

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE120052-O/U, damit vereinigt LE120053

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichter Dr. G. Pfister  
und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur.  
F. Rieke

## Beschluss und Urteil vom 21. September 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. \_\_\_\_\_

sowie

1. **C.** \_\_\_\_\_,

2. **D.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. \_\_\_\_\_,

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahme)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Pfäffikon vom 20. Juli 2012 (EE110049)**

### **Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon:**

1. Die Anträge der Prozessbeiständin und des Klägers auf Umteilung der Obhut betreffend D.\_\_\_\_\_ werden abgewiesen.

Demgemäss bleibt es bei der Verfügung betreffend die vorsorglichen Massnahmen des hiesigen Gerichts vom 12. Dezember 2011, Dispositivziffer 1 und 3-7.

2. Dispositivziffer 2 der Verfügung des hiesigen Gerichts vom 12. Dezember 2011 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"Der Kläger wird während der Dauer des Eheschutzverfahrens für berechtigt erklärt, die Kinder

- jedes zweite Wochenende von Freitagabend, 19.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr, sowie
- jeden Mittwochnachmittag, 14.00 Uhr bis 19.00 Uhr,
- während der Hälfte der Schulferien, sowie
- der Hälfte der Feiertage

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

Bezüglich des Wochenendbesuchsrechts hat die Beklagte die Kinder jeweils am Freitag nach E.\_\_\_\_\_ zu bringen, wobei sie dem Kläger ihre Ankunftszeit jeweils mindestens einen Tag im Voraus mitzuteilen, hat. Der Kläger hat die Kinder sonntagabends jeweils wieder zurück an ihren Wohnort zu bringen. Bezüglich des Mittwochsbesuchsrechts hat der Kläger die Kinder jeweils in der Schule abzuholen und sie der Beklagten abends wieder zurückzubringen. Während schulfreier Tage hat der Kläger die Kinder an ihrem Wohnort abzuholen.

Das Besuchsrecht ist durch den Kläger persönlich auszuüben, wobei die Kinder die Grosseltern sowie Freunde besuchen dürfen. Dem Kläger wird untersagt, die Kinder bei den Grosseltern übernachten zu lassen.

3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
4. [Schriftliche Mitteilung.]
5. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Berufungsfrist 10 Tage, ohne Stillstand.]

### **Berufungsanträge:**

des Klägers (Urk. 1):

- "1. Es sei Dispositivziffer 1 des vom Bezirksgericht Pfäffikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, unter Geschäfts-Nummer EE110049-H/27 gefällten Entscheides aufzuheben, und es sei das Kind D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die elterliche Obhut des Klägers zu stellen.
2. Es sei entsprechend Dispositivziffer 2 des vorgenannten Entscheides aufzuheben und die Beklagte [recte: der Kläger] sei für berechtigt zu erklären, das Kind C.\_\_\_\_\_
- jedes zweite Wochenende (gerade Kalenderwochen) von Freitagabend, 19.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr,
  - während der Hälfte der Schulferien sowie
  - der Hälfte der Feiertage
- auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
- Die Beklagte ihrerseits sei berechtigt zu erklären, das Kind D.\_\_\_\_\_
- jedes zweite Wochenende (ungerade Kalenderwochen) von Samstagabend, 19.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr,
  - jeden Mittwochnachmittag, 14.00 Uhr bis 19.00 Uhr,
  - während der Hälfte der Schulferien sowie
  - während der Hälfte der Feiertage,
- auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

der Prozessbeteiligten (Urk. 21/1):

- "1. Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, Prozess-Nr. EE110049-H, vom 20. Juli 2012 sei aufzuheben und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2005, sei in Abänderung der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 12. Dezember 2011 für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut des Klägers zu stellen;
2. Dispositiv Ziffer 2 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon, Einzelgericht im summarischen Verfahren, Prozess-Nr. EE110049-H, vom 20. Juli 2012 sei aufzuheben.
- Die Beklagte sei in Abänderung der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 12. Dezember 2011 für die weitere Dauer des Verfahrens berechtigt zu erklären, D.\_\_\_\_\_
- jedes zweite Wochenende (ungerade Kalenderwochen) von Samstagabend, 19.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr, sowie
  - jeden Mittwochnachmittag, 14.00 Uhr bis 19.00 Uhr,
  - während der Hälfte der Schulferien sowie
  - während der Hälfte der Feiertage,
- auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
- Der Kläger sei berechtigt zu erklären, das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1999, während der weiteren Dauer des Eheschutzverfahrens
- jedes zweite Wochenende (gerade Kalenderwochen) von Freitagabend, 19.00 Uhr, bis Sonntagabend, 19.00 Uhr,
  - während der Hälfte der Schulferien sowie

- während der Hälfte der Feiertage,  
auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
- 3. Die Vorinstanz sei aufzufordern, vor Erlass des Endentscheids im Eheschutzverfahren ein Erziehungsfähigkeitsgutachten hinsichtlich beider Parteien einzuholen."

der Beklagten zur Berufung des Klägers (Urk. 5):

- "1. Die Berufungsanträge vom 6. August 2012 seien abzuweisen.
  - 2. Der vorinstanzliche Entscheid des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 20. Juli 2012, Prozess Nr. EE110049 sei zu bestätigen.
  - 3. Die Verfahren LE120052 und LE120053 vor dem Obergericht des Kantons Zürich seien zu vereinigen.
  - 4. [Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.]
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Klägers/Berufungsklägers."

der Beklagten zur Berufung des Prozessbeteiligten (Urk. 21/6):

- "1. Die Berufungsanträge vom 7. August 2012 seien abzuweisen.
  - 2. Der vorinstanzliche Entscheid des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 20. Juli 2012, Prozess Nr. EE110049 sei zu bestätigen.
  - 3. Die Verfahren LE120052 und LE120053 vor dem Obergericht des Kantons Zürich seien zu vereinigen."
  - 4. [Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege.]
- Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Verfahrensbeteiligten 1/ Berufungsklägers."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Am 17. September 2011 reichte der Kläger bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein (Vi-Urk. 1). Beide Parteien beanspruchten die Obhut über die beiden Kinder der Parteien, C.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.1999) und D.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2005). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 7. November 2011 schlossen die Parteien im Rahmen vorsorglicher Massnahmen eine Verein-

barung, wonach beide Kinder bis zum erstinstanzlichen Entscheid unter die Obhut der Beklagten zu stellen seien; ebenso einigten sich die Parteien über das Besuchsrecht des Klägers bis Ende 2011, die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft sowie Akonto-Unterhaltsleistungen des Klägers (Vi-Urk. 25 und 29). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2011 entschied die Vorinstanz in diesem Sinne (Vi-Urk. 33). Mit Eingabe vom 15. Mai 2012 beantragte die Prozessbeiständin der Kinder, die Tochter unter die Obhut der Beklagten und den Sohn unter die Obhut des Klägers zu stellen, unter entsprechender Ausgestaltung des Besuchsrechts; D.\_\_\_\_\_ sei sodann bereits als vorsorgliche Massnahme, in Abänderung der Verfügung vom 12. Dezember 2011, unter die Obhut des Klägers zu stellen und das Besuchsrecht der Beklagten entsprechend zu regeln (Vi-Urk. 56). Dem Antrag auf Abänderung der vorsorglichen Massnahmen schlossen sich der Erziehungsbeistand der Kinder und der Kläger an (Vi-Urk. 61 und 63). Mit Eingabe vom 27. Juni 2012 beantragte der Erziehungsbeistand der Kinder sodann die superprovisorische Umteilung der Obhut über den Sohn auf den Kläger (Vi-Urk. 73). Am 20. Juli 2012 erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Vi-Urk. 94 = Urk. 2).

2. Hiergegen hat der Kläger am 6. August 2012 fristgerecht Berufung erhoben, welche unter der vorliegenden Prozess-Nummer angelegt wurde (Urk. 1); die Berufungsanträge sind eingangs wiedergegeben.

Ebenso hat die Prozessbeiständin der Kinder für die Prozessbeteiligten gegen das angefochtene Urteil am 7. August 2012 fristgerecht Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Berufungsanträgen erhoben (Urk. 21/1); deren Berufung wurde unter der Prozess-Nummer LE120053 angelegt.

3. Auf die Einforderung von Kostenvorschüssen wurde in beiden Berufungsverfahren zum Zweck der Verfahrensbeschleunigung verzichtet.

4. Im vorliegenden Berufungsverfahren hat die Beklagte am 17. August 2012 fristgerecht die Berufungsantwort erstattet (Urk. 5), ebenso fristgerecht die Prozessbeiständin der Kinder am 22. August 2012 (Urk. 7).

Im Berufungsverfahren LE120053 hat der Kläger am 10. August 2012 fristgerecht die Berufungsantwort erstattet (Urk. 21/5), ebenso fristgerecht die Beklagte am 17. August 2012 (Urk. 21/6).

Die Berufungsantworten wurden je den Gegenparteien zugestellt (Urk. 11).

5. Am 29. August 2012 erfolgte eine Noveneingabe des Beistandes der Kinder (Urk. 9). Die Parteien haben dazu am 4., 11. und 12. September 2012 Stellung genommen (Urk. 12, 15 und 17; je den Gegenparteien zugestellt, Urk. 18-20).

## II.

Gegen das vorinstanzliche Urteil vom 20. Juli 2012, mit dem die Anträge auf Umteilung der Obhut über den Sohn D.\_\_\_\_\_ auf den Kläger abgewiesen und das Besuchsrecht des Klägers (für beide Kinder) neu geregelt wurde, haben, wie erwähnt, sowohl der Kläger als auch die Prozessbeiständin der Kinder Berufung erhoben. Zur Vereinfachung und zwecks Vermeidung widersprüchlicher Entscheide sind die beiden Berufungsverfahren zu vereinigen (Art. 125 lit. c ZPO). Das Berufungsverfahren LE120053 ist dabei als durch die Vereinigung erledigt abzuschreiben.

## III.

1. Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Abänderung (Obhut) bzw. den Erlass (Besuchsrecht) vorsorglicher Massnahmen kann vorab auf die zutreffenden Darlegungen der Vorinstanz (Urk. 2 S. 5 f.) verwiesen werden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass vom Gesetz an sich für das Eheschutzverfahren keine vorsorglichen Massnahmen vorgesehen sind (Art. 271 ff. ZPO), dies im Gegensatz zum Scheidungsverfahren (Art. 276 ZPO) oder zu Unterhaltsklagen (Art. 303 ZPO); dabei handelt es sich nicht um eine Gesetzeslücke, werden doch Scheidungen und Unterhaltsklagen im ordentlichen Verfahren behandelt, während für Eheschutzprozesse das summarische Verfahren – welches sich im Vergleich zum

ordentlichen Verfahren durch eine deutlich verkürzte Prozessdauer ausgezeichnet (vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO, worunter auch Eheschutzmassnahmen fallen) – zur Anwendung gelangt. Für Kinderbelange (Obhut, Besuchsrecht) können sich allerdings Ausnahmen ergeben, soweit das Kindeswohl eine sofortige, vorläufige Regelung dringend erheischt. Für diesen Fall ist allerdings regelmässig von den bisher, vor der Trennung gelebten Verhältnissen auszugehen (und sind diese ggf. wiederherzustellen), dagegen nicht von den von einer Partei eigenmächtig geschaffenen neuen Verhältnissen. Dass dies im vorliegenden Fall anders gehandhabt wurde (indem die von der Beklagten geschaffenen Verhältnisse als vorsorgliche Massnahme fortgesetzt wurden), ist allerdings für den heutigen Entscheid nicht mehr relevant, denn vorliegend ist im Hauptpunkt – Obhut über den Sohn – nicht über diese bereits erlassenen vorsorglichen Massnahmen zu befinden, sondern über eine allfällige Abänderung derselben.

2. a) Die Vorinstanz erwog zur Obhutzuteilung zusammengefasst, der Sohn wolle zwar beim Kläger wohnen, sei aber bezüglich der Obhutsfrage nicht urteilsfähig. Der Kläger habe berufsbedingt – mehrtägige durchgehende Abwesenheiten – nicht die Möglichkeit, den Sohn regelmässig unmittelbar persönlich zu betreuen, und die Betreuungsarbeit könne nicht den Eltern des Beklagten (Grosseltern des Sohnes) überlassen werden. Durch ein auf seine zeitliche Abkömmlichkeit ausgerichtetes, ausgedehntes Besuchsrecht könne dem Kläger ein zeitlicher Umgang wie bei einer Obhut ermöglicht werden. Entgegen den Vorbringen von Beistand und Prozessbeiständin fehle der Beklagten die Erziehungsfähigkeit nicht; ihr Verhalten sei nachvollziehbar. Dagegen bestünden beim Kläger angesichts seines bisherigen Verhaltens Zweifel (Urk. 2 S. 14-23).

b) Die Prozessbeiständin der Kinder macht dagegen zusammengefasst geltend, der konstante Wunsch des Sohnes D.\_\_\_\_\_, beim Kläger zu leben, sei ernst zu nehmen, auch wenn dieser noch nicht urteilsfähig sei. Während der berufsbedingten Abwesenheiten des Klägers könne D.\_\_\_\_\_, wie vor der Trennung, durch die Eltern des Klägers betreut werden, zu denen D.\_\_\_\_\_ eine enge Beziehung habe. Zudem sei auch die Beklagte teilweise berufsbedingt abwesend; sie

könnte D.\_\_\_\_\_ daher zwar etwas mehr selbst betreuen als der Kläger, doch sei die Betreuung durch den Kläger und die Grosseltern nicht als schlechter anzusehen als die Betreuung durch die Beklagte und Drittpersonen. Bezüglich der Erziehungsfähigkeit der Beklagten bestünden sodann erhebliche Zweifel, wobei nicht die Motive für das Verhalten der Beklagten gegenüber den Kindern entscheidend seien, sondern ihr tatsächliches Verhalten. Die Vorinstanz habe sich kritisch zur Erziehungsfähigkeit des Klägers geäussert, weil dieser wiederholt Befürchtungen bei Behörden deponiert habe, doch seien diese Befürchtungen eben begründet; im Übrigen habe die Beklagte selbst eingeräumt, dass der Kläger ein guter Vater sei (Urk. 21/1 S. 4 ff.; Urk. 7 S. 4 ff.). Im grundsätzlich gleichen Sinn äussert sich der Kläger (Urk. 21/5, vgl. Urk. 1).

c) Die Beklagte schliesst sich im Wesentlichen der Vorinstanz an. Ergänzend macht sie geltend, die Prozessbeiständin anerkenne selbst, dass D.\_\_\_\_\_ betreffend die Frage des Aufenthaltes noch nicht urteilsfähig sei; sodann hätten die Willensäusserungen von D.\_\_\_\_\_ gegenüber der Prozessbeiständin jeweils kurz vor oder nach Ferien beim Beklagten stattgefunden, ansonsten wären diese wohl anders ausgefallen. Die Eigenbetreuungsmöglichkeit sei bei der Beklagten wesentlich höher als beim Kläger; bei einer Obhut beim Kläger würde wegen dessen Block-Arbeitszeiten die Betreuung zwischen Grosseltern und Kläger ständig wechseln, sodass D.\_\_\_\_\_ keine konstante, stabile Beziehung aufbauen könnte. Während der Arbeitsabwesenheit des Klägers wären die dann betreuenden Grosseltern als Nicht-Inhaber der elterlichen Sorge in Notfällen gar nicht befugt, die notwendigen Entscheidungen zu fällen. Die Beklagte sei durchaus erziehungsfähig. Dass sie im ersten Moment die Familienbegleitung abgelehnt habe, sei mehr als nur verständlich; sie versuche sich als Mutter der beiden Kinder zu positionieren, nachdem ihr dies zuvor verweigert worden sei. Auf die Aussagen der Tochter C.\_\_\_\_\_ zur Obhutszuteilung über D.\_\_\_\_\_ könne nicht abgestellt werden. Der Kläger verfüge kaum über Erfahrung in der Kinderbetreuung und es bestünden ernsthafte Zweifel an seiner Erziehungsfähigkeit. Die beiden Geschwister sollten auch nicht getrennt werden (Urk. 21/6 S. 3 ff.; Urk. 5).

3. Vorab ist in prozessualer Hinsicht darauf hinzuweisen, dass die vorinstanzliche Zustellung der letzten Eingaben der Parteien an die Gegenparteien am Tage der Urteilsfällung (Vi-Urk. 93 S. 2) – sodass die Parteien vor der Fällung des Entscheids nicht einmal theoretisch die Möglichkeit für eine Stellungnahme oder Ankündigung einer solchen besaßen – eigentlich eine Verletzung des rechtlichen Gehörs mit den entsprechenden Konsequenzen darstellen würde. Da dies jedoch nicht gerügt wurde, erübrigen sich Weiterungen.

4. a) Bei der Frage der *Obhutszuteilung* ist in erster Linie das Kindeswohl zu beachten. Was dieses erfordert, ist naturgemäss im Einzelfall schwierig festzustellen, denn das Kind hätte es zumeist nötig, zu beiden Elternteilen intensiv und konstant die Beziehung aufrecht erhalten zu können. Grundsätzlich hat das Gericht in Beachtung aller konkreten Umstände nach der für das Kind bestmöglichen Lösung zu suchen (BGE 117 II 353 E. 3). Wenn die Erziehungsfähigkeit beiderseits gegeben ist, sind die Kinder in einem Eheschutzverfahren in der Regel demjenigen Elternteil zuzusprechen, der in der Lage ist, sie weitgehend persönlich und in der bisherigen Umgebung zu betreuen. Je jünger ein Kind ist, desto besser muss für eine beständige Betreuung gesorgt sein; wenn ein Elternteil zeitweise beruflich abwesend ist, sollte wenigstens ein haltbares Betreuungsnetz vorhanden sein. Einem eindeutig geäusserten Zuteilungswunsch des Kindes ist Rechnung zu tragen, wobei einem solchen Wunsch umso grösseres Gewicht zukommt, je älter das Kind ist; in jedem Fall ist aber zu prüfen, welche Motive dem Zuteilungswunsch zugrunde liegen. Im Eheschutzverfahren kommt sodann dem Kriterium der Stabilität besondere Bedeutung zu; die bisherigen Lebensumstände des Kindes und dessen soziales Umfeld sollten nicht ohne Not verändert werden. Das Eheschutzgericht hat diejenigen Anordnungen zu treffen, die zur Zeit am ehesten stabile, von Zuwendung und elterlicher Verantwortung geprägte Verhältnisse garantieren.

b) Der Sohn, D.\_\_\_\_\_, hat vielfach den Wunsch geäussert, wieder beim Kläger zu leben (Vi-Urk. 41 S. 1 = Gespräch mit der Kindergärtnerin, Vi-Urk. 42 S. 2 = gerichtliche Anhörung am 1. Februar 2012, Vi-Urk. 56 S. 6 = Gespräch mit der Prozessbeiständin am 9. Februar 2012, Vi-Urk. 56 S. 8 = Gespräch mit der

Prozessbeiständin am 13. Februar 2012, Vi-Urk. 86 S. 2 = Gespräch mit der Prozessbeiständin am 16. Juli 2012). Der Zuteilungswunsch von D.\_\_\_\_\_ ist damit als konstant anzusehen. Die Vorinstanz und auch die Prozessbeiständin erachten D.\_\_\_\_\_ aufgrund seines Alters – er ist am tt.mm.2012 sieben Jahre alt geworden – bezüglich der Obhutsfrage als noch nicht urteilsfähig. Dem ist insoweit ohne weiteres zuzustimmen, als ein gut sieben Jahre altes Kind in der Regel – dass es vorliegend anders wäre, ist nicht ersichtlich – noch nicht absehen kann, was eine Obhutzuteilung alles beinhaltet. Der blosser Wunsch allerdings, beim einen oder andern Elternteil leben zu wollen, setzt keine grosse geistige Reife voraus; dieser Wunsch ist, wenn er wie vorliegend genügend konstant geäussert wird, als solcher zu respektieren. Die Willensäusserungen von D.\_\_\_\_\_ sind eindeutig, er hat sich nicht nur nach Aufhalten beim Kläger für ein Leben bei diesem ausgesprochen, sondern auch nach längeren Aufhalten bei der Beklagten; in diesem Zusammenhang fällt auch auf, dass der Zuteilungswunsch seit der Trennung der Parteien im Herbst 2011 unverändert geblieben ist. Er hat diesen Wunsch sodann gegenüber verschiedensten Personen (der Kindergärtnerin, der Vorinstanz, der Prozessbeiständin, der Schwester) so geäussert. Es ist schliesslich nicht ersichtlich, dass sich D.\_\_\_\_\_ auch nur ein einziges Mal für einen Verbleib bei der Beklagten ausgesprochen hätte. Aufgrund der Angaben von D.\_\_\_\_\_ erscheint als Hauptmotiv seines Wunsches, beim Kläger zu leben, das bisherige soziale Umfeld, namentlich bisherige Freunde (vgl. die oben angegebenen Aktenstellen); dieses Motiv ist nachvollziehbar und relevant. Etwas einschränkend ist zu berücksichtigen, dass auch am bisherigen Wohnort von D.\_\_\_\_\_ infolge des Schuleintrittes sich Änderungen im Freundeskreis ergeben hätten bzw. sich bei einer Umteilung der Obhut ergeben werden.

