

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120064-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister
und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 15. Mai 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

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

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Hinwil vom 30. August 2012 (EE120034)**

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin (Urk. 1 S. 2):

"In Abänderung der mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 23. August 2011 vorgemerkten und hinsichtlich der Kinderbelange genehmigten Vereinbarung vom 18. August 2011 sei für die weitere Dauer des Getrenntlebens folgendes anzuordnen:

1. Der Sohn C._____, geboren tt.mm.2009, sei unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
2. Dem Gesuchsgegner sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen.
3. Der Gesuchsgegner sei ab 1. Mai 2012 zur Bezahlung von angemessenen Unterhaltsbeiträgen für den Sohn und die Gesuchstellerin zu verpflichten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zu Lasten des Gesuchsgegners."

des Gesuchsgegners (Prot. I S. 5):

- "1. Es seien die Anträge der Gesuchstellerin abzuweisen.
2. Die Obhut über den Sohn C._____ sei dem Gesuchsgegner zuzuweisen.
3. Es sei die Gesuchstellerin für berechtigt zu erklären, C._____ an gerichtsblichen Besuchstagen zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.
4. Die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, an den Unterhalt und die Erziehung von C._____ monatlich Fr. 600.– zu bezahlen, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen, jeweils auf den ersten eines jeden Monats zahlbar im Voraus.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil:

(Urk. 16 = Urk. 22)

- "1. In Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziff. 2 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 wird der Sohn C._____, geboren tt.mm.2009, für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
2. In Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 wird der Gesuchsgegner berechtigt erklärt, den Sohn C._____ an folgenden Tagen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:
 - Jedes erste und dritte Wochenende im Monat von Samstag, 9.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr;
 - Jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr, sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl an Ostern von Karfreitag, 9.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr, und in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingsten von Pfingstsamstag, 9.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr.
3. In Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Mai 2012 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens für den Sohn C._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 675.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den ersten eines jeden Monats.
4. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 3'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 318.75 Dolmetscherkosten.
5. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. [Mitteilung]
8. [Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 21 S. 6):

- "1. Es sei der Entscheid des Bezirksgerichtes Hinwil vom 30. August 2012 in den Ziffern 1., 2. und 3. aufzuheben.
2. Es sei der Sohn C._____, geboren tt.mm.2009, unter die elterliche Obhut des Klägers zu stellen.
3. Es sei der Beklagten ein angemessenes Besuchsrecht und Ferienbesuchsrecht einzuräumen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger an den Unterhalt und die Erziehung von C._____ monatlich Fr. 413.– zu bezahlen, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.
6. Es sei dem Kläger auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und Rechtsanwältin X._____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

der Berufungsbeklagten (Urk. 25 S. 2):

" Die Berufung sei abzuweisen, unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer (8 %) zu Lasten des Gesuchsegners und Berufungsklägers.

In prozessualer Hinsicht stelle ich Ihnen den weiteren Antrag, es sei der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn: C._____, geboren am tt.mm.2009. Mit Urteil vom 23. August 2011 merkte das

Bezirksgericht Hinwil eine von den Parteien am 18. August 2011 aussergerichtlich geschlossene Vereinbarung (Urk. 5/29) über die Folgen des Getrenntlebens vor und genehmigte diese hinsichtlich der Kinderbelange (Urk. 5/30). In dieser Vereinbarung einigten sich die Parteien im Ergebnis auf eine geteilte Obhut in Bezug auf den Sohn C._____ und hielten einen Betreuungsplan fest. Weiter vereinbarten die Parteien, dass jeder seine eigenen Lebenshaltungskosten sowie die Kosten für die Betreuung des Sohnes C._____ übernimmt und im Übrigen auf weitere Unterhaltsbeiträge mangels Leistungsfähigkeit verzichtet. Mit Eingabe vom 26. April 2012 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Hinwil, ersuchte um Abänderung der Eheschutzmassnahmen und stellte eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 22 S. 3). Die Vorinstanz fällte am 30. August 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 22).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) am 27. September 2012 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 21 S. 6). Mit Beschluss vom 16. November 2012 wurde dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (Urk. 23 Dispositiv-Ziffer 1). Die Berufungsantwort datiert vom 6. Dezember 2012 (Urk. 25). Diese wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 10. Januar 2013 zur Kenntnis gebracht (Urk. 26). Am 3. April 2013 wandte sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) des Bezirks Hinwil telefonisch an die urteilende Kammer (Urk. 29). Eine Kopie der Aktennotiz betreffend den Inhalt dieses Telefongesprächs wurde den Parteien am 25. April 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 30/1-2). Die Gesuchstellerin nahm dazu mit Eingabe vom 2. Mai 2013 Stellung (Urk. 31), wovon dem Gesuchsgegner am 3. Mai 2013 Kenntnis gegeben wurde (Urk. 32).

II.

1. Was die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zu den Voraussetzungen der Abänderbarkeit von Eheschutzmassnahmen anbelangt, so sind diese zutreffend, und es kann darauf verwiesen werden. Ebenso kann auf die zutreffende und unumstrittene vorinstanzliche Begründung verwiesen werden, wonach sich im konkreten Fall die Verhältnisse verändert haben, da die Betreuung des gemeinsamen Sohnes C. _____ nicht mehr so gelebt wird, wie dies ursprünglich zwischen den Parteien vereinbart worden ist, und da der Gesuchsgegner wieder erwerbstätig ist und ein höheres Einkommen als die ursprünglich hypothetisch angerechneten Fr. 3'000.– monatlich verdient (Urk. 22 S. 6 f.). Es liegen somit veränderte Verhältnisse im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB vor.

2. Obhut

2.1. Die Vorinstanz stellte den Sohn C. _____ in Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin (Urk. 22 Dispositivziffer 1). Es wurde erwogen, bei einem Kind in C. _____s Alter sei die persönliche Betreuung und der Kontakt zu Bezugspersonen von grosser Bedeutung, weshalb es auch von besonderer Wichtigkeit sei, das bestehende Umfeld und die gegebene Betreuungssituation nicht ohne Not zu ändern. Vorliegend stehe fest, dass die Betreuung C. _____s in der Vergangenheit hauptsächlich durch die Gesuchstellerin mit Unterstützung ihrer Kollegin gewährleistet worden sei. Die Gesuchstellerin verfüge offensichtlich über ein Betreuungskonzept, welches einerseits Gewähr für eine konstante und verantwortungsbewusste Betreuung biete, es ihr andererseits aber auch ermögliche, ihrer Erwerbstätigkeit nachzugehen und den Sohn C. _____ dennoch halbtags persönlich zu betreuen. Für die Befürchtungen des Gesuchsgegners, C. _____ werde herumgereicht und von unqualifizierten Personen betreut, bestünden keine Hinweise. Vielmehr sei davon auszugehen, dass eine Obhutzuteilung an die Gesuchstellerin und die Weiterführung der bisherigen Betreuungsformen C. _____ die notwendige Stabilität und den Kontakt zu für ihn wichtigen Bezugspersonen gewährleisten könne.

Im Übrigen werde die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin weder vom Gesuchsgegner angezweifelt, noch bestünden konkrete Hinweise hierfür. Schliesslich komme hinzu, dass der Gesuchsgegner nach eigenen Angaben den Sohn tagsüber nicht selber betreuen könnte, da er voll erwerbstätig sei. Stattdessen müsste er ihn in einer Kindertagesstätte unterbringen und könnte sich nur abends persönlich um ihn kümmern. Eine derartige fast vollständige Fremdbetreuung sei nicht nur in Bezug auf das Wohl des Sohnes, sondern auch in Bezug auf die finanzielle Situation der Parteien wenig sinnvoll, weshalb eine Zuteilung der Obhut an den Gesuchsgegner unter diesen Aspekten auszuschliessen sei (Urk. 22 S. 7 f.).

2.2. Der Gesuchsgegner beantragt, den Sohn C._____ unter seine elterliche Obhut zu stellen, und macht geltend, schon als die Parteien noch zusammengelebt hätten, sei die Gesuchstellerin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen, und der Gesuchsgegner habe den Haushalt besorgt und den Sohn nach Ablauf des 14-wöchigen Mutterschaftsurlaubs betreut. Während der Trennung habe eine Bekannte der Gesuchstellerin auf C._____ aufgepasst, dies allerdings nur so lange, als deren Visum den Verbleib in der Schweiz erlaubt habe. Mit Vereinbarung vom 18. August 2011 habe der Gesuchsgegner die Kinderbetreuung von 19.00 Uhr bis nach dem Mittagsschlaf von C._____, das heisse bis ca. 15.00 Uhr, übernommen. Die Gesuchstellerin habe C._____ demnach während ungefähr vier Stunden täglich betreut (Urk. 21 S. 2). Bis zum 1. Februar 2012 sei es der Gesuchsgegner gewesen, der sich umfassend um den gemeinsamen Sohn C._____ gekümmert habe, was auch von der Vorinstanz explizit festgehalten worden sei (Urk. 21 S. 3 unter Hinweis auf den angefochtenen Entscheid S. 9). Erst als der Gesuchsgegner Anfang des Jahres 2012 aus der bisherigen Wohnung habe ausziehen und in ein Hotelzimmer ziehen müssen, dafür aber eine Anstellung gefunden habe, habe diese Betreuungsform nicht mehr aufrechterhalten werden können. Dies sei aber nur übergangsweise der Fall gewesen, bis der Gesuchsgegner eine neue Wohnung gefunden habe. Dessen sei sich die Gesuchstellerin bewusst gewesen, sie habe aber zur einer Lösung keine Hand geboten. Nach diesem Zeitpunkt sei C._____ zuerst bis ca. Mai 2012 vom Vater der Gesuchstellerin gehütet und seit Juni 2012 von einer Bekannten und

deren Au-Pair-Mädchen betreut worden. Offenbar würden jedoch auch die Kinder dieser Bekannten nebst der Betreuung durch das Au-Pair-Mädchen in einem Hort fremdbetreut werden, da die Bekannte auch teilweise erwerbstätig sei. Bei diesem stetigen Wechsel der Betreuungspersonen und nach dieser kurzen Dauer könne deshalb nicht schon von einer stabilen Betreuung und bisherigen Lebensverhältnissen gesprochen werden. Der Gesuchsgegner rechnet vor, dass die Gesuchstellerin C._____ nur während ca. vier bis fünf Stunden selber betreuen dürfte. Er werde damit grösstenteils fremdbetreut, und dies erst noch durch wechselnde Betreuungspersonen. Der Gesuchsgegner biete an, C._____ zu sich zu nehmen und tagsüber während seiner Arbeit acht Stunden in den Kinderhort zu bringen (Urk. 21 S. 3). Dies habe die Vorinstanz als fast vollständige Fremdbetreuung und somit dem Kindeswohl nicht zuträglich erachtet. Im Übrigen wolle die Gesuchstellerin C._____ ebenfalls, und zwar bald, noch zusätzlich im Kinderhort anmelden. Dabei könnte C._____ am Morgen vom Gesuchsgegner aufgenommen werden. Er könnte und möchte auch gerne mit C._____ frühstücken. Nach der Arbeit um 16.00 Uhr würde der Gesuchsgegner ihn wieder abholen und nach Hause nehmen, dort noch mit ihm spielen, mit ihm das Abendessen einnehmen und ihn ins Bett bringen. Es müssten dies nicht alles fremde Frauen machen. Für die Entwicklung eines Kleinkindes sei nicht unwesentlich, wer ihm am Abend noch etwas erzähle oder vorsinge und es dann ins Bett bringe und wer in der Nacht, wenn es krank sei oder schlecht geträumt habe, für das Kind da sei. Wünschenswert sei, dass dies ein Elternteil sei. Es sei damit vor allem der Gesuchsgegner, der das Kind weitgehend persönlich betreuen könne, und die Betreuung durch ihn entspreche den bisherigen Lebensumständen (Urk. 21 S. 4 f.). Am 3. April 2013 wandte sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Hinwil an die urteilende Kammer: Der Gesuchsgegner sei bei ihr vorstellig geworden; nach den Besuchswochenenden bei ihm weine C._____ jeweils und wolle nicht zurück zur Gesuchstellerin (Urk. 29).

2.3. Die Gesuchstellerin entgegnet, trotz ihrer Erwerbstätigkeit sei sie bis zur Trennung ausschliesslich für die Betreuung von C._____ zuständig gewesen. Der Gesuchsgegner habe sich nach Abschluss der Vereinbarung, in welcher die geteilte Obhut vereinbart worden sei, nur noch wenig für C._____ interessiert.

Wenn er C._____ nicht habe zu sich nehmen wollen, habe er es der Gesuchstellerin überlassen, kurzfristig eine Betreuung zu organisieren. Im Februar 2012 habe der Gesuchsgegner eine neue Arbeitsstelle angenommen. Der Gesuchsgegner habe aber die Betreuung bereits seit November 2011 einfach der Gesuchstellerin überlassen, nachdem er seine Unterkunft in D._____ verlassen habe. In der Folge sei er nur noch etwa alle zwei Wochen bei der Gesuchstellerin und C._____ vorbeigekommen und sei jeweils nur kurz geblieben. Sie sei auf eine vollzeitige Erwerbstätigkeit angewiesen, setze sich aber trotzdem dafür ein, eine möglichst ideale Betreuung für C._____ zu organisieren. Es sei offensichtlich, dass der Gesuchsgegner sich nur deshalb um die Obhut bemühe, weil er sich nicht mit den Unterhaltszahlungen abfinden könne. Die Lösung mit der zeitweisen Betreuung von C._____ durch ihre Kollegin E._____ habe sich bewährt. Diese habe Zwillinge, die etwa ein Jahr älter als C._____ seien. Gegen 19.00 Uhr bringe die Gesuchstellerin C._____ zu E._____, wo er die Nacht und den Vormittag verbringe. Die Gesuchstellerin arbeite von 20.00 Uhr bis 04.30 Uhr. Dann gehe sie zum Schlafen heim. Zwischen 12.00 und 12.30 Uhr hole sie C._____ bei E._____ ab. Das Au-pair-Mädchen solle gerade eine kontinuierliche Betreuung der Kinder und damit von C._____ sicherstellen. C._____ fühle sich bei E._____ auch sehr wohl. Um die Sozialkompetenz von C._____ zu stützen und zu fördern, habe sich die Gesuchstellerin überlegt, ihn zeitweise (einen halben oder ganzen Tag pro Woche) in die gleiche Krippe zu schicken, die auch E._____s Kinder einen Tag pro Woche besuchen würden. Da sie es sich wegen der fehlenden (finanziellen) Unterstützung durch den Gesuchsgegner nicht leisten könne, habe sie diese Idee bis zum Datum der Berufungsantwort nicht umgesetzt (Urk. 25 S. 3 f.). C._____ werde heute mindestens 6 ½ Stunden von der Gesuchstellerin persönlich betreut, und zwar zu Zeiten, in denen er wach sei. Würde die Obhut an den Gesuchsgegner übertragen, so könnte dieser C._____ wohl länger persönlich betreuen. Da C._____ etwa um 07.30 Uhr aufstehe und etwa um 19.30 Uhr zu Bett gehe, könnte der Gesuchsgegner aber nur 2 ½ Stunden, während denen C._____ wach sei, mit ihm verbringen. Die vom Gesuchsgegner angenommenen Fremdbetreuungszeiten im Fall der Obhutzuteilung an ihn seien nämlich unrealistisch (Urk. 25 S. 4 f.). Mit Eingabe vom 2. Mai 2013 erklärte die Gesuchstellerin betreffend die

vom Gesuchsgegner gegen sie bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Hinwil erhobenen Vorwürfe (s. Ziff. 2.2 oben), diese seien inhaltlich unbegründet (Urk. 31).

2.4. Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil während eines Eheschutzverfahrens gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 89). Massgebend bei der vorzunehmenden Beurteilung ist damit das Kindeswohl und alle dafür wichtigen Umstände. In grundsätzlicher Hinsicht folgt aus der Maxime des Kindeswohls, dass nicht das Interesse der Eltern, sondern dasjenige des Kindes für die Zuteilung massgebend ist (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 133 ZGB N 10). Das Bundesgericht hat im Übrigen versucht, eine gewisse Hierarchie in die Zuteilungskriterien zu bringen. Demnach muss vorab die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Unter Umständen kann die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, beispielsweise die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (vgl. BGE 115 II 206 E. 4a; BGE 115 II 317 E. 2; BGE 117 II 353 E. 3; BGE 136 I 178 E. 5.3).

Vorliegend bestehen keine Hinweise, dass die Erziehungsfähigkeit einer der Parteien eingeschränkt sein könnte. Dass C. _____ jeweils nach den Besuchswochenenden beim Gesuchsgegner weine und nicht zur Gesuchstellerin zurück wolle, wird von der Gesuchstellerin bestritten (Urk. 31). Selbst wenn C. _____ jedoch bei der Übergabe weinen sollte, so würde dies nicht bedeuten, dass er bei der Gesuchstellerin weniger gut aufgehoben wäre (oder zu ihr eine weniger enge Bindung als zum Gesuchsgegner hätte). Weinen ist Bindungsverhalten als beobachtbare Grundlage der Bindung zu Bezugspersonen (Dettenborn, Kindeswohl

und Kindeswille – Psychologische und rechtliche Aspekte, 3. Auflage, München 2010, S. 37). Denn das Kind hätte es zumeist nötig, zu beiden Elternteilen intensiv und konstant die Beziehung aufrechterhalten zu können (BGE 117 II 353 E. 3 und 4.f). So befriedigen Vater und Mutter oft auch unterschiedliche Bedürfnisse eines Kindes (vgl. Dettenborn, a.a.O., S. 39). Dass C. _____ bei der Übergabe von einem Elternteil an den anderen Mühe bekundet, ist damit gut denkbar, der Trennung der Parteien bis zu einem gewissen Grade aber innewohnend. Es obliegt deshalb den Parteien als verantwortungsvollen Eltern, ihre eigenen Bedürfnisse sowie ihren Beziehungskonflikt zurückzustellen und für C. _____ den Wechsel von einem zum anderen Elternteil möglichst unbeschwert zu gestalten. Die Möglichkeit, C. _____ persönlich zu betreuen, ist bei beiden Parteien etwa in gleichem Mass vorhanden. Der Gesuchsgegner könnte zwar C. _____ länger in seiner Obhut haben. Die vom Gesuchsgegner getroffene Annahme, er könne C. _____ von 16.00 Uhr bis am nächsten Morgen um ca. 07.30 Uhr persönlich betreuen, ist aber lebensfremd. Der Gesuchsgegner wohnt in F. _____ /... [Kanton] und arbeitet in G. _____ /... [Kanton]; seine wöchentliche Arbeitszeit beträgt 42 Stunden (Urk. 14/1). Es ist somit realistisch, dass der Gesuchsgegner C. _____ frühestens nach zehn Stunden und damit um 17.30 Uhr vom Hort abholen könnte. Da unbestritten ist, dass C. _____ von ungefähr 19.30 Uhr bis 07.30 Uhr schläft, könnte der Gesuchsgegner ihn nebst dem gemeinsamen Morgenessen für ungefähr zwei Stunden in wachem Zustand betreuen. Zwar führt der Gesuchsgegner zu Recht aus, er könnte C. _____ ins Bett bringen und bei Bedarf in der Nacht für ihn da sein, beides sei für ein Kind wichtig. Die Gesuchstellerin dagegen kann den ganzen Nachmittag und damit eine längere Zeit mit C. _____ verbringen, während der er – abgesehen von einem gelegentlichen Mittagsschlaf (auch dass dies nur mehr selten stattfindet, ist unbestritten; Urk. 25 S. 5) – wach ist. Die zeitliche Verfügbarkeit der Parteien kann damit vorliegend nicht ausschlaggebendes Kriterium für die Obhutazuteilung sein. Damit kommt dem Moment der örtlichen und familiären Stabilität ein besonderes Gewicht zu. Sind die erzieherischen Fähigkeiten und die zeitliche Verfügbarkeit bei beiden Parteien ungefähr in gleichem Masse vorhanden, soll das soziale Umfeld des Kindes nicht ohne Not verändert werden. Vorliegend spielen die Verhältnisse, wie sie sich vor der Trennung der Parteien

