eine weitere sachbezügliche Eingabe erfolgte am 6. November 2012 (Urk. 103-105). Mit Eingabe vom 20. November 2012 brachte der Gesuchsgegner Noven hinsichtlich der Kinder vor und beantragte deren Anhörung durch die erkennende Kammer sowie die Einholung eines Berichts der Beiständin (Urk. 107). Letzterer ging am 7. Dezember 2012 hierorts ein (Urk. 109).

Das Verfahren ist nunmehr spruchreif.

II.

Es ist vorzumerken, dass die Dispositivziffern 1 sowie 7 bis 16 des vorinstanzlichen Urteils rechtskräftig sind, weil sie im Berufungsverfahren nicht angefochten wurden (Urk. 90 S. 22 ff., 89 S. 2f.).

III.

1. Obhut

1.1. Die Vorinstanz erwog, beide Elternteile hätten in den vergangenen Jahren ihren Teil an die Erziehung und Betreuung der Kinder beigetragen. Die Kinder würden jedoch seit Dezember 2011 (richtigerweise Januar 2012) bei der Gesuchstellerin leben und hätten zum Gesuchsgegner seither kaum Kontakt. Dies rühre zum einen von der ihm auferlegten Untersuchungshaft, zum anderen von den seit seiner Entlassung jeweils unerfreulich verlaufenen Treffen her. Der Gesuchsgegner lasse die notwendige Empathie in Bezug auf das Kindeswohl vermissen. Aufgrund der objektiven Situation seien die Kinder daher im Einklang mit dem Antrag des Kindsvertreters unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen. Einer möglichen Überforderung der Gesuchstellerin mit der Betreuung und Erziehung der Kinder sei mit einer Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 ZGB zu begegnen (Urk. 90 S. 7 f.).

1.2. Demgegenüber hält der Gesuchsgegner die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin für mangelhaft. Statt sich um die Kinderbelange zu kümmern, habe sie vor Einleitung des Eheschutzverfahrens freiwillig in einem Vollpensum gearbeitet. Sie sei nicht in der Lage, den eigenen Alltag zu meistern, sei apathisch, nach mehr als 12 Jahren noch immer in keiner Weise in der Schweiz integriert und unfähig, die Kinderinteressen den eigenen voranzustellen. Seit sie die Obhut ausübe, sei es bei den Kindern zu einem massiven schulischen Leistungsabfall gekommen (Urk. 89 S. 8, 103), sie seien erkrankt, hätten massiv an Gewicht zugenommen und ihre Betreuung habe immer wieder stellvertretend und entlastend durch Angehörige der Gesuchstellerin erfolgen müssen (Urk. 89 S. 11). Die Gesuchstellerin habe die von der Vorinstanz zugrunde gelegten tatsächlichen Verhältnisse - die Obhutsausübung seit Januar 2012 - mit ihren Ausgrenzungsmassnahmen gegenüber dem Gesuchsgegner (Untersuchungshaft, Gewalt-

schutzmassnahmen, Kontakt- und Rayonverbote) missbräuchlich geschaffen (Urk. 89 S. 7 f.). Der Gesuchsgegner hingegen habe während mehr als drei Jahren bis zur Inhaftierung tagsüber die tatsächliche Obhut über die beiden Kinder innegehabt. Er habe mit ihnen in der Freizeit etwas unternommen, sei gegenüber der Lehrerschaft oder bei Auseinandersetzungen mit anderen Eltern für sie eingestanden, habe sie bei den Hausaufgaben unterstützt und die massgebenden Lebenswerte vermittelt. Den Kindern werde es ohne Weiteres möglich sein, nach einer kurzen Annäherungsphase wieder an diese Stabilität anzuknüpfen, weshalb sie unter seine Obhut zu stellen seien (Urk. 89 S. 12).

1.3. Hinsichtlich der rechtlichen Kriterien zur Obhutzuteilung ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 90 S. 5 f.). Hinzuweisen ist insbesondere auf das Kriterium der Gewähr der geistig-psychischen, körperlichen und sozialen Entfaltung des Kindes und dessen soziales Umfeld. Die eheschutzrichterliche Instanz hat diejenigen - naturgemäss lediglich vorübergehenden - Anordnungen zu treffen, welche zur Zeit am ehesten stabile, von Zuwendung und elterlicher Verantwortung geprägte Verhältnisse garantieren (vgl. ZK-Bräm/Hasenböhler/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 11 ff. zu Art. 133 ZGB).

