

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE150064-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. L. Casciaro

## Beschluss und Urteil vom 19. Januar 2016

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 30. Juli 2015 (EE140101-D)**

**Rechtsbegehren:**

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin: (Urk. 1, S. 2)

- "1. Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin zum Getrenntleben berechtigt ist.
  2. Es sei der Gesuchstellerin die eheliche Wohnung, ... [Adresse], für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobiliar und Hausrat zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
  3. Es sei dem Beklagten [recte: Gesuchsgegner] Frist anzusetzen, die eheliche Wohnung bis spätestens 28. Februar 2015 zu verlassen, wobei er berechtigt zu erklären sei, seine persönlichen Effekten sowie die von [ihm] bezeichneten Gegenstände von Hausrat und Mobiliar – soweit notwendig – mitzunehmen.
  4. Es sei die gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2009, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut und Pflege der Gesuchstellerin zu stellen.
  5. Es sei dem Gesuchsgegner ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
  6. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für sie persönlich sowie für die gemeinsame Tochter einen angemessenen Unterhaltsbeitrag zu entrichten, zahlbar im voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten: (Prot. I 1-3, sinngemäss)

1. Es sei festzustellen, dass der Gesuchsgegner zum Getrenntleben berechtigt ist.
2. Es sei dem Gesuchsgegner die eheliche Wohnung, ... [Adresse], für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobiliar und Hausrat zur alleinigen Benützung zuzuweisen.
3. Es sei die gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2009, für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut und Pflege des Gesuchsgegners zu stellen.
4. Es sei der Gesuchstellerin ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
5. Es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für die gemeinsame Tochter einen angemessenen Unterhaltsbeitrag zu entrichten, zahlbar im voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht  
Dielsdorf vom 30. Juli 2015:**  
(Urk. 40 S. 35 ff.)

- "1. Es wird festgestellt, dass die Parteien auf unbestimmte Zeit zum Getrenntleben berechtigt sind. Es wird davon Vormerk genommen, dass sie bereits seit 9. Januar 2015 getrennt leben.
2. Die gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Gesuchsgegners gestellt.
3. Die Gesuchstellerin ist berechtigt und wird verpflichtet, die gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_ zwischen Freitag 18.00 Uhr und Sonntag 18.00 Uhr, angepasst an den Wochenarbeitsplan der Gesuchstellerin bzw. an jenen zwei Wochenenden, an denen sie nicht arbeiten muss, mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen. Sobald der Gesuchstellerin eine grössere Wohnung mit Übernachtungsmöglichkeit für C.\_\_\_\_\_ zur Ausübung des Besuchsrechts zur Verfügung steht, erstreckt sich das Besuchsrecht auf die selbigen Wochenenden von Freitag 18.00 Uhr bis Sonntag 18.00 Uhr mit Übernachtung.

Überdies ist die Gesuchstellerin berechtigt und wird verpflichtet, C.\_\_\_\_\_ zweimal pro Woche, nach Arbeitsschluss der Gesuchstellerin und nach Vorankündigung, am Wohnort von C.\_\_\_\_\_ zu besuchen. Der Gesuchsgegner hat diese Besuche zu ermöglichen und dafür besorgt zu sein, dass die Gesuchstellerin die Besuchszeit alleine, ohne seine Gegenwart, mit der Tochter verbringen kann.

Sobald die Gesuchstellerin eine grössere Wohnung hat, ist sie zudem berechtigt und wird verpflichtet, die Tochter jeweils vom 25. Dezember, 10 Uhr, bis am 26. Dezember, 18 Uhr, an Auffahrt von 10 Uhr bis 18 Uhr, und am Ostermontag von 10 Uhr bis 18 Uhr auf ihre Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter ist die Gesuchstellerin berechtigt und wird verpflichtet, die Tochter an vier einzelnen Wochen pro Jahr während der Schulferien auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die Gesuchstellerin hat dem Gesuchsgegner mindestens zwei Monate im Voraus mitzuteilen, wann sie ihr Ferienbesuchsrecht ausüben will.

4. Es wird festgestellt, dass die Gesuchstellerin gegenüber ihrer Tochter C.\_\_\_\_\_ grundsätzlich unterhaltspflichtig ist, dass sie jedoch mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit derzeit nicht in der Lage ist, einen Unterhaltsbeitrag an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Tochter C.\_\_\_\_\_ zu leisten. Sie wird indessen verpflichtet, ab 1. September 2015 die Kinderzulagen für die Tochter C.\_\_\_\_\_ an den Gesuchsgegner weiterzuleiten, solange sie diese bezieht.
5. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Dielsdorf wird ersucht, für die gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_ eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu errichten.  
Dem Beistand bzw. der Beiständin werden insbesondere folgende Aufgaben übertragen:
  - Verbesserung der Kommunikation unter den Parteien;
  - Regelung der Modalitäten und Festsetzung der Termine des Besuchsrechts;
  - Überwachung des Besuchsrechts.
6. Die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] wird für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobiliar und Hausrat dem Gesuchsgegner zur alleinigen Benützung zugewiesen.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ihre persönlichen Gebrauchsgegenstände auf erstes Verlangen herauszugeben, soweit diese in der Zwischenzeit nicht bereits herausgegeben worden sind. Vorbehalten bleibt die Herausgabe weiterer Gegenstände zur Benützung, nachdem die Gesuchstellerin eine Wohnung gefunden hat.

8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin monatliche im Voraus auf den Ersten eines Monats zahlbare persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 200.– zu bezahlen, erstmals ab 1. September 2015, sofern er die Kinderzulage für C.\_\_\_\_\_ bezieht.
9. Die Parteien sind berechtigt, die persönlichen Unterhaltsbeiträge des Gesuchsgegners an die Gesuchstellerin gemäss Ziffer 8. hiervor mit den Kinderzulagen für C.\_\_\_\_\_ gemäss Ziffer 4. hiervor zu verrechnen, solange die Gesuchstellerin die Kinderzulagen bezieht. Diese Regelung gilt erstmals per 1. September 2015.

10. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

4'800.00	; die weiteren Kosten betragen:
1'237.50	Dolmetscherkosten,
<hr/>	
6'037.50	Total
<hr/> <hr/>	

Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.

11. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
12. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
13. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je mit Gerichtsurkunde.
14. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Der in Art. 145 Abs. 1 ZPO genannte Stillstand von Fristen gilt in die-

sem summarischen Verfahren nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO)."

**Berufungsanträge:**

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 39 S. 2 f.):

- "1. Es sei in Gutheissung der Berufung Ziffer 2 des angefochtenen Urteils aufzuheben und die Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2009, für die Dauer der Trennung unter die Obhut der Berufungsklägerin zu stellen.
2. Es sei in Gutheissung der Berufung Ziffer 3 des angefochtenen Urteils aufzuheben beziehungsweise abzuändern und dem Berufungsbeklagten ein gleichlautendes Besuchsrecht einzuräumen.
3. Es sei in Gutheissung der Berufung Ziffer 4 des angefochtenen Urteils aufzuheben und der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin an die Kosten des Unterhalts und der Pflege von Tochter C.\_\_\_\_\_ einen angemessenen Unterhaltsbeitrag zu entrichten, zahlbar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
4. Es sei in Gutheissung der Berufung Ziffer 6 des angefochtenen Urteils aufzuheben und die eheliche Wohnung an der ... [Adresse] für die Dauer des Getrenntlebens samt Mobiliar und Hausrat der Berufungsklägerin zur alleinigen Benützung zuzuweisen und dem Berufungsbeklagten gleichzeitig bis Ende des übernächsten Monats nach Eintritt der Rechtskraft des zweitinstanzlichen Entscheids Frist anzusetzen, um die eheliche Wohnung zu verlassen.
5. Es sei in Gutheissung der Berufung Ziffer 7 des angefochtenen Urteils in dem Sinne abzuändern, als der Berufungsbeklagte für berechtigt erklärt wird, bei seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung seine persönlichen Effekten sowie – soweit notwendig – die von ihm bezeichneten Gegenstände mitzunehmen.
6. Es sei in Gutheissung der Berufung Ziffer 8 des angefochtenen Urteils aufzuheben beziehungsweise abzuändern und der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für sie persönlich einen angemessenen Unterhaltsbeitrag zu entrichten, zahlbar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten."

des Gesuchsgegners (Prot. II S. 10 ff. sinngemäss):

Die Berufung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Berufungsklägerin abzuweisen.

### **Prozessuale Anträge:**

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 39 S. 3):

"Es sei der Berufungsklägerin auch für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

des Gesuchsgegners (Prot. II S. 18 sinngemäss):

Es sei dem Berufungsbeklagten für das zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Die Parteien standen seit dem 10. Dezember 2014 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Hinsichtlich der vorinstanzlichen Prozessgeschichte ist auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil zu verweisen (Urk. 40 S. 3 f.). Am 19. Oktober 2015 hat die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan: Gesuchstellerin) das vorinstanzliche Urteil vom 30. Juli 2015 (Urk. 40) in Empfang genommen (Urk. 38/2).

2. Die Gesuchstellerin erhob gegen das eingangs wiedergegebene Urteil mit Eingabe vom 29. Oktober 2015 (Urk. 39) innert Frist Berufung, wobei sie die oben angeführten Anträge stellte. Der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchsgegner) liess die ihm mit Verfügung vom 10. November 2015 angesetzte Frist zur Beantwortung der Berufung unbenützt verstreichen (Urk. 45). Innert der dem Gesuchsgegner weiter angesetzten Frist, um seine Beschäftigungssituation

darzulegen und Belege für die Stellensuche einzureichen (Urk. 45), ging eine Bestätigung der Sozialhilfebehörde der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ samt Beilagen ein (Urk. 46 und 47/1-2), woraus hervorgeht, dass der Gesuchsgegner von der Behörde vollumfänglich finanziell unterstützt wird, und die seine Arbeitssuchbemühungen gegenüber der Behörde ausweist. Am 6. Januar 2016 fand eine Beruungsverhandlung statt, anlässlich welcher beide Parteien im Sinne von Art. 191 ZPO befragt wurden (Prot. S. 3 ff.). Die Parteien wurden auf den 14. Januar 2016 zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen, im Rahmen derer sich die Parteien vollumfänglich über die Folgen des Getrenntlebens einigten. Die getroffene Vereinbarung lautet wie folgt:

#### **"Obhutzuteilung**

1. Das gemeinsame Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, sei unter die gemeinsame Obhut der Parteien mit wechselnder Betreuung zu stellen.

#### **Wohnsitz und Betreuungsregelung**

2. Die Parteien einigen sich auf die folgende Betreuungsregelung:

Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch die Mutter:

- jede zweite Woche (jeweils in der Woche, in welcher die Mutter über das Wochenende nicht arbeitet) von Mittwoch Abend 18.00 Uhr bis Montag Morgen Kindergarten- bzw. Schulbeginn; C.\_\_\_\_\_ wird am Mittwoch jeweils von der Mutter beim Vater abgeholt und von der Mutter am Montag in die Schule gebracht;
- in Jahren mit gerader Jahreszahl an Weihnachten jeweils vom 24. Dezember, 10.00 Uhr, bis am 25. Dezember, 10.00 Uhr, und an Neujahr (mit ungerader Jahreszahl) jeweils vom 1. Januar, 12.00 Uhr, bis am 2. Januar, 12.00 Uhr; in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Weihnachten jeweils vom 25. Dezember, 10.00 Uhr, bis am 26. Dezember, 10.00 Uhr, und an Silvester jeweils vom 31. Dezember, 12.00 Uhr, bis am 1. Januar, 12.00 Uhr;

- entweder an Ostern oder Pfingsten, je nachdem auf welche dieser Festtage das Betreuungswochenende der Mutter fällt; die Betreuungsverantwortung verlängert sich jeweils bis Oster- bzw. Pfingstmontag, 18.00 Uhr;
- am Muttertag;
- während 4 Wochen Ferien pro Jahr; die Wochen, in welchen die Mutter die Ferienbetreuung übernimmt, sind unter den Parteien jeweils drei Monate im Voraus zu vereinbaren; im Streitfall betreut die Gesuchstellerin das Kind während der ersten Woche der Sportferien, während den ersten beiden Wochen der Sommerferien und während der ersten Woche der Herbstferien.

In der übrigen Zeit wird C.\_\_\_\_\_ vom Vater betreut. Abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

Diese Betreuungsregelung gilt ab März 2016, mithin ab dem Zeitpunkt, wo die Mutter eine Einzimmerwohnung in E.\_\_\_\_\_ bezieht. Die erste Betreuungswoche (Mittwoch Abend bis Montag Morgen) fällt damit auf den 16. bis 21. März 2016. Bis dahin gilt die vorinstanzliche Besuchsregelung weiter.

3. Es sei festzulegen, dass C.\_\_\_\_\_ ihren Wohnsitz beim Vater an der ... [Adresse] hat.

#### **Kindesunterhalt**

4. Jede Partei trägt die Kosten (insb. Verpflegung und Unterkunft), die durch die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ bei ihr anfallen (einschliesslich Ferien), selbst.
5. Regelmässig anfallende Kinderkosten (wie Alltagsbekleidung, Gesundheitskosten, Sport- und Musikkosten, Freizeitkurse, Sportausrüstung, ausserschulische Betreuung wie Hortkosten [exkl. Ferienhort], Schulkosten, Kosten für den öffentlichen Verkehr, Handy, Taschengeld, etc.) trägt der Vater bzw. sind durch den Vater vom Gemeinwesen im Rahmen der Sozialhilfe erhältlich zu machen. Die Krankenkasse von C.\_\_\_\_\_ wird weiterhin von der Mutter bezahlt.
6. Es wird festgehalten, dass die Mutter Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 200.- bezieht. Die von der Mutter bezogenen Kinderzulagen seien ihr zu belassen, um damit für die Kosten der Betreuung von C.\_\_\_\_\_ aufzukommen.

7. Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation nicht in der Lage ist, nebst den bei ihr gemäss Ziff. 4-6 anfallenden Kinderkosten sowie ihrem persönlichen Unterhalt Kinderunterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ an den Gesuchsgegner zu bezahlen. Demgemäss sei von der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen für C.\_\_\_\_\_ abzusehen.

#### **Ehegattenunterhalt**

8. Es sei festzustellen, dass die Parteien gegenseitig aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation nicht in der Lage sind, persönliche Unterhaltsbeiträge zu leisten. Der Gesuchsgegner verpflichtet sich indessen, mit Nachdruck eine Arbeitsstelle zu suchen, um angemessen zum Familienunterhalt beitragen zu können.

#### **Zuweisung eheliche Wohnung und Hausrat / Persönliche Effekten**

9. Die Gesuchstellerin erklärt sich bereit, dem Gesuchsgegner die eheliche Wohnung an der ... [Adresse], samt Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zu überlassen.
10. Der Gesuchsgegner erklärt die Gesuchstellerin für berechtigt, ihre persönlichen Effekten sowie – soweit notwendig – die von ihr bezeichneten Gegenstände aus der ehelichen Wohnung mitzunehmen.

#### **Kosten und Entschädigung**

11. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden von den Parteien je zur Hälfte übernommen.
12. Auf eine Parteientschädigung wird gegenseitig verzichtet."

3. Die Dispositiv-Ziffern 1 (Bewilligung Getrenntleben), 5 (Beistandschaft) und 10-12 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) des vorinstanzlichen Eheschutzentscheides blieben unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind. Davon ist Vormerk zu nehmen. Die Dispositiv-Ziffer 9 (Verrechnung der Kinderzulage mit den persönlichen Unterhaltsbeiträgen) wurde ebenfalls nicht angefochten, ist aber untrennbar mit den angefochtenen Dispositiv-Ziffern 4 und 8 verbunden und wird mit der getroffenen Vereinbarung, wonach keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen sind, obsolet. Demnach konnte Dispositiv-Ziffer 9 in-

folge Anfechtung der Dispositiv-Ziffern 4 und 8 nicht in Rechtskraft erwachsen und ist zusammen mit diesen aufzuheben.

## II.

1. Soweit es Kinderbelange (Obhut, Betreuungsanteile, Kinderunterhaltsbeiträge) zu regeln gilt, findet die Official- und Untersuchungsmaxime Anwendung (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Daher unterliegt die von den Parteien getroffene Vereinbarung im Sinne eines übereinstimmenden Parteienantrages der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung (vgl. ZK-Bräm, N 18 und N 117 zu Art. 176 ZGB). Für die Genehmigung wird vorausgesetzt, dass mit der Vereinbarung das Kindeswohl gewahrt wird. Soweit keine Kinderbelange betroffen sind (persönliche Unterhaltsbeiträge, Wohnungszuteilung), mithin die Dispositionsmaxime zum Tragen kommt, ist die Vereinbarung nicht zu prüfen, sondern von dieser bloss Vormerk zu nehmen.

2.1. Die Parteien beantragen, die Tochter C.\_\_\_\_\_ sei unter die gemeinsame Obhut der Eltern mit wechselnder Betreuung zu stellen (Urk. 59 S. 1).

2.2. Damit eine *gemeinsame* bzw. – gleichbedeutend, in der Terminologie des Gesetzgebers (vgl. die noch nicht in Kraft gesetzten Art. 298 Abs. 2<sup>ter</sup> und Art. 298b Abs. 3<sup>ter</sup> ZGB) – *alternierende* Obhut angeordnet werden kann, ist zusätzlich zur Tatsache, dass das Alleinentscheidungsrecht (Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB) beiden Elternteilen zustehen soll, erforderlich, dass beide Elternteile das Kind in zeitlich grösserem Ausmass als beim üblichen Wochenendbesuchsrecht betreuen, damit von einer häuslichen Gemeinschaft zwischen dem Kind und dem Elternteil ausgegangen werden kann. Sodann kommt die Anordnung wohl nur in Frage, wenn das Verhältnis der Eltern nicht derart konflikthaft ist, dass erwartet werden kann, die Eltern würden sich auch längerfristig über Alltagsfragen einigen können. Zur Beantwortung der Frage, ob die Voraussetzungen gegeben sind, dass beide Elternteile die Befugnisse von Art. 301 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB innehaben sollen, ist auch deren Erziehungsfähigkeit zu prüfen. Nebst der Erziehungsfähigkeit und Betreuungsmöglichkeit kann insbesondere die Stabilität der örtlichen und fa-

miliären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist dem Wunsch des Kindes Rechnung zu tragen, soweit dies tunlich ist. Weitere Gesichtspunkte sind die Bereitschaft eines Elternteils, die Beziehung zum anderen Elternteil zuzulassen und zu unterstützen (sogenannte Bindungstoleranz), und die Qualität der persönlichen Beziehung der Eltern zum Kind (vgl. ZR 114 Nr.6 und Urteil dieser Kammer vom 20. November 2014, Geschäfts-Nr. LE140020, E. II.3).

2.3. An der Erziehungsfähigkeit beider Parteien bestehen keine Zweifel. Im Zuge der vorinstanzlichen Kinderanhörung, welche im Kindergarten von C.\_\_\_\_\_ durchgeführt wurde, äusserten sich die Kindergarten-Lehrpersonen F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ übereinstimmend dahingehend, dass beide Elternteile zuverlässig und engagiert seien (Urk. 15 S. 2 ff.). Diesen Eindruck hinterliessen die Parteien auch an der zweitinstanzlichen Hauptverhandlung. Aus den Akten sind keine Umstände ersichtlich, die gegen die Erziehungsfähigkeit einer Partei sprechen. Die Wohnsituation beider Parteien – diejenige der Mutter jedenfalls ab Bezug einer eigenen Wohnung im März 2016 (Prot. S. 26) – lassen die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ zu. Die Parteien haben sodann eine praktikable und dem Kindeswohl gerecht werdende Betreuungsregelung getroffen (Urk. 59 S. 2 f.). Die Mutter betreut C.\_\_\_\_\_ an den arbeitsfreien Wochenenden, an den Wochentagen besucht C.\_\_\_\_\_ den Kindergarten und den Hort. Die Arbeitszeiten der Mutter lassen die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ während der übrigen Zeit zu (Prot. S. 8 f.). Dies gilt auch für den Vater, welcher zurzeit auf Stellensuche ist, jedoch für den Fall eines Stellenantritts dergestalt vorgesorgt hat, dass die Mutter einer Kindergartenkollegin von C.\_\_\_\_\_ ("H.\_\_\_\_\_") bei der Betreuung am Morgen behilflich sein könnte (Prot. S. 14 f.). Abgesehen von den üblichen Streitigkeiten im Rahmen einer Trennung erklären die Parteien grundsätzlich, kommunikationsfähig zu sein (Prot. S. 8 und S. 17), was sich mit dem Eindruck des Gerichts an der Berufungsverhandlung deckt. Sodann behindert keine der Parteien den Kontakt mit dem anderen Elternteil. Unter diesen Voraussetzungen ist antragsgemäss die gemeinsame Obhut der Parteien über C.\_\_\_\_\_ mit wechselnder Betreuung anzuordnen und die vereinbarte Betreuungsregelung zu genehmigen.

3.1. Die Parteien vereinbarten, dass jede Partei die Kosten, die durch die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ bei ihr anfallen, insbesondere also Unterkunft, Verpflegung und Ferien, selbst trägt. Die übrigen regelmässig anfallenden Kinderkosten (wie Alltagsbekleidung, Gesundheitskosten, Sport- und Musikkosten, Freizeitkurse, Sportausrüstung, ausserschulische Betreuung wie Hortkosten [exkl. Ferienhort], Schulkosten, Kosten für den öffentlichen Verkehr, Handy, Taschengeld, etc.) trage der Vater bzw. mache der Vater vom Gemeinwesen im Rahmen der Sozialhilfe erhältlich. Die Krankenkasse von C.\_\_\_\_\_ soll indessen weiterhin von der Mutter bezahlt werden. Auch die von der Mutter bezogenen Kinderzulagen sollen ihr für die Bestreitung des bei ihr anfallenden Unterhalts belassen werden. Von der Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen, welche die über ein Einkommen verfügende und zum kleineren Teil an der Betreuung von C.\_\_\_\_\_ beteiligte Gesuchstellerin an den Gesuchsgegner zu bezahlen hätte, wurde infolge ihrer wirtschaftlichen Situation abgesehen (Urk. 59 S. 3).

3.2. Zur Bestreitung des Kinderunterhalts ist die eigene Leistungsfähigkeit immer voll auszuschöpfen. Unter geltendem Recht darf hingegen nicht in das Existenzminimum des Unterhaltspflichtigen eingegriffen werden. Die Gesuchstellerin ist in einem unregelmässigen Pensum von rund 80% im Stundenlohn angestellt (Prot. S. 5). Gemäss den aktuellen Lohnabrechnungen verdiente sie im zweiten Halbjahr 2015 rund Fr. 2'500.- netto im Monat, zusätzlich Fr. 200.- Kinderzulagen (Urk. 54/1-5). Aus dem Lohnausweis für das Jahr 2014 ergibt sich ein durchschnittliches Monatsnettoeinkommen (inkl. Kinderzulagen) von gut Fr. 3'000.-. Gemäss dem Kreisschreiben des Obergerichts betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 ist für eine alleinerziehende Person ohne Haushaltsgemeinschaft mit erwachsenen Personen in die Bedarfsrechnung Fr. 1'350.- einzusetzen, für Kinder Fr. 400.-, vorliegend anteilmässig also etwa Fr. 150.-. Die Miete ist mit Fr. 1'000.- (Prot. S. 26), die Krankenkasse für die Gesuchstellerin mit Fr. 378.-, die ebenfalls von ihr zu bezahlende Krankenkasse von C.\_\_\_\_\_ mit Fr. 89.- (Urk. 11/1), die Kommunikationskosten mit Fr. 120.-, die Hausrat-/Haftpflichtversicherung mit Fr. 20.-, die Kosten für öffentlichen Verkehr mit Fr. 63.- (Monatsabo) und die auswärtige Verpflegung mit Fr. 100.- in den Bedarf einzusetzen.

Daraus resultiert ein Bedarf von Fr. 3'270.–, welchen die Gesuchstellerin aus ihrem Erwerbseinkommen, in guten Zeiten, mithin wenn sie viele Einsätze leistet, wohl gerade noch knapp zu decken vermag.

Der Gesuchsgegner wird indessen von der Sozialhilfe unterstützt (Urk. 46 und 58/1) und kann, solange er auf Arbeitssuche ist, offensichtlich weder seinen eigenen Bedarf noch denjenigen von C.\_\_\_\_\_ decken. Die Gesuchstellerin ist offensichtlich nicht in der Lage, für C.\_\_\_\_\_ Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Der Gesuchsgegner ist mithin auch zur Deckung des bei ihm anfallenden Bedarfs von C.\_\_\_\_\_ auf Unterstützungsleistungen angewiesen. Die von den Parteien getroffene Regelung erscheint aus diesem Grund sinnvoll, werden der Gesuchstellerin doch genau jene bei ihr für C.\_\_\_\_\_ anfallenden Kosten belassen, welche sie ohne Unterstützung der Sozialhilfe aus ihrem Erwerbseinkommen knapp zu decken vermag. Der Gesuchsgegner kann seinerseits den weiteren Bedarf von C.\_\_\_\_\_ zusammen mit seinem eigenen Bedarf bei der Sozialhilfebehörde erhältlich machen. Festzuhalten ist jedoch, dass auch der Gesuchsgegner bestrebt zu sein hat, baldmöglichst wieder einer Erwerbstätigkeit nachzugehen und zum Familienunterhalt beizutragen. Die getroffene Betreuungsregelung sowie die unter Ziff. 2.3 erwähnten Vorkehren des Gesuchsgegners lassen eine Erwerbstätigkeit ohne Weiteres zu.

4. Die weiteren in der Vereinbarung (Urk. 59) geregelten Punkte betreffen Gebiete, welche der Dispositionsmaxime unterstehen (Wohnungszuweisung, persönlicher Unterhalt). Was diese Punkte betrifft, kann das Verfahren unter Vormerknahme von den getroffenen Vereinbarungen, jedoch ohne deren Prüfung, erledigt werden.

### III.

1. Die Festsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch die Vorinstanz wurde von der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren nicht angefochten. (Urk. 39). Sie erwachsen damit in Rechtskraft (Reetz/Hilber, in: Sutter-

Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. Aufl., Zürich 2013, N 17 zu Art. 315).

2. Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 3'000.– festzulegen. Nach Massgabe der Vereinbarung (Urk. 59 S. 4) sind die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und es ist davon abzusehen, Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 109 Abs. 1 ZPO).

3. Beide Parteien haben im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, die Gesuchstellerin zusätzlich um Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ersucht (Urk. 39 S. 3; Prot. S. 18).

3.1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigenen Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtsprechung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi (Hrsg.), Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 182 f. und 185 f.; Meichssner, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege [Art. 29 Abs. 3 BV]).

3.2. Auf die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin wurde bereits eingegangen (Ziff. II.3.2). Sie ist bloss ganz knapp in der Lage, ihren sowie den ihr zugewiesenen Bedarf von C.\_\_\_\_\_ zu decken. Es ist kein aktenskundiges Vermögen vorhanden. Die Mittellosigkeit der Klägerin ist ausgewiesen. Da die Berufung der Klägerin nicht aussichtslos und sie als rechtsunkundige Partei zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtliche Vertretung angewiesen ist, ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.

3.3. Der Gesuchsgegner hat kein Einkommen wie auch kein aktenskundiges Vermögen und wird von der Sozialhilfebehörde unterstützt (Urk. 46 und 58/1). Damit ist er ebenfalls mittellos. Sein Standpunkt war nicht aussichtslos. Deswegen ist auch dem Gesuchsgegner die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
3. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1, 5 und 10-12 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 30. Juli 2015 rechtskräftig sind.

#### **Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Gesuchstellerin werden die Dispositiv-Ziffern 2, 3, 4, 6, 7, 8 und 9 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 30. Juli 2015 aufgehoben.

2. Die gemeinsame Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die gemeinsame Obhut der Parteien mit wechselnder Betreuung gestellt.
3. Die Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2016 wird hinsichtlich der weiteren Kinderbelange genehmigt. Die entsprechenden Ziffern der Vereinbarung lauten wie folgt:

### **"Wohnsitz und Betreuungsregelung**

2. Die Parteien einigen sich auf die folgende Betreuungsregelung:

Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch die Mutter:

- jede zweite Woche (jeweils in der Woche, in welcher die Mutter über das Wochenende nicht arbeitet) von Mittwoch Abend 18.00 Uhr bis Montag Morgen Kindergarten- bzw. Schulbeginn; C.\_\_\_\_\_ wird am Mittwoch jeweils von der Mutter beim Vater abgeholt und von der Mutter am Montag in die Schule gebracht;
- in Jahren mit gerader Jahreszahl an Weihnachten jeweils vom 24. Dezember, 10.00 Uhr, bis am 25. Dezember, 10.00 Uhr, und an Neujahr (mit ungerader Jahreszahl) jeweils vom 1. Januar, 12.00 Uhr, bis am 2. Januar, 12.00 Uhr; in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Weihnachten jeweils vom 25. Dezember, 10.00 Uhr, bis am 26. Dezember, 10.00 Uhr, und an Silvester jeweils vom 31. Dezember, 12.00 Uhr, bis am 1. Januar, 12.00 Uhr;
- entweder an Ostern oder Pfingsten, je nachdem auf welche dieser Festtage das Betreuungswochenende der Mutter fällt; die Betreuungsverantwortung verlängert sich jeweils bis Oster- bzw. Pfingstmontag, 18.00 Uhr;
- am Muttertag;
- während 4 Wochen Ferien pro Jahr; die Wochen, in welchen die Mutter die Ferienbetreuung übernimmt, sind unter den Parteien jeweils drei Monate im Voraus zu vereinbaren; im Streitfall betreut die Gesuchstellerin das Kind während