c) Die Vorinstanz hat die Erziehungsfähigkeit der Beklagten, zumindest implizite, bejaht (Urk. 2 S. 21 f.). Dem kann nicht gefolgt werden. Schon gemäss dem ersten, durchaus zurückhaltenden Bericht des Beistandes der Kinder vom 26. April 2012 war die Beklagte mit der Erziehung von C.\_\_\_\_\_ überfordert, lehnte aber gleichwohl Hilfe ab und wünschte nur, in Ruhe gelassen zu werden (Vi-Urk. 47 S. 1 f.). In seiner Eingabe vom 27. Juni 2012 wird der Beistand dann erheblich deutlicher: Die Situation bei der Beklagten sei "so nicht weiter tragbar", die Be-

klagte sei "mit der Erziehung masslos überfordert", lehne Hilfe aber weiterhin ab. Die ganze Situation sei nicht nur für D.\_\_\_\_\_, sondern auch für C.\_\_\_\_\_, welche dem Beistand gegenüber offen von den bestehenden Problemen spreche, sehr belastend. Es stelle sich die Frage, ob es sinnvoll sei, dass auch C.\_\_\_\_\_ weiterhin in der Obhut der Beklagten bleibe; da diese aber älter als ihr Bruder sei und sich daher besser wehren könne, sei ein Verbleib bei der Beklagten "noch einigermaßen zu verantworten". Der Beistand verlangte daher die sofortige Umteilung der Obhut über D.\_\_\_\_\_ an den Kläger (Vi-Urk. 73). Mit Eingabe vom 29. August 2012 teilte der Beistand schliesslich im Berufungsverfahren mit, dass es zu einem Eklat bei der Beklagten gekommen sei: Der Freund der Beklagten sei am 24. August 2012 gegenüber C.\_\_\_\_\_ tätlich geworden; diese weile seither im Frauenhaus und weigere sich, zur Beklagten zurückkehren, solange deren Freund dort sei. Dieser solle auch schon gegenüber D.\_\_\_\_\_ tätlich gewesen sein (Urk. 9). In ihrer Stellungnahme dazu vom 11. September 2012 macht die Beklagte geltend, ihr Freund habe C.\_\_\_\_\_ nicht berührt. Wenn C.\_\_\_\_\_ tatsächlich geäussert habe, dass sie nur zu ihr zurückkehre, wenn ihr Freund die Wohnung verlasse, sei dies eine Erpressung; C.\_\_\_\_\_ sei vom Kläger massiv unter Druck gesetzt worden, damit sie eine entsprechende Strafanzeige einreiche (Urk. 15 S. 4). Die Prozessbeiständin legt in ihrer Stellungnahme vom 12. September 2012 dar, nach den Aussagen von C.\_\_\_\_\_ sei der Freund der Beklagten ihr gegenüber handgreiflich geworden, habe sie mit den Fingern gegen die Wand gestossen und sie danach aus der Wohnung gezerrt; die Beklagte habe ihr nicht geholfen. C.\_\_\_\_\_ wolle nun auch beim Kläger wohnen (Urk. 17 S. 3).

Die Äusserungen des Beistandes, besonders in der Eingabe vom 27. Juni 2012 (die Situation bei der Beklagten sei so nicht weiter tragbar, diese sei mit der Erziehung masslos überfordert (Vi-Urk. 73), sind glaubhaft und lassen an Deutlichkeit eigentlich nichts zu wünschen übrig. Dafür, dass der Beistand vom Kläger massgeblich beeinflusst oder gar instrumentalisiert worden wäre, bestehen nicht die geringsten Anhaltspunkte. Auch die Mutmassung der Beklagten, dass sich die Situation mit der Zeit beruhigen werde, wenn man sie in Ruhe lasse, ist durch die seitherigen, vorstehend geschilderten Ereignisse widerlegt. Die Beklagte negiert die Befindlichkeit ihrer Tochter und sieht sich selber als Opfer (alle hätten sich

gegen sie gewendet; Urk. 15 S. 4). Sie ist offenbar nicht imstande, die Interessen der Kinder über ihre eigenen zu stellen. Dies hat sich schon darin geäußert, dass sie mit den Kindern (ohne Einwilligung des Klägers) von ihrem bisherigen Wohnort E.\_\_\_\_\_ nach F.\_\_\_\_\_ verzogen ist, womit sie die Kinder eigenmächtig aus ihrem bisherigen sozialen Umfeld herausgerissen hat; besonders D.\_\_\_\_\_ hat der Verlust seiner vertrauten Umgebung und Freunde stark zugesetzt. Die Beklagte erweckt den Anschein, dass ihr auch heute noch ihr Freund wichtiger sei als ihre Kinder. Auf Seiten der Beklagten muss daher, wenn überhaupt noch, von einer stark eingeschränkten Erziehungsfähigkeit ausgegangen werden.