am 1. März 2011 (Urk. 5/30 S. 2) präsentierten, eine untergeordnete Rolle. Die Parteien waren sich bereits im ersten Eheschutzverfahren am Bezirksgericht Hinwil im Jahr 2011 (mit der Verfahrensnummer EE110024) uneinig über ihren jeweiligen Betreuungsanteil vor der Trennung (Urk. 5/19 S. 2, Urk. 5/21 S. 2). Uneinig sind sie sich auch heute darüber, wie lange sie die mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigte Vereinbarung vom 18. August 2011 hinsichtlich der Kinderbetreuung lebten. Die Gesuchstellerin spricht davon, sie habe schon kurz nach der Einigung die Betreuung für den Sohn organisieren müssen. Nachdem der Gesuchsgegner im Februar 2012 eine neue Stelle angetreten habe, habe er C. _____ nur noch alle 14 Tage für kurze Zeit gesehen. Der Gesuchsgegner anerkannte bereits vor Vorinstanz, dass er C. _____ aufgrund seiner Wohnsituation ab Anfang 2012 nicht zu sich nehmen konnte (Urk. 13 S. 2, vgl. auch Urk. 6). Der Gesuchsgegner verfügt seit dem 15. Juni 2012 über eine neue Wohnung (Urk. 14/4). Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung am 12. Juli 2012 erklärte er, C. _____ sei seit Juni 2012 viermal bei ihm gewesen (Urk. 13 S. 2). Die Betreuungsanteile der Parteien an C. _____s Erziehung bis Ende 2011 lassen sich im vorliegenden summarischen Verfahren nicht beweisen. Es kann höchstens festgestellt werden, wessen Vorbringen glaubhafter sind – zum Beispiel aufgrund des Umstandes, dass die Gesuchstellerin seit ihrem Mutterschaftsurlaub Vollzeit arbeitet, der Gesuchsgegner hingegen nicht erwerbstätig war. Die vorinstanzliche Feststellung, der Gesuchsgegner habe sich vor seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung und während seiner Arbeitslosigkeit umfassend um den gemeinsamen Sohn C. _____ gekümmert (Urk. 22 S. 9), wird von der Gesuchstellerin bestritten (Urk. 5/19 S. 2, Urk. 25 S. 3), steht jedoch auch im Widerspruch zur vorinstanzlichen Erwägung, dass die Betreuung C. _____s in der Vergangenheit hauptsächlich durch die Gesuchstellerin mit Unterstützung ihrer Kollegin gewährleistet worden sei (Urk. 22 S. 7 f.). Wie sich die Verhältnisse genau präsentierten, kann aber letztlich offenbleiben, da sich C. _____ mittlerweile faktisch seit gut einem Jahr in der Obhut der Gesuchstellerin befindet und der Gesuchsgegner unbestrittenermassen während ungefähr fünf Monaten nicht über eine Wohnsituation verfügte, die es ihm ermöglichte, C. _____ mit sich zu Besuch zu nehmen. Auch verfügt die Gesuchstellerin über ein funktionierendes Betreuungskonzept für C. _____. Dieser Sachverhalt ist

im Hinblick auf die gebotene Wahrung konstanter und ungestörter Verhältnisse (BK-Bühler/Spühler, aArt. 145 N 443 ZGB) sowie angesichts der – gerade für ein Kind im Alter von heute dreieinhalb Jahren langen – Dauer der heute gelebten Tagesstruktur beim hier zu fällenden Entscheid über die Obhutszuteilung mit zu berücksichtigen. Entsprechend sind die Anforderungen an einen Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes höher zu setzen, als wenn C._____ sich erst seit kurzem in der alleinigen Obhut der Gesuchstellerin befinden würde. Dieser Umstand mag für den Gesuchsgegner eine nachteilige Komponente beinhalten, ist mit Rücksicht auf das Wohl des Kindes jedoch unabdingbar, da es unnötige Aufenthaltswechsel und die damit einhergehende Belastung des Kindes zu vermeiden gilt (BGE 114 II 200 E. 5a).

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der vorinstanzliche Entscheid betreffend die Obhutszuteilung in Abweisung der Berufung des Gesuchsgegners zu bestätigen und der gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt.mm.2009, in Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziff. 2 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen ist.

3. Besuchsrecht

3.1. Die Vorinstanz erklärte den Gesuchsgegner in Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 für berechtigt, C._____ nebst einer gerichtsblichen Feiertagsbesuchsregelung jedes erste und dritte Wochenende im Monat von Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (Urk. 22 Dispositivziffer 2). Sie begründete dies damit, dass bei Kindern im Vorschulalter in der Regel ein weniger umfangreiches Besuchsrecht und kein Ferienbesuchsrecht vorzusehen sei. Im konkreten Fall habe sich der Gesuchsgegner vor seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung und während seiner Arbeitslosigkeit umfassend um den gemeinsamen Sohn C._____ gekümmert und habe so bereits eine persönliche Beziehung zu ihm aufbauen können. Hinzu komme, dass C._____ offenbar auch in der Vergangenheit immer wieder ganze Wochenenden beim Gesuchsgegner verbracht habe. Es sei mit Blick auf das Kindeswohl

angezeigt, das Besuchsrecht des Gesuchsgegners auf zwei Wochenenden pro Monat auszudehnen, da damit die Herstellung und Aufrechterhaltung der emotionalen Bindung zwischen C._____ und dem Gesuchsgegner sichergestellt werden könne. Es seien zudem keine Gründe ersichtlich, die einer Übernachtung des Sohnes beim Gesuchsgegner entgegenstünden (Urk. 22 S. 9).

3.2. Der Gesuchsgegner fordert ein angemessenes, gerichtsübliches, wenngleich grosszügiges Besuchsrecht für die Gesuchstellerin. Für den Fall einer Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin stellt er keine Anträge (Urk. 21 S. 5 f.). Die Gesuchstellerin fordert die Abweisung der Berufung, ohne weitere Ausführungen zum Besuchsrecht zu machen (Urk. 25 S. 5).

3.3. Nachdem die Obhut über C._____ der Gesuchstellerin zuzusprechen ist, kann das vorinstanzlich angeordnete Besuchsrecht unter Hinweis auf die – abgesehen von der Bemerkung, der Gesuchsgegner habe sich vor dem Auszug aus der ehelichen Wohnung und während seiner Arbeitslosigkeit umfassend um C._____ gekümmert (vgl. dazu oben Ziff. 2.4) – zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz bestätigt werden. Auch wenn sich die Parteien über das Ausmass der zurückliegenden Betreuungsanteile an der Erziehung C._____s uneinig sind, ist zwischen ihnen unbestritten, dass der Gesuchsgegner über eine enge Bindung zu C._____ verfügt und er an Übernachtungen beim Gesuchsgegner gewöhnt ist (Urk. 13 S. 2, Prot. I S. 4 ff.). Der Gesuchsgegner ist deshalb in Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziffern 4 bis 6 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 für berechtigt zu erklären, den Sohn C._____ nebst einer gerichtsüblichen Feiertagsbesuchsregelung jedes erste und dritte Wochenende im Monat von Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

4. Unterhalt

4.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner in Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Mai 2012 für die weitere Dauer des Getrenntlebens für den Sohn C._____ einen monatlichen Unterhalts-

beitrag von Fr. 675.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) zu bezahlen (Urk. 22 Dispositiv-Ziffer 3).

4.2. Der Gesuchsgegner moniert an der vorinstanzlichen Unterhaltsberechnung – nebst den durch die geforderte Obhutszuteilung an ihn bedingten Änderungen – einzig, dass die Unterhaltsbeiträge inklusive Kinderbetreuungskosten ab dem 1. Mai 2012 festgesetzt wurden. Dabei seien die behaupteten Kosten für die Kinderbetreuung bis zum Datum der Berufungserklärung nicht erhoben worden, was auch die Gesuchstellerin bestätigt habe. Die entsprechenden Unterhaltsbeiträge hätten daher erst ab Eintritt der Rechtskraft des Entscheides zu gelten (Urk. 21 S. 5).

4.3. Die Gesuchstellerin entgegnet, dass sie vor Vorinstanz erwähnt habe, ihrer Kollegin E._____ für deren Betreuungsdienst monatlich Fr. 400.– bezahlen zu müssen und dass die Gesuchstellerin diesen Betrag mangels Unterhaltszahlungen durch den Gesuchsgegner aber bisher nicht habe bezahlen können. Die Betreuungskosten seien damit nur gestundet und nicht erlassen (Urk. 25 S. 6).

4.4. Richtig ist, dass die Gesuchstellerin am 12. Juli 2012 anlässlich der persönlichen Befragung vor der Vorinstanz ausführte, sie habe ihrer Kollegin E._____ bis anhin die vereinbarten Fr. 400.– pro Monat für die Kinderbetreuung nicht bezahlt. Dies sei ihr aus finanziellen Gründen nicht möglich gewesen. E._____ habe Verständnis für die Situation der Gesuchstellerin, aber sie schulde E._____ dieses Geld (Prot. I S. 4). E._____ betreut C._____ seit Juni 2012 (Prot. I S. 4), damit wären die entsprechenden Kinderbetreuungskosten von monatlich Fr. 400.– erst ab dann in den Bedarf der Gesuchstellerin aufzunehmen. Da jedoch im Bedarf des Gesuchsgegners bereits ab Mai 2012 Mietkosten im Betrag von Fr. 1'340.– berücksichtigt wurden (Urk. 22 S. 14), obschon Mietbeginn seiner neuen Wohnung erst der 15. Juni 2012 (Urk. 14/4) war und über die früheren Wohnkosten des Gesuchsgegners keine Urkunden bei den Akten liegen, rechtfertigt es sich, die entsprechenden Kosten bei beiden Parteien bereits ab dem 1. Mai 2012 zu berücksichtigen. Weil im übrigen sowohl die Bedarfs- als auch die Einkommenszahlen beider Parteien unbestritten sind und sich keine Abweichungen von der vorinstanzlichen Unterhaltsberechnung aufdrängen, kann die vorinstanzli-

che Unterhaltsberechnung bestätigt werden. Der Bedarf der Gesuchstellerin inkl. C._____ beträgt damit Fr. 4'345.–, derjenige des Gesuchsgegners Fr. 3'047.–. Dem steht ein Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 3'793.– und ein solches des Gesuchsgegners von Fr. 3'804.– gegenüber. Es resultiert ein Freibetrag von Fr. 205.–. Da der Sohn C._____ unter ihre Obhut gestellt wird, ist der Gesuchstellerin in Übereinstimmung mit der Vorinstanz 60 % des Freibetrages zuzuweisen, was Fr. 123.– ergibt. Der Unterhaltsbeitrag berechnet sich wie folgt:

Bedarf der Gesuchstellerin inkl. C._____:	Fr.	4'345.–
+ Anteil Freibetrag der Gesuchstellerin:	Fr.	123.–
./.. Einkommen der Gesuchstellerin:	<u>Fr.</u>	<u>3'793.–</u>
Unterhaltsbeitrag:	Fr.	675.–

Dieser Unterhaltsbeitrag ist vollumfänglich dem Sohn C._____ zuzusprechen. Zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann im Übrigen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zur Unterhaltsberechnung (Urk. 22 S. 10 bis 16) verwiesen werden. In Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziffern 9 bis 11 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 ist der Gesuchsgegner damit in Abweisung seiner Berufung zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Mai 2012 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens für den Sohn C._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 675.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) zu bezahlen.

III.

1.1 Die Gesuchstellerin beantragt, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 25 S. 2 und 6).

1.2. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 30. August 2012 wurde den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt sowie der Gesuchstellerin Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ und dem Gesuchsgegner Rechtsanwältin lic. iur. X._____ als unentgeltliche Rechtsbeistände bestellt (Urk. 22 Dispositivziffern 1 bis 3). Es haben

sich in Anbetracht der zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge (siehe Ziff. II.4.4. oben) in finanzieller Hinsicht seit dem vorinstanzlichen Entscheid bei der Gesuchstellerin keine Änderungen zu ihren Gunsten ergeben (vgl. dazu Urk. 22 S. 10 ff.; ferner in Bezug auf ihr Vermögen: Urk. 11/4). Sodann waren die Gewinnaussichten der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren nicht beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Ausserdem ist sie auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Rechte angewiesen, insbesondere auch da der Gesuchsgegner anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Gesuchstellerin ist somit auch im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege i.S.v. Art. 118 ZPO zu gewähren.

2. Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung blieb im Berufungsverfahren unangefochten und ist zu bestätigen.

3.1 Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das vorliegende Verfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen.

3.2 Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten. Diese Rechtsprechung beschränkt allerdings nur die Elternrechte sowie allfällige Kindesschutzmassnahmen, nicht jedoch die Kinderunterhaltsbeiträge (ZR 84 Nr. 41). Solche Gründe werden den Parteien vorliegend nicht abgesprochen. Betreffend die Unterhaltsbeiträge tragen die Parteien die Kosten grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Da die Beurteilung der Unterhaltsbeiträge jedoch ein untergeordneter Punkt der vorliegenden Berufung war und die Zuspriechung von Unterhaltsbeiträgen vollumfänglich von der Obhutszuteilung abhing, rechtfertigt es sich, die Kosten für das Berufungsverfahren der Gesuchstellerin und dem Gesuchsgegner je zur Hälfte

aufzuerlegen, jedoch zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

4. Entsprechend der Kostenverteilung sind für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Die Gesuchstellerin wird darauf hingewiesen, dass sie zur Nachzahlung der ihr einstweilen erlassenen Auslagen für die Rechtsvertretung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziff. 2 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 wird der Sohn C. _____, geboren am tt.mm.2009, für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
2. In Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziffern 4 bis 6 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 wird der Gesuchsgegner berechtigt erklärt, den Sohn C. _____ an folgenden Tagen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:
 - jedes erste und dritte Wochenende im Monat von Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr;

- jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in Jahren mit gerader Jahreszahl an Ostern von Karfreitag, 09.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr, und in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingsten von Pfingstsamstag, 09.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr.
3. In Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziffern 9 bis 11 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin für den Sohn C._____ rückwirkend ab 1. Mai 2012 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 675.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den ersten eines jeden Monats.
 4. Die erstinstanzlichen Kosten betragen Fr. 3'818.75.
 5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
 6. Die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
 7. Es werden für das erst- und das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
 8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
 9. 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 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, 15. Mai 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
mc