der ersten Woche der Sportferien, während den ersten beiden Wochen der Sommerferien und während der ersten Woche der Herbstferien.

In der übrigen Zeit wird C.\_\_\_\_\_ vom Vater betreut. Abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

Diese Betreuungsregelung gilt ab März 2016, mithin ab dem Zeitpunkt, wo die Mutter eine Einzimmerwohnung in E.\_\_\_\_\_ bezieht. Die erste Betreuungswoche (Mittwoch Abend bis Montag Morgen) fällt damit auf den 16. bis 21. März 2016. Bis dahin gilt die vorinstanzliche Besuchsregelung weiter.

3. Es sei festzulegen, dass C.\_\_\_\_\_ ihren Wohnsitz beim Vater an der ... [Adresse] hat.

#### **Kindesunterhalt**

4. Jede Partei trägt die Kosten (insb. Verpflegung und Unterkunft), die durch die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ bei ihr anfallen (einschliesslich Ferien), selbst.
5. Regelmässig anfallende Kinderkosten (wie Alltagsbekleidung, Gesundheitskosten, Sport- und Musikkosten, Freizeitkurse, Sportausrüstung, ausserschulische Betreuung wie Hortkosten [exkl. Ferienhort], Schulkosten, Kosten für den öffentlichen Verkehr, Handy, Taschengeld, etc.) trägt der Vater bzw. sind durch den Vater vom Gemeinwesen im Rahmen der Sozialhilfe erhältlich zu machen. Die Krankenkasse von C.\_\_\_\_\_ wird weiterhin von der Mutter bezahlt.
6. Es wird festgehalten, dass die Mutter Kinderzulagen in der Höhe von Fr. 200.– bezieht. Die von der Mutter bezogenen Kinderzulagen seien ihr zu belassen, um damit für die Kosten der Betreuung von C.\_\_\_\_\_ aufzukommen.
7. Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation nicht in der Lage ist, nebst den bei ihr gemäss Ziff. 4-6 anfallenden Kinderkosten sowie ihrem persönlichen Unterhalt Kinderunterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ an den Gesuchsgegner zu bezahlen. Demgemäss sei von der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen für C.\_\_\_\_\_ abzusehen."

4. Von der Vereinbarung der Parteien vom 14. Januar 2016 wird Vormerk genommen, soweit darin die übrigen Folgen des Getrenntlebens geregelt wurden. Die entsprechenden Ziffern der Vereinbarung lauten wie folgt:

**"Ehegattenunterhalt**

8. Es sei festzustellen, dass die Parteien gegenseitig aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation nicht in der Lage sind, persönliche Unterhaltsbeiträge zu leisten. Der Gesuchsgegner verpflichtet sich indessen, mit Nachdruck eine Arbeitsstelle zu suchen, um angemessen zum Familienunterhalt beitragen zu können.

**Zuweisung eheliche Wohnung und Hausrat / Persönliche Effekten**

9. Die Gesuchstellerin erklärt sich bereit, dem Gesuchsgegner die eheliche Wohnung an der ... [Adresse], samt Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benützung zu überlassen.
  10. Der Gesuchsgegner erklärt die Gesuchstellerin für berechtigt, ihre persönlichen Effekten sowie – soweit notwendig – die von ihr bezeichneten Gegenstände aus der ehelichen Wohnung mitzunehmen."
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. Die Kosten für die Übersetzung betragen Fr. 618.75. Die Gerichtskosten werden damit auf insgesamt Fr. 3'618.75 festgesetzt.
  6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.  
  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.
  7. Es werden keine Parteienschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren zugesprochen.
  8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. Januar 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. L. Casciaro

versandt am: js