1.4. Der Gesuchsgegner wirft der Gesuchstellerin mangelndes Interesse am Kindeswohl vor. Soweit er sich dafür auf ihr zu hohes berufliches Engagement beruft, ist dem entgegenzuhalten, dass beide Elternteile vor Einleitung des Eheschutzverfahrens einer vollzeitlichen Beschäftigung nachgingen. Seit der Trennung hat die Gesuchstellerin nun ihr Arbeitspensum auf 50% reduziert (Urk. 38 S. 7, 40 S. 9, 39/3+4) und arbeite auch heute noch lediglich halbtags (Urk. 92 S. 8). Ihre Bereitschaft zur Pensumsreduktion spricht für ihre Erziehungsfähigkeit, ist ihr doch offenbar bewusst, dass C._____ und D._____ auch aufgrund der eskalierenden Trennungsproblematik einer stabilen Betreuung nach der Schule bedürfen. Dies kann die Gesuchstellerin nunmehr am späteren Nachmittag gewährleisten. Aus einem früheren Bericht der Jugend- und Familienberatung Kanton Zürich vom Dezember 2009 geht denn auch hervor, dass die Gesuchstellerin voll auf die Bedürfnisse der Kinder eingehe und eine gute Form der Interaktion pflege

(Urk. 22/16/1 S. 5). Dies wird nun durch den aktuellen Bericht der Beiständin vom 5. Dezember 2012 bestätigt, wonach die Gesuchstellerin die Erziehung der Kinder liebevoll und verantwortungsbewusst wahrnehme (Urk. 109 S. 2). Dass eine Hilfe bei den Hausaufgaben, welche früher durch den Gesuchsgegner erfolgte, aufgrund der Sprachschwierigkeiten der Gesuchstellerin schwierig sei, ist nachvollziehbar. Diesem Umstand wird mit externer Hilfe begegnet, namentlich mit der von der Schule angebotenen Hausaufgabenstunde (vgl. Urk. 104) sowie der installierten Familienbegleitung (Urk. 97). Durch diese flankierende Massnahme wird die Gesuchstellerin auch in ihrem Umgang mit Schule und Behörden unterstützt. Sie sei nunmehr daran Deutsch zu lernen, setze sich zunehmend mit schulischen Fragen auseinander, motiviere die Kinder zum Lesen und Aufgaben machen und sei im Kontakt mit den Lehrpersonen (Urk. 109 S. 2). Inzwischen zeigt die Gesuchstellerin demnach auch hier grösseres Engagement. Ob sodann die schulischen Leistungen der Kinder seit der Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin stark nachgelassen und beide massiv an Gewicht zugenommen haben, wie der Gesuchsgegner behauptet (Urk. 89 S. 11), geht in dieser Deutlichkeit nicht aus den Akten hervor. Fest steht indes, dass bereits vor Anfang 2012 (alleinige Obhut Gesuchstellerin) bei beiden Kindern schulische Schwierigkeiten vorlagen (Urk. 22/16/1 S. 3 f., 22/18, 22/21). So wurden schon 2009 schwache Leistungen bei C._____ und D._____ dokumentiert (Urk. 22/16/1 S. 3). Aktuell wird in den Gesprächsnotizen der Schule E._____ vom 29. Oktober 2012 zu C._____ festgehalten, dass sie seit einiger Zeit nicht mehr zur Aufgabenstunde erscheine und die Hausaufgaben nicht zuverlässig löse, in der Schule aber konzentrierter sei (Urk. 104 S. 1). D._____ habe seit den Sommerferien viel gefehlt und habe Schwierigkeiten, den Unterrichtsstoff nachzuholen. Wegen des Übergewichts sei er in ärztlicher Betreuung und besuche wieder regelmässig das Fussballtraining (Urk. 105). Auch im aktuellen Bericht der Beiständin werden gewisse Lernschwächen der Kinder im sprachlichen Bereich erwähnt (Urk. 109 S. 2). Aktenkundig ist sodann, dass C._____ und auch die Gesuchstellerin hospitalisiert wurden (Urk. 72). Es ist daher durchaus glaubhaft, dass bei beiden Kindern erhebliche Schwierigkeiten im schulischen und gesundheitlichen Bereich vorliegen. Indes steht keineswegs fest, dass ein (allfälliger zusätzlicher) Leistungsabfall wie auch

der behauptete psychische Druck auf die Kinder und dessen körperliche Auswirkungen auf die alleinige Obhutsausübung durch die Gesuchstellerin zurückzuführen sind. Vielmehr scheint die Ursache im stark konfliktbelasteten Familiensystem an sich zu liegen. Sind die Kinder doch seit Jahren der teils gewaltgeladenen Konfliktsituation ihrer Eltern ausgesetzt. So wird aus den Erwägungen der Vorinstanz wie auch den Ausführungen der Parteien deutlich, dass der aktuelle, bald einjährige elterliche Trennungskonflikt hochemotional geführt worden ist und die Kinder von beiden Seiten über Gebühr in die Auseinandersetzungen hineingezogen worden sind (Urk. 90 S. 7, 89 S. 12). Auch von der Beiständin wird die elterliche Beziehung als hochstrittig wahrgenommen (Urk. 109 S. 2). Sodann herrschten zwischen den Eltern bereits vor der Trennung grosse Spannungen, begleitet von Drohungen und teils tätlichen Übergriffen, wie aus den aktenkundigen Gewaltschutzverfahren hervorgeht (Urk. 2, 3, 5). Dass dies für die Kinder in hohem Masse belastend war und ist, liegt auf der Hand und wird überdies von den Sozialbehörden bestätigt (Urk. 97 S. 2, 109 S. 3). Inzwischen haben die mit Beschluss vom 8. August 2012 ernannte Beiständin und die sozialpädagogische Familienbegleiterin ihre Tätigkeiten aufgenommen (Urk. 104 S. 2, 105 S. 2, 97). Sobald sich die getroffenen Massnahmen gefestigt haben, ist auch hiervon eine Beruhigung der Gesamtsituation zu erwarten, was sich wiederum positiv auf die Kinder auswirken dürfte. Es ist denn auch davon auszugehen, dass die erwähnten Schwächen bei der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin durch die getroffenen Massnahmen hinreichend aufgefangen werden können und die Kinder namentlich auch in schulischen Belangen stärker Unterstützung und Förderung erfahren. Erste Verbesserungen sind denn auch wie erwähnt bereits eingetreten (Urk. 109 S. 2). Mit der für die Gesuchstellerin eingerichteten erziehungsbegleitenden Unterstützung ist daher insgesamt von ihrer intakten Erziehungsfähigkeit auszugehen.

Demgegenüber vermag der Gesuchsgegner die Vorbehalte gegenüber seinen erzieherischen Fähigkeiten nicht zu entkräften. Zwar hat er vor der Trennung die Kinder zweifellos in hohem Masse mitbetreut. So ist unbestritten, dass er ihnen jeweils das Mittagessen zubereitete und sie bei den Hausaufgaben unterstützte (Urk. 89 S. 9, 92 S. 8), weshalb die Kinder grundsätzlich zu beiden Partei-

en ein enges Verhältnis haben. Indes ist festzuhalten, dass im elterlichen Konflikt die Drohungen und teils tätlichen Übergriffe in erster Linie vom Gesuchsgegner herrühren. Dies geht nicht nur aus den - behauptetermassen böswillig implementierten (Urk. 89 S. 10) - Zwangsmassnahmen während des Eheschutzverfahrens hervor, sondern auch aus den früheren Gewaltschutzverfahren aus dem Jahre 2009 in der Schweiz und in F._____ [europäischer Staat] (Urk. 2/13, 2/19, 3/4, Prot. GS090022 S. 4, 6, Urk. 2/2/2, 2/2/3). Dass die latente Aggressivität des Gesuchsgegners den elterlichen Konflikt aus Sicht der Kinder zusätzlich verschärft und diese belastet, ist glaubhaft. Überdies haben aktuelle weitere Vorkommnisse das Verhältnis zu den Kindern stark getrübt. So ist der Gesuchsgegner nach seiner Haftentlassung anlässlich der ersten beiden Besuche im April 2012 offenbar sehr autoritär aufgetreten. Er habe ihnen den Kontakt zum Grossvater mütterlicherseits verboten (Urk. 85 S. 5) und sie beim zweiten Besuch nach wenigen Minuten zur Mutter zurückgeschickt, weil sie ihn - offenbar wegen eines Loyalitätskonflikts zur Gesuchstellerin - angelogen hätten (Urk. 85 S. 5 ff.). Die Kinder hätten aufgrund dieser negativen Erlebnisse den Kontakt zum Gesuchsgegner zunächst abgebrochen (Prot. Vi S. 31). Inzwischen besuche D._____ den Vater seit 23. September 2012 jeden Sonntag. C._____ jedoch verweigere nach wie vor jeden (auch telefonischen) Kontakt (Urk. 109 S. 2). Selbst wenn dem Gesuchsgegner zugute gehalten wird, dass er aufgrund der Inhaftierung unter grossem Druck stand, zeigt sein wenig einfühlsames Verhalten anlässlich der erwähnten Treffen, wie wenig er sich in dieser sensiblen Phase nach langer Besuchsabstinenz in die Kinder hineinzusetzen vermochte. Aber auch ausserhalb dieser Vorfälle scheint die Erziehung des Gesuchsgegners bei den Kindern Belastung auszulösen. So weist die Sozialbehörde E._____ darauf hin, dass die Kinder durch den Erziehungsstil des Gesuchsgegners unter grossem Druck stehen würden und teilweise auch Angst hätten (Urk. 97 S. 2, vgl. 2/25 S. 2). Dies wird zumindest hinsichtlich C._____ auch von der Beiständin so bestätigt (Urk. 109). Vor diesem Hintergrund erscheint daher die geistig-psychische, körperliche und soziale Entfaltung der Kinder beim Gesuchsgegner weniger gewährleistet als bei der Mutter. Dies deckt sich denn auch mit dem vor Vorinstanz geäusserten Willen der Kinder, welche kontinuierlich geäussert hätten, bei der Mutter wohnen zu wollen (Urk. 94

S. 2). Daran vermögen frühere, zugunsten einer Obhut des Gesuchsgegners gemachte Stellungnahmen der Kinder nichts zu ändern (Urk. 89 S. 7, 22/29 S. 2), sind diese doch durch die aktuelle Entwicklung überholt. Ferner steht die behauptete bevorstehende Zuteilung der Kinder an den Gesuchsgegner durch das ... Scheidungsgericht [des Staates F._____] (Urk. 89 S. 7) in keiner Weise fest, weshalb auch mit Blick auf die Stabilität der Verhältnisse nichts zu seinen Gunsten abgeleitet werden kann (Urk. 89 S. 7). Die Beziehung - insbesondere auch der Tochter - zum Vater wird behutsam wieder aufzubauen sein, wozu auch die von der Vorinstanz eingesetzte Beiständin Unterstützung bieten wird.

1.5. Zum Antrag des Kindervertreters und des Gesuchsgegners betreffend erneute Anhörung der Kinder (Urk. 94 S. 2, 107) ist festzuhalten, dass C.____ und D.____ am 15. Februar 2012, mithin vor rund zehn Monaten, vom Vorderrichter angehört worden sind (Urk. 33, Prot. Vi S. 4). Aufgrund der Vorbringen des Kindervertreters wie auch des eingeholten Berichts der Beiständin ist nicht anzunehmen, dass aus ihrer erneuten Anhörung andere Erkenntnisse als die vorliegenden gewonnen würden (Urk. 94 S. 1 f., 109). Entsprechend beantragte der Kindervertreter denn auch erneut die Obhutzuteilung an die Mutter (Urk. 94 S. 1). Von einer weiteren Anhörung der Kinder ist daher abzusehen.

1.6. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist das Kindeswohl von C.____ und D.____ bei der Gesuchstellerin gewährleistet. Es bleibt demzufolge bei der vom Vorderrichter getroffenen Obhutzuteilung.

2. Besuchsrecht, Beistandschaft, Unterhaltsbeiträge

Der Gesuchsgegner beantragt die Beibehaltung der von der Vorinstanz angeordneten Besuchsrechtsbeistandschaft und den Wegfall der ebenfalls angeordneten Erziehungsbeistandschaft für den Fall, dass die Obhut über die Kinder ihm zuguteilte werde (Urk. 89 S. 2, 4). Ferner sei der Gesuchstellerin ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen und von seinem Verzicht auf Unterhaltsbeiträge Vormerk zu nehmen (Urk. 89 S. 2, 4 f.). Da kein Anlass besteht, die Obhut im Rahmen des Eheschutzes umzuteilen, sind diese Anträge entkräftet (Urk. 73 S. 11 f.). Die entsprechenden Anordnungen der Vorinstanz (Erziehungs- und Be-

suchsrechtsbeistandschaft, Kinderunterhaltsbeiträge) sind daher zu bestätigen. Überdies ist auch am angeordneten sonntäglichen Besuchsrecht des Gesuchsgegners festzuhalten. D._____ nimmt dieses - nach mehrmonatigem Kontaktunterbruch zum Vater - seit 23. September 2012 wieder wahr (Urk. 109 S. 2). Eine Ausdehnung des Besuchsrechts für ihn scheint indes aufgrund der erst drei Monate andauernden positiven Phase noch verfrüht. Inwiefern sodann die Tochter C._____ den Kontakt zum Vater wieder aufnehmen will, ist letztlich ihr anheim gestellt. Eine gegenseitige Annäherung, welche offenbar auch von der Beiständin unterstützt wird (Urk. 109 S. 3), wäre mit Blick auf das Kindeswohl zu begrüßen.

3. Eheliche Wohnung

3.1. Die Vorinstanz wies die eheliche Wohnung samt Hausrat und Mobiliar für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zu (Urk. 90 S. 17, 23).

3.2. Während der Gesuchsgegner vor Vorinstanz die Zuteilung der ehelichen Wohnung zunächst an ihn (Urk. 40 S. 2, 13), hernach an die Gesuchstellerin beantragte (Urk. 85 S. 2, 11), will er sie nun im Berufungsverfahren an ihn zugeteilt wissen. Dies habe für den Fall der Zuteilung der Kinder an ihn, eventualiter aber auch bei Zuteilung der Obhut über die Kinder an die Gesuchstellerin zu erfolgen, da sie die eheliche Wohnung unabhängig von der Obhutzuteilung nicht behalte und bereits ein anderes Mietobjekt in Aussicht habe. Weiter führt er an, er habe diesen Eventualantrag bereits vor Vorinstanz gestellt, worauf der Vorderrichter jedoch nicht eingegangen sei (Urk. 89 S. 5).

3.3. Da es bei der vorinstanzlichen Obhutzuteilung bleibt, erübrigen sich weitere Ausführungen zum Hauptantrag im Berufungsverfahren.

Der Eventualantrag lässt sich sodann entgegen den Vorbringen des Gesuchsgegners nicht aus den Vorakten entnehmen. Aus der Bemerkung "er würde aber auch an die ...strasse ... zurückkehren, sollte das Gericht so entscheiden" (Prot. VI S. 34, Einschub 4), kann jedenfalls nichts Entsprechendes abgeleitet werden. Der neue Eventualantrag vermag daher bereits aus formellen Überlegungen nicht durchzudringen, zumal der Gesuchsgegner selbst ausführt, es habe

bereits vor Vorinstanz festgestanden, dass die Gesuchstellerin die Wohnung nicht beibehalte (Urk. 89 S. 5). Insofern fehlt es somit an der für eine Klageänderung vorausgesetzten neuen Tatsache (Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO).

