

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE160067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

Beschluss und Urteil vom 7. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 13. Oktober 2016 (EE160227-L)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet. Sie haben zwei gemeinsame Kinder: C._____, geboren am tt.mm.2012, und D._____, geboren am tt.mm.2014. Am 30. Juni 2016 verliess die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) zusammen mit den beiden Kindern die eheliche Wohnung. Sie wohnt seither in einem Frauenhaus. Mit Eingabe vom 18. Juli 2016 reichte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein. Sie ersuchte um die Berechtigung zum Getrenntleben sowie die Regelung der Nebenfolgen. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 5. September 2016 stellten beide Parteien Anträge auf den Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Betreffend den weiteren Verlauf des Verfahrens kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 S. 3). Mit Verfügung vom 13. Oktober 2016 entschied die Vorinstanz über die Massnahmebegehren. Sie erklärte die Parteien zum Getrenntleben berechtigt (Urk. 2 S. 26, Dispositivziffer 2). Die beiden Kinder stellte sie für die Dauer des Eheschutzverfahrens unter die Obhut der Gesuchstellerin und hielt fest, dass die Kinder demzufolge auch bei der Gesuchstellerin wohnen würden (Dispositivziffer 3). Weiter regelte die Vorinstanz das Besuchsrecht des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (fortan Gesuchsgegner). Dies einerseits für die Zeit, in welcher sich die Gesuchstellerin mit den Kindern noch im Frauenhaus befindet, und andererseits für die Zeit nach dem Bezug einer eigenen Wohnung. Sie sprach ein begleitetes Besuchsrecht aus (Dispositivziffer 4). Die Vorinstanz errichtete für C._____, und D._____ für die Dauer des Eheschutzverfahrens eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB und regelte die Pflichten und Befugnisse des Beistandes. Dies wiederum für die Zeit, in welcher sich die Gesuchstellerin mit den Kindern noch im Frauenhaus befindet, und für die Zeit nach dem Bezug einer eigenen Wohnung (Dispositivziffer 5). Sodann wurde der Gesuchsgegner verpflichtet, die ihm für C._____, und D._____ monatlich ausgerichteten Kinderrenten der IV und die BVG-Kinderrenten direkt an die Gesuchstellerin weiterzuleiten (Dispositivziffer 6). Die eheliche Wohnung wies die Vo-

rinstanz für die Dauer des Eheschutzverfahrens dem Gesuchsgegner zur alleinigen Nutzung zu (Dispositivziffer 7).

2. Der Gesuchsgegner hat gegen die vorgenannte Verfügung fristgerecht Berufung mit den folgenden Anträgen erhoben (Urk. 1 S. 2; Urk. 5/29/2):

- "1. Es sei Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 13. Oktober 2016 aufzuheben und es sei die Obhut für die Kinder C._____, geb. tt.mm.2012 und D._____, geb. tt.mm.2014 dem Berufungskläger zuzuteilen.
2. Eventualiter sei Ziff. 4 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und es sei dem Berufungskläger zu gestatten, seine Kinder C._____ und D._____ jedes zweite Wochenende von Freitag 18 Uhr bis Sonntag 18 Uhr sowie an einem Nachmittag unter der Woche sowie während der Schulferien während 4 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten und ohne Begleitung durch eine Drittperson zu sich zu Besuch zu nehmen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 8 % MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung - wie nachstehend gezeigt - sogleich als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweist, ist keine Berufungsantwort einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache. Sie kann das erstinstanzliche Urteil sowohl auf rechtliche wie tatsächliche Mängel hin überprüfen. Dies bedeutet aber nicht, dass die Berufungsinstanz gehalten ist, von sich aus wie eine erstinstanzliche Gerichtsbehörde alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr vortragen. Sie hat sich - abgesehen von offensichtlichen Mängeln - grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung (Art. 311 Abs. 1 und Art. 312 Abs. 1 ZPO) gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.).

4. Auf die Ausführungen des Gesuchsgegners ist nachfolgend nur soweit für die Entscheidungsfindung notwendig einzugehen.

II.

1.1. Umstritten ist zunächst die Zuteilung der Obhut für C._____ und D._____ für die Dauer des Eheschutzverfahrens.

1.2. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich dafür, die Parteien seien sich darüber einig, dass sie sich während des ehelichen Zusammenlebens gemeinsam um die beiden Kinder gekümmert hätten. Da beide Parteien nicht arbeitstätig seien (der Gesuchsgegner ist zu 100 % invalid, die Gesuchstellerin ist arbeitslos), hätten sie den überwiegenden Teil des Tages jeweils zu viert verbracht. Einzig die Tochter C._____ sei seit dem Winter 2015 teilweise fremdbetreut worden. Sie sei drei Tage pro Woche in die Krippe gegangen. Während des beschränkten Zeitraums von Februar 2015 bis Februar 2016 habe sodann die Gesuchstellerin jeweils halbtags die ... Integrationsschule besucht. Ausser in dieser Zeit hätten die Parteien die Kinder immer gemeinsam betreut. Umstritten sei, so die Vorinstanz weiter, welche der Parteien welchen Betreuungsanteil und welche Aufgaben in der Haushaltsführung wahrgenommen habe. Die Vorinstanz kam diesbezüglich zum Schluss, dass derzeit nicht genau eruiert werden könne, wer während des ehelichen Zusammenlebens welche konkreten Betreuungs- und Haushaltsführungsaufgaben (überwiegend) wahrgenommen habe. Hingegen sei glaubhaft gemacht, dass die Rollenverteilung so gewesen sei, dass sich beide Parteien gemeinsam der Betreuung der Kinder und der Haushaltsführung gewidmet hätten. Es könne daher von einer stabilen und gefestigten Beziehung der Kinder zu beiden Elternteilen ausgegangen werden. Es werde denn auch von keiner der Parteien in Abrede gestellt, dass die Beziehung zwischen den Kindern und dem jeweils anderen Elternteil gut sei. Die Gesuchstellerin, so die Vorinstanz weiter, mache zusammenfassend geltend, sie hege den Verdacht, dass der Gesuchsgegner während des ehelichen Zusammenlebens mit oder vor der Tochter C._____ einmal oder mehrmals sexuelle Handlungen vorgenommen habe. Ihr Verdacht stütze sich insbesondere auf die Aussage der Tochter während einem gemeinsamen Abendessen in der

Küche, nämlich: "Mami, weisst du, dass der Vater hier vor mir Pipi gemacht hat?". Diese Aussage, welche die Tochter auch später noch einmal bestätigt habe, und das Abstreiten des Gesuchsgegners sowie weitere Vorfälle in der Vergangenheit – die nachfolgend dargelegt würden – hätten die Gesuchstellerin dazu bewogen, sich beim Sozialdienst E._____ beraten zu lