

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE150006-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

Beschluss und Urteil vom 4. März 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 10. Oktober 2014 (EE140241-L)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2 f.)

- " 1. Es sei der Klägerin das Getrenntleben zu bewilligen.
2. Der Beklagte sei unter Hinweis auf die Bestrafung nach Art. 292 StGB wegen Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen zu verpflichten, der Klägerin ihre persönlichen Gegenstände, Kleider und Unterlagen sowie diejenigen der Kinder auszuhändigen.
3. Die Obhut über die Kinder der Parteien, C._____, geb. am tt.mm.2005 und D._____, geb. am tt.mm.2007 sei der Klägerin zu übertragen.
4. Es sei der persönliche Kontakt zwischen den Kindern und dem Beklagten unter behördlicher Begleitung und Beaufsichtigung auszugestalten.
5. Dem Beklagten sei unter Hinweis auf die Bestrafung nach Art. 292 StGB wegen Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen zu verbieten, mit der Klägerin Kontakt aufzunehmen oder sich ihr zu nähern.
6. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für sie persönlich und für an die Erziehung und Betreuung der Kinder rückwirkend per 1. Januar 2014 monatlich im Voraus zu bezahlende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
7. Es sei die Gütertrennung anzuordnen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Prozessuale Anträge der Gesuchstellerin:

(act. 1 S. 3)

" Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss von CHF 8'000.– zu bezahlen.

Eventualiter sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr der Unterzeichnete als unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

Prozessuale Anträge des Gesuchsgegners:

(act. 12 S. 2)

" Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten einen Parteikostenvorschuss von vorläufig CHF 3'000.– zu bezahlen.

Eventualiter sei dem Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 10. Oktober 2014:

Es wird verfügt:

1. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
2. Der Gesuchstellerin wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ und dem Gesuchsgegner wird Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____ je als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Sodann wird erkannt:

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt und es wird vorgemerkt, dass sie seit dem 14. Dezember 2013 getrennt leben.
2. Die Obhut für die Kinder C. _____, geboren am tt.mm.2005, und D. _____, geboren am tt.mm.2007, wird der Mutter zugeteilt.
3. Die Vereinbarung der Parteien vom 10. Oktober 2014 wird in Bezug auf die weiteren Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wird von der Vereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:

" 1. **Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes**

Die Parteien stellen fest, dass sie seit dem 14. Dezember 2013 getrennt leben, und vereinbaren die Fortführung des Getrenntlebens auf unbestimmte Zeit.

2. **Elterliche Sorge, Obhut und persönlicher Verkehr**

a) Elterliche Sorge

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ändert nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge für die Kinder

- C._____, geboren am tt.mm.2005
- D._____, geboren am tt.mm.2007.

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel der Kinder der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und den Kindern hat.

b) Obhut

Die Parteien beantragen, es sei die Obhut für die Kinder der Mutter zuzuteilen.

c) Persönlicher Verkehr

Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für die Kinder auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

- an jedem zweiten Wochenende von Freitag, nach Schulschluss von C._____, bis Sonntag, 19.00 Uhr;
- an jedem Mittwoch von 14.00 Uhr bis 19.00 Uhr;
- jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr;
- in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag, 10.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr und in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingstmontag, 10.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr (das auf diese Feiertagsregelung folgende Wochenende verbringen die Kinder bei der Mutter, womit die abwechselnde Wochenendregelung von neuem beginnt).

Ausserdem ist der Vater berechtigt und verpflichtet, die Kinder während der Schulferien für die Dauer von 3 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Parteien kommen überein, dass Ferien des Gesuchsgegners mit den Kindern im Ausland mit schriftlicher Zustimmung der Gesuchstellerin möglich sein sollen, sobald die Besuche gemäss vorstehender Besuchsregelung einige Zeit reibungslos funktioniert haben. In diesem Fall wird die Gesuchstellerin die schriftliche Zustimmung für solche Auslandsferien erteilen.

Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

3. Beistandschaft

Die Parteien beantragen dem Gericht, es sei für die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007, eine Beistandschaft im Sinne von

Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB zu errichten. Dem Beistand seien insbesondere die folgenden Aufgaben zu übertragen:

- Festlegung der Modalitäten des persönlichen Verkehrs (Übergabeort, -zeit, etc.);
- Unterstützung der Eltern mit Rat und Tat;
- Vermittlung zwischen den Eltern bei Streitigkeiten betreffend die Kinder;
- Förderung der Kommunikationsfähigkeit der Eltern in Bezug auf die Kinderbelange.

Die Parteien erklären sich ausdrücklich damit einverstanden, dass der Beistand durch das Gericht ermächtigt wird, die vereinbarten Betreuungszeiten den Bedürfnissen der Kinder entsprechend abweichend zu regeln.

4. Unterhalt

a) Kinderunterhalt

Der Vater verpflichtet sich, der Mutter für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– (zuzüglich allfällige Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen) für die Kinder zu bezahlen, nämlich Fr. 500.– (zuzüglich allfällige Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen) für jedes Kind. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals rückwirkend auf den 1. Oktober 2014.

Ausserordentliche Kinderkosten (mehr als Fr. 300.– pro Ausgabeposition, z.B. Zahnarztkosten, Kosten für schulische Fördermassnahmen, etc.) übernehmen die Parteien je zur Hälfte. Voraussetzung für die hälftige Kostentragung ist, dass sich die Parteien vorgängig über die ausserordentliche Ausgabe geeinigt haben. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.

Die vorstehenden Regelungen gelten bis zur Volljährigkeit der Kinder bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus.

b) Ehegattenunterhalt

Die Parteien stellen fest, dass bei den aktuellen Einkommensverhältnissen neben den Kinderunterhaltsbeiträgen keine substantiellen Ehegattenunterhaltsbeiträge zugesprochen werden können. Gestützt darauf wird einstweilen auf persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge verzichtet.

c) Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- Einkommen Ehefrau: Fr. 3'800.– (Krankentaggeld inkl. Kinderzulagen von insgesamt Fr. 400.–) bzw. bei Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit mindestens Fr. 2'000.– netto;
- Erwerbseinkommen Ehemann (kein 13. Monatslohn, aber inkl. des grössten Teils des Bonus, zuzüglich allfällige Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, die derzeit von der Gesuchstellerin bezogen werden): ca. Fr. 4'250.– netto;

- Vermögen Ehemann: Fr. 0.-;
- Vermögen Ehefrau: Fr. 0.-;
- Bedarf Ehemann: ca. Fr. 3'000.- (ohne laufende Steuern, ohne allfällige Tilgungsraten für Schulden etc.);
- Bedarf Ehefrau mit den Kindern: ca. Fr. 4'200.- (ohne laufende Steuern, ohne allfällige Tilgungsraten für Schulden etc.).

5. Wohnung, Mobiliar und Hausrat, persönliche Effekten etc.

Die Ehefrau überlässt dem Ehemann die eheliche Wohnung an der E._____strasse ..., ... Zürich zur alleinigen Benützung.

Über die Herausgabe von Gegenständen etc. einigen sich die Parteien aussergerichtlich unter Mithilfe ihrer Rechtsvertreter.

6. Gütertrennung

Die Parteien beantragen dem Gericht gemeinsam die Anordnung der Gütertrennung mit Wirkung ab dem 23. Juli 2014.

7. Anpassung / Abänderung

Die Parteien halten übereinstimmend fest, dass bei einer Änderung der örtlichen Schulsituation der Kinder (Schulwechsel infolge Umzug der Gesuchstellerin) die Obhuts-/Betreuungs-/Besuchsfragen allenfalls angepasst werden müssen. Eine Abänderung des Unterhalts wäre insbesondere dann zu prüfen, wenn der Gesuchsgegner ein wesentlich höheres Einkommen erzielen würde.

8. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt."

4. Für die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007, wird eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB angeordnet. Dem Beistand bzw. der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:

- Festlegung der Modalitäten des persönlichen Verkehrs (Übergabeort, -zeit, etc.);
- Unterstützung der Eltern mit Rat und Tat;
- Vermittlung zwischen den Eltern bei Streitigkeiten betreffend die Kinder;
- Förderung der Kommunikationsfähigkeit der Eltern in Bezug auf die Kinderbelange.

5. Die Kindesschutzbehörde des Bezirks Horgen wird ersucht, einen für die Aufgaben gemäss vorstehend Ziffer 4 geeigneten Beistand bzw. eine dafür geeignete Beiständin zu ernennen.
6. Es wird die Gütertrennung mit Wirkung per 23. Juli 2014 angeordnet.
7. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
Fr. 3'000.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 450.– Dolmetscherkosten
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
8. Die Kosten des unbegründeten Entscheids werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, die eine Begründung verlangt.
9. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf eine Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
10. (Schriftliche Mitteilung)
11. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 37 S. 2):

- "1. Es sei Ziff. 2 der mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 10. Oktober 2014 genehmigten Vereinbarung aufzuheben und es sei die Obhut über die gemeinsamen Kinder, C._____, geb. am tt.mm.2005 und D._____, geb. am tt.mm.2007, dem Berufungskläger zuzuteilen;
 2. es sei eine Kinderanhörung der gemeinsamen Kinder, C._____, geb. am tt.mm.2005, und D._____, geb. am tt.mm.2007, durchzuführen;
 3. es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung für das zweitinstanzliche Verfahren zu gewähren und es sei ihm in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzgl. 8% Mwst. zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen seit dem 25. Juli 2014 in einem von der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) eingeleiteten Eheschutzverfahren (Urk. 1). Am 10. Oktober 2014 fand vor Vorinstanz die Verhandlung über das Eheschutzbegehren statt, in deren Anschluss auch die beiden Kinder der Parteien angehört wurden (Prot. I S. 18). Nachdem der Vorderrichter die Parteien über das Ergebnis der Kinderanhörung informiert hatte, führten die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts Vergleichsgespräche, welche in den Abschluss einer Vereinbarung über das Getrenntleben und dessen Folgen führten (Prot. I S. 18f., Urk. 15). Mit gleichentags ergangenen Urteil und Verfügung erliess der Vorderrichter den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 38).

2. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) mit Eingabe vom 19. Januar 2015 rechtzeitig Berufung, wobei er die eingangs aufgeführten Anträge stellte (Urk. 37).

3. Der Gesuchsgegner bringt mit seiner Berufungsschrift vor, er habe sich ursprünglich mit der Vereinbarung über die Zuteilung der Obhut für die Kinder an die Gesuchstellerin einverstanden erklären können, da er davon ausgegangen sei, dass sie sich weiterhin mit der notwendigen Aufmerksamkeit um die Bedürfnisse der gemeinsamen Kinder kümmern würde und dass sich die Kinder an die bereits gelebten Verhältnisse gewöhnen würden. Wie er aber in der Zwischenzeit habe feststellen müssen, sei dies leider nicht der Fall. Die Kinder äusserten immer wieder den Wunsch, an die alte Schule wechseln zu können, weil sie am neuen Ort nicht glücklich seien. Ferner klagten die Kinder wiederholt über den Umstand, dass die Gesuchstellerin keine Zeit habe, für sie ein Mittagessen zu kochen und sich auch nicht anderweitig um die Verpflegung kümmere, so dass sich die Kinder selber um etwas zu essen bemühen müssten. Ferner habe er - der Gesuchsgegner - diverse Male feststellen müssen, dass die Kinder die Hausaufgaben nicht gemacht gehabt hätten, da sich die Gesuchstellerin nicht dafür interessiert habe, ob sie erledigt seien (Urk. 37 S. 3f.).

4.1. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626f. Erw. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen.

4.2. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsgegner mit keinem Wort begründet, weshalb die von ihm vorgebrachten Noven im Berufungsverfahren zulässig sein sollen. Zumindest was das Argument des Gesuchsgegners, die Kinder würden die alte Schule vermissen, anbelangt, ist festzuhalten, dass dieses bereits in der Kinderanhörung vor Vorinstanz ein Thema gewesen ist. Beide Kinder führten damals aus, dass ihnen das alte Schulhaus ein wenig besser gefalle als das neue (Urk. 14 S.4). Dennoch führten sie aus, dass sie sich in der neuen Schule gut eingelebt hätten (Urk. 14 S. 1). Auch liess der Gesuchsgegner von seinem damaligen Rechtsvertreter anlässlich der Verhandlung vorbringen, die Kinder hätten anlässlich der (damals) letzten Begegnung mit ihm nach fast 10 Monaten Trennung den Wunsch geäussert, bei ihm in der Familienwohnung blei-

ben zu wollen (Urk. 12 S. 5). Auch erzählten die Kinder anlässlich der Kinderanhörung, dass sie nicht frühstückten und dass andere Schüler manchmal an den Mittagstisch gingen. Wenn die Gesuchstellerin manchmal nicht zu Hause sei, stelle sie etwas bereit, das sie dann aufwärmen könnten, oder mache manchmal Pizza oder Ravioli. Die Gesuchstellerin rufe dann manchmal an und erkundige sich, ob es mit dem Essen geklappt habe (Urk. 14 S. 1 und S. 2). Zu beachten ist, dass der zusammenfassende Bericht der Kinderanhörung aufgrund des Verfahrensablaufs im Zeitpunkt der Vergleichsgespräche noch nicht vorgelegen ist, so dass beide Parteivertreter darum ersuchten, dass er ihnen zusammen mit dem Urteil zugestellt werde (Prot. I S. 19). Dennoch haben die Parteien nach vorgängiger Information durch den Vorderrichter über das Ergebnis der Kinderanhörung im Beisein ihrer beiden Rechtsvertreter im Interesse einer raschen Streiterledigung Vergleichsgespräche geführt, welche schliesslich zum Abschluss einer vollständigen Vereinbarung über die Trennung und deren Folgen und insbesondere auch über die Regelung der Kinderbelange führte (Prot. I S. 18f.). Diese im Rahmen der Kinderanhörung thematisierten Punkte fanden daher bereits Eingang in den Vergleichsvorschlag des Vorderrichters und der Gesuchsgegner stimmte zumindest im Wissen um das "Heimweh" der Kinder der Übertragung der Obhut auf die Gesuchstellerin zu. Er kann nun daher nicht mehr auf diese Argumentation zurückgreifen, um seine Berufung zu begründen. Mit Bezug auf dieses Vorbringen kann festgehalten werden, dass es sich um ein unzulässiges Novum handelt. Lediglich der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass ein Schulwechsel mit einer vorübergehenden Eingewöhnungsphase Kindern in der Trennungsphase der Eltern sodann häufig zugemutet wird und er stellt nicht eine derartige Gefährdung des Kindeswohls dar, welche zusätzliche Massnahmen oder gar die Umteilung der Obhut erforderlich machen würde.

5.1. Was sodann die Ausführungen des Gesuchsgegners zu den Mittagessen und den Hausaufgaben betrifft, so ist festzuhalten, dass dies nach seiner eigenen Darstellung offenbar eine neue Entwicklung sein soll, führt er doch aus, er sei davon ausgegangen, dass sich die Gesuchstellerin "weiterhin" mit der notwendigen Aufmerksamkeit um die Bedürfnisse der gemeinsamen Kinder kümmern würde (Urk. 37 S. 3). Damit macht der Gesuchsgegner geltend, die Ge-

suchstellerin habe ihre Pflichten erst ab jenem Zeitpunkt vernachlässigt, in welchem sie die Obhut über die gemeinsamen Kinder zugeteilt erhalten habe, führte er doch vor Vorinstanz noch aus, die Gesuchstellerin sei eine gute Mutter, welche gut für die Kinder schauen könne (Prot. I S. 13). Es handelt sich somit um eine angesichts der Trennung seit Mitte Dezember 2013 sehr kurze Zeitspanne von einem (ausgehend vom Begehren um Begründung des vorinstanzlichen Urteils vom 17. November 2014, Urk. 22) bis drei Monaten (ausgehend vom Datum der Erhebung der Berufung am 19. Januar 2015, Urk. 37). Ob es sich bei diesen beiden Vorbringen des Gesuchsgegners um zulässige Noven handelt, kann jedoch aufgrund der folgenden Überlegungen letztlich offen bleiben:

5.2. Zunächst bleiben die Behauptungen des Gesuchsgegners völlig unsubstantiiert: Weder führt er aus, wie oft die Kinder von der Gesuchstellerin kein Mittagessen erhalten haben sollen, noch reicht er irgendwelche Belege zur Glaubhaftmachung seiner Behauptung, die Kinder hätten aus von der Gesuchstellerin zu verantwortenden Gründen die Hausaufgaben vernachlässigt, ein. Er kommt daher seiner Substantiierungslast, welche ihn auch in Belangen, welche der Official- und Untersuchungsmaxime unterliegen (Art. 55 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 296 Abs. 1 ZPO, Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl., N. 11 zu Art. 296 ZPO), trifft, nicht genügend nach, insbesondere da er auch im Berufungsverfahren anwaltlich vertreten ist.

5.3. Selbst wenn jedoch die Vorwürfe des Gesuchsgegners zutreffen würden, so ist darin nicht eine derartige Gefährdung des Kindeswohls zu sehen, welche eine Umteilung der Obhut nach sich ziehen würde. Dies gilt einerseits vor dem Hintergrund, dass der Vorderrichter als Kindesschutzmassnahme für die beiden Kinder C._____ und D._____ eine Beistandschaft gestützt auf Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet hat (Urk. 38 S. 10, Dispositiv-Ziffer 4). Dem Beistand oder der Beiständin wurde insbesondere auch die Aufgabe übertragen, den Eltern - und damit auch dem Gesuchsgegner - mit Rat und Tat beiseite zu stehen sowie zwischen den Eltern bei Streitigkeiten betreffend die Kinder zu vermitteln. Wenn also der Gesuchsgegner mit Bezug auf die angesprochenen Themenbereiche, nämlich Mittagessen und Hausaufgaben, Probleme sieht, kann er sich diesbezüg-

lich ohne weiteres an den Beistand bzw. die Beiständin der Kinder wenden, der falls notwendig und in Absprache mit den Parteien allfällige zusätzliche Massnahmen in die Wege leiten könnte.

Andererseits - und viel einschneidender - ist, dass der Gesuchsgegner sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren die Antwort darauf, wie er sich die Betreuung der Kinder durch ihn angesichts des Umstands, dass er zu 100 % erwerbstätig ist und jeweils montags bis freitags von 2.00 Uhr nachts bis 10.00 Uhr morgens arbeitet, konkret vorstellt (Prot. I S. 6 und S. 13f.), unbeantwortet lässt. Dieser Umstand wurde auch vom Vorderrichter im Rahmen der Genehmigung der Vereinbarung der Parteien herangezogen (Urk. 38 S. 4) und damit setzt sich der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren mit keinem Wort auseinander.

6. Zusammengefasst erweist sich die Berufung des Gesuchsgegners als offensichtlich unbegründet, ist demgemäss abzuweisen, und das vorinstanzliche Urteil ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Unter diesen Umständen ist auf das Einholen einer Berufungsantwort von der Gesuchstellerin zu verzichten (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

7. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind sodann keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner infolge seines Unterliegens und der Gesuchstellerin mangels erheblicher Umtriebe.

8. Der Gesuchsgegner stellt auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 37 S. 2). Da sich seine Berufung jedoch sogleich als aussichtslos erweist, ist sein Armenrechtsgesuch für das Berufungsverfahren gestützt auf Art. 117 lit. b ZPO abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Begehren des Gesuchsgegners um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung des Gesuchsgegners wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, vom 10. Oktober 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 37, an die Kindesschutzbehörde des Bezirks Horgen und das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 (Abweisung unentgeltliche Rechtspflege) bzw. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG (Entscheid betreffend Obhut).

Es handelt sich in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. März 2015

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:
se