Dem fraglichen Antrag wäre indes auch aus materiellen Erwägungen nicht zu entsprechen. Die eheliche Wohnung wird von der obhutsberechtigten Gesuchstellerin zusammen mit ihren Kindern bewohnt. Nach ihren Angaben habe sie kein konkretes Mietobjekt in Aussicht (Urk. 92 S. 6). Selbst wenn sie einen Auszug erwägen sollte, bringt die Wohnung ihr und den Kindern bis dahin einen grösseren Nutzen als dem alleinstehenden Gesuchsgegner, welcher bereits über eine eigene Wohnung verfügt. Eine - ohnehin nicht hinreichend begründete - Anpassung der zu leistenden Unterhaltsbeiträge (Urk. 89 S. 3) erübrigt sich aus diesem Grund.

4. Kosten- und Entschädigungsfolge, unentgeltliche Rechtspflege

4.1. Hatten die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung, sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf die Kinderbelange unabhängig vom Ausgang den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen (Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO). Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obergerichts (ZR 84 Nr. 41). Gegenstand dieses Verfahrens ist zur Hauptsache die Zuteilung der elterlichen Obhut und damit zusammenhängende Anträge, während dem Eventualantrag betreffend Wohnungszuteilung lediglich untergeordnete Bedeutung zukommt. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten entsprechend der erwähnten Praxis den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen.

4.2. Beiden Parteien wurde von der Vorinstanz die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 90 S. 21). Den entsprechenden Anträgen für das Berufungsverfahren ist ebenfalls stattzugeben, sind doch beide Parteien bedürftig (Urk. 90 S. 16) und können ihre Rechtsbegehren nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Des Weiteren erscheint die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung zur gehörigen Wahrung

der Rechte der Parteien im vorliegenden Rechtsmittelverfahren als sachlich notwendig; die Parteien wären damit überfordert (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

4.3. Der Kindervertreter für C._____ und D._____ wurde am 28. Februar 2012 bestellt (Urk. 43) und nahm am Berufungsverfahren mit der Erstattung zweier Stellungnahmen (Urk. 94, 102) teil. Die Kosten der Kindervertretung sind als Teil der Verfahrenskosten (Art. 95 Abs. 1 lit. a i.V.m. Abs. 2 lit. e ZPO) den Eltern entsprechend der Verteilung der Prozesskosten je zur Hälfte aufzuerlegen, jedoch vorläufig auf die Gerichtskasse zu nehmen. Das Nachforderungsrecht der Gerichtskasse bleibt vorbehalten (Art. 123 ZPO). Der Kindervertreter wird ersucht, der erkennenden Kammer seinen Aufwand für das Berufungsverfahren auszuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 sowie 6 bis 16 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 24. Mai 2012 rechtskräftig geworden sind.
2. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Dem Gesuchsgegner wird Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand und der Gesuchstellerin Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Kinder C._____, geb. tt.mm.2000, und D._____, geb. tt.mm.2001, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.

2. Der Beklagte ist berechtigt, die Kinder jeden Sonntag von 10.00 Uhr bis 17.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
3. Es wird eine Besuchsrechts- und Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet.

Dem Beistand oder der Beiständin kommt die Aufgabe zu, die Kinder bei der Ausübung des Besuchsrechts zu unterstützen, insbesondere die Besuche des Gesuchsgegners mit den Kindern jeweils vor- und nachzubereiten. Bei einem positiven Verlauf der Besuche soll der Beistand oder die Beiständin dafür besorgt sein, dass die Besuche bis auf ein gerichtsübliches Mass ausgedehnt werden. Der Beistand oder die Beiständin hat weiter die Aufgabe, den Eltern bei erzieherischen Fragen zur Seite zu stehen.

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. Januar 2012 für die Dauer des Getrenntlebens für jedes Kind je Fr. 900.– zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Familien- und Ausbildungszulagen zu bezahlen, zahlbar im Voraus auf den ersten eines jeden Monats. Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner mangels Leistungsfähigkeit für die Gesuchstellerin persönlich keine Unterhaltsbeiträge bezahlen kann.
5. Die eheliche Wohnung an der ...str. ..., ... E._____, wird samt Mobiliar und Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
6. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
7. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren, einschliesslich der Kosten der Kindervertretung, werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, infolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt das Nachforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO.
8. Die Parteientschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren werden wettgeschlagen.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kindervertreter, an die Sozialbehörde E._____, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) E._____, an die Beiständin G._____, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
se