d) Zur Erziehungsfähigkeit des Klägers hat sich die Vorinstanz nicht ausdrücklich geäußert; sie hat lediglich dargelegt, beim Kläger bestünden bezüglich der Kooperationsfähigkeit aufgrund seines bisherigen Verhaltens Zweifel (Urk. 2 S. 22 f.). Dabei müssen mit dem bisherigen Verhalten dessen verschiedene Meldungen an den Beistand (vgl. Urk. 2 S. 20) gemeint sein. Da sich diese Meldungen jedoch zumindest im Tenor als berechtigt erwiesen haben, kann aus diesen nicht auf eine fehlende Kooperationsfähigkeit geschlossen werden. Andere Anzeichen, die auf eine eingeschränkte oder fehlende Erziehungsfähigkeit des Klägers schliessen lassen würden, sind nicht ersichtlich (vgl. auch Urk. 21/6 S. 8: die Beklagte bringt gegen die Erziehungsfähigkeit des Klägers einzig dessen ungenügende Eigenbetreuungsmöglichkeit vor, doch ist diese von der Erziehungsfähigkeit zu trennen). Mit dem Vorbringen, dass die Kinder jeweils nach Besuchen beim Kläger aufgewühlt gewesen seien, ist eine Aufhetzung durch diesen gegen die Beklagte nicht glaubhaft gemacht, denn ein solches Verhalten ist regelmässig eine Folge des Loyalitätskonfliktes, in dem sich die Kinder befinden. Gerade bei D.\_\_\_\_\_, der beim Kläger leben möchte, ist ein Unwille, jeweils wieder zur Beklagten zurückkehren zu müssen, nachvollziehbar.

e) Gegen eine Obhutszuteilung an den Kläger wird primär dessen fehlende Möglichkeit der persönlichen Betreuung geltend gemacht. Der Kläger arbeitet als Krankenpfleger bei einer pflegebedürftigen Privatperson, wobei er jeweils am Arbeitsort schläft; dabei arbeitet er fünf bis sieben Tage, maximal zwölf Tage, am Stück und hat danach ein bis zwei Wochen frei (Urk. 2 S. 18). In der Zeit seiner

Arbeitseinsätze kann er D.\_\_\_\_\_ nicht persönlich betreuen. Der Kläger macht dazu geltend, in den Zeiten seiner berufsbedingten Abwesenheiten seien die Kinder schon vor der Trennung jeweils von seinen Eltern (den Grosseltern der Kinder) betreut worden, auch wenn die Beklagte die Gelegenheit gehabt hätte, die Betreuung selbst wahrzunehmen (Urk. 1 S. 6). Dass bis zur Trennung in den berufsbedingten Abwesenheiten des Klägers dessen Eltern eine dem Anteil der Beklagten mindestens ebenbürtige Betreuungsleistung erbracht hatten, erscheint aufgrund des Vorbringens der Beklagten, wonach sie bis zur Trennung keine Gelegenheit gehabt habe, selber Erziehungsverantwortung für die Kinder zu übernehmen und stets die in der Nachbarschaft wohnenden Grosseltern und der Kläger präsent gewesen seien (Vi-Urk. 65 S. 2), als glaubhaft. D.\_\_\_\_\_ hat sodann eine gute Beziehung zu den Eltern des Klägers und fühlt sich bei diesen wohl (Vi-Urk. 56 S. 7). Dass es D.\_\_\_\_\_ bzw. beiden Kindern unter diesem bis zur Trennung gelebten Betreuungsmodell nicht gut gegangen wäre, wurde nicht vorgebracht. Es spricht daher grundsätzlich nichts dagegen, dieses Betreuungsmodell fortzusetzen. Das diesbezügliche Vorbringen der Beklagten, während der Arbeitsabwesenheit des Klägers wären die dann betreuenden Grosseltern als Nicht-Inhaber der elterlichen Sorge in Notfällen gar nicht befugt, die notwendigen Entscheidungen zu fällen (Urk. 21/6 S. 6), ist zu verwerfen, denn mit den heutigen Kommunikationsmitteln stellt es für die Grosseltern wohl kein Problem dar, den Kläger über ein Mobiltelefon zu erreichen; dass dieser nicht erreichbar wäre, wurde nicht vorgebracht.

f) Im Übrigen wäre auch die Beklagte nicht zur alleinigen persönlichen Betreuung in der Lage. Die Beklagte arbeitet mit einem Pensum von 30 % bei G.\_\_\_\_\_ (Urk. 21/6 S. 5). Dass sie daneben noch als Sängerin (Abendvorstellungen) arbeite, wie vom Kläger behauptet, bestreitet die Beklagte. Aufgrund des Umstandes, dass dem Vorfall vom 24. August 2012 nach ihren Angaben ein von ihr wahrzunehmender "externer Termin" um 18:30 zugrunde lag (Urk. 15 S. 3), erscheint dies zwar nicht als a priori unglaubhaft, kann aber für das Berufungsverfahren letztlich offen bleiben. Es reicht in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass auch die Beklagte D.\_\_\_\_\_ aufgrund ihres Arbeitspensums zwar mehr als der Kläger, aber auch nicht stets persönlich betreuen kann und dafür auf die

Mithilfe von Drittpersonen angewiesen ist. Aufgrund der in dieser Hinsicht eindeutigen Aussagen von C.\_\_\_\_\_, wonach D.\_\_\_\_\_ von der Beklagten effektiv nicht betreut werde, sondern sich selbst überlassen sei und häufig fernsehe (Vi-Urk. 56 S. 9, auch S. 10 und 12), erscheint zwar fraglich, ob die Beklagte gewillt ist, diese Möglichkeit auch wahrzunehmen; letztlich muss jedoch auch dies nicht vertieft werden, da die Obhut schon aufgrund der Erziehungsfähigkeit nicht bei der Beklagten zu belassen ist.

g) Aufgrund der bisherigen Erwägungen könnte einer Umteilung der Obhut über D.\_\_\_\_\_ an den Kläger einzig noch im Weg stehen, dass vorliegend die Abänderung einer vorsorglichen Massnahme in einem Eheschutzverfahren zur Diskussion steht. Wenn die reale Möglichkeit bestünde, dass mit dem Endentscheid des Eheschutzverfahrens D.\_\_\_\_\_ unter die Obhut der Beklagten gestellt würde, wäre eine Umteilung der Obhut im heutigen Zeitpunkt abzulehnen, um ein Hin und Her in der Lebenssituation des Kindes zu vermeiden. Aufgrund des heutigen Aktenstandes ist jedoch stark damit zu rechnen, dass D.\_\_\_\_\_ auch im von der Vorinstanz zu fällenden Endentscheid unter die Obhut des Klägers gestellt werden wird. Damit steht der Umstand, dass vorliegend eine vorsorgliche Massnahme zu treffen bzw. abzuändern ist, einer Obhutsumteilung nicht entgegen.

h) Bloss ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch der Grundsatz, wonach Geschwister nicht getrennt werden sollten, einer Umteilung der Obhut über D.\_\_\_\_\_ (allein) auf den Kläger nicht entgegensteht. Einerseits haben die Kinder der Parteien bislang offenbar häufig Streit gehabt (Vi-Urk. 56 S. 6), und andererseits wird aufgrund der jüngsten Vorkommnisse und des Umstandes, dass nun auch C.\_\_\_\_\_ beim Beklagten wohnen will (Urk. 17 S. 3), allenfalls zu prüfen sein, ob auch die Obhut über C.\_\_\_\_\_ dem Kläger zuzuteilen sei (was – da die entsprechende Regelung nicht angefochten ist – nicht im vorliegenden Berufungsverfahren möglich ist), sei es im Endentscheid oder in einem (weiteren) Massnahmeentscheid (oder sei es durch die Vormundschaftsbehörde gestützt auf die Notzuständigkeit gemäss Art. 315a Abs. 3 Ziff. 2 ZGB).

i) Nach dem Gesagten ist in Gutheissung der Berufung des Klägers und der Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ die Obhut über D.\_\_\_\_\_ für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens auf den Kläger umzuteilen.

5. a) Als Folge der Umteilung der Obhut über D.\_\_\_\_\_ zum Kläger ist das *Besuchsrecht* der Beklagten für D.\_\_\_\_\_ zu regeln (und dasjenige des Klägers für D.\_\_\_\_\_ aufzuheben). Der Kläger und die Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ haben hierzu ausformulierte Anträge gestellt (Urk. 1 S. 2 f., Urk. 21/1 S. 3). Die Beklagte hat sich im Berufungsverfahren zum Besuchsrecht nicht – auch nicht eventualiter – geäussert (Urk. 5; Urk. 21/6, beso S. 9).

b) Die inhaltlich identischen Anträge des Klägers und der Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ zum Besuchsrecht der Beklagten lehnen sich an die vorinstanzliche Regelung des Besuchsrechts des Klägers (Urk. 2 S. 29) an, sind gegenüber diesem allerdings im Umfang etwas eingeschränkter (Wochenend-Besuchsrecht erst von Samstagabend an), was mit dem Umstand, dass die Beklagte häufig am Samstag arbeitet, begründet wird (Urk. 21/1 S. 9 i.V.m. Vi-Urk. 56 S. 21) und unwidersprochen geblieben ist. Die von der Vorinstanz angeordneten Modalitäten der Ausübung des Besuchsrechts (Bringpflicht der Beklagten beim Wochenend-Besuchsrecht etc.; Verbot der Übernachtung bei den Grosseltern) wurden in den Anträgen nicht übernommen; auch dies ist unwidersprochen geblieben.

c) Das beantragte und unwidersprochene Besuchsrecht (für beide Parteien) erscheint ohne weiteres als im Kindeswohl liegend und ist entsprechend anzuordnen.

6. a) Die Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ beantragt die Anweisung der Vorinstanz, vor dem Endentscheid des Eheschutzverfahrens ein *Erziehungsfähigkeitsgutachten* über beide Parteien einzuholen (Urk. 21/1 S. 3 und S. 9).

b) Mit Berufung anfechtbar ist einzig das Dispositiv des angefochtenen Entscheids, nicht dagegen allfällige Erwägungen. Im Dispositiv des angefochtenen vorinstanzlichen Urteils ist keine Abweisung eines entsprechenden Antrags

der Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ enthalten, weshalb auf die Berufung in diesem Punkt nicht einzutreten ist.

c) Im Übrigen wäre der Antrag auch unbegründet. Ausser in pathologischen Fällen, wo es dem Gericht an Sachkenntnis mangelt, ist im Eheschutzverfahren von der Einholung von Gutachten wenn immer möglich abzusehen. Hierzu kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 2 S. 23-25) verwiesen werden.

7. Die Anpassung der Unterhaltspflicht des Klägers für die beiden Kinder (vgl. Vi-Urk. 33 Dispositiv-Ziffer 5) ist nicht verlangt worden.

#### IV.

1. Die Beklagte hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung gestellt und dabei auf ihre Eingabe an die Vorinstanz vom 31. Oktober 2011 verwiesen; ihre finanziellen Verhältnisse hätten sich seither nicht verändert (Urk. 5 S. 7, Urk. 21/6 S. 10).

Mit ihrer Eingabe vom 31. Oktober 2011 (Vi-Urk. 13) hat die Beklagte verschiedene Unterlagen eingereicht, dagegen nicht ihr Armenrechtsgesuch begründet bzw. ihre finanziellen Verhältnisse dargelegt (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sowohl in jener Eingabe wie auch im Plädoyer der Verhandlung vom 7. November 2011 war sodann das Armenrechtsgesuch nur eventualiter, wenn nicht der Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werde, gestellt worden (Vi-Urk. 13 S. 1, Vi-Urk. 23 S. 4).

Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Beistandspflicht aus Familienrecht nach (BGE 85 I 1 ff.; ZR 83/1984 Nr. 21 und ZR 90/1991 Nr. 82); die Gewährung des prozessualen Armenrechts kommt daher nur in Frage, wenn der ansprechenden Partei kein Prozesskostenvorschuss zugesprochen bzw. die Gegenpartei nicht gestützt auf die eheliche Beistandspflicht zur Übernahme der Prozesskosten verpflichtet werden kann. Zu prüfen ist damit, ob der Gesuchsteller tatsächlich zur Leistung eines solchen Vor-

schusses in der Lage wäre. Aus den Akten ergibt sich ein monatliches Einkommen des Klägers von Fr. 6'791.15 netto inkl. Kinderzulagen (Vi-Urk. 12/1), wovon er die mit Verfügung der Vorinstanz vom 12. Dezember 2011 angeordneten Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.-- an die Beklagte leisten muss (Vi-Urk. 33 S. 7). Über Vermögen verfügen die Parteien nicht (Vi-Urk. 12/4 = gemeinsame Steuererklärung 2010). Daher kann nicht als erhärtet gelten, dass der Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Lage wäre.

Die Beklagte verfügt nebst eigenen Einkünften von rund Fr. 1'000.-- pro Monat (Vi-Urk. 17/4, für 30 % Pensum) über die erwähnten Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.-- und ist damit als im armenrechtlichen Sinne mittellos anzusehen. Ihre Rechtsposition im Berufungsverfahren kann auch nicht als aussichtslos angesehen werden und sie ist auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Daher ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung zu gewähren (Art. 117 ZPO). Die Beklagte ist auf die Nachzahlungspflicht hinzuweisen (Art. 123 ZPO).

2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss ständiger, unter dem alten Prozessrecht entwickelter (ZR 84/1985 Nr. 41) und unter dem neuen Prozessrecht (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO) weitergeführter Praxis der Kammer sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange den Parteien unabhängig vom Ausgang je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten. Solche sind auch der unterliegenden Beklagten nicht abzusprechen. Demgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens – inklusive die Kosten der Kindesvertretung (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) – beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

3. Dementsprechend sind für das Berufungsverfahren keine Parteischädigungen zuzusprechen.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Berufungsverfahren LE120053 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und unter dieser Nummer weitergeführt.
2. Die Akten des Berufungsverfahrens LE120053 werden als Urk. 21/1-8 zu den Akten des vorliegenden Berufungsverfahrens genommen.
3. Auf den Berufungsantrag des Prozessbeteiligten auf Anweisung der Vorinstanz zur Einholung eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens wird nicht eingetreten.
4. Der Beklagten wird für das vereinigte Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Fürsprecher Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie die Verfahrensbeteiligten und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 20. Juli 2012 werden aufgehoben.
2. In Abänderung der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 12. Dezember 2011 wird das Kind D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2005, für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut des Klägers gestellt.
3. In Abänderung der Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 12. Dezember 2011 wird das Besuchsrecht für die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm. 1999, und D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2005, für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens wie folgt geregelt:

Der Kläger wird berechtigt erklärt, das Kind C.\_\_\_\_\_

- jedes zweite Wochenende (gerade Kalenderwochen) von Freitagabend, 19:00 Uhr, bis Sonntagabend, 19:00 Uhr,
  - während der Hälfte der Schulferien sowie
  - während der Hälfte der Feiertage
- auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Die Beklagte wird berechtigt erklärt, das Kind D. \_\_\_\_\_

- jedes zweite Wochenende (ungerade Kalenderwochen) von Samstagabend, 19:00 Uhr, bis Sonntagabend, 19:00 Uhr,
  - jeden Mittwochnachmittag, 14:00 Uhr bis 19:00 Uhr,
  - während der Hälfte der Schulferien sowie
  - während der Hälfte der Feiertage
- auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 3'000.-- festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden beiden Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Beklagten wird zufolge der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen und unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht auf die Gerichtskasse genommen.
6. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Verfahrensbeteiligten, an den Beistand der Kinder (H. \_\_\_\_\_, Amtsvormund, ... [Adresse]) und an das Bezirksgericht Pfäffikon, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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. September 2012

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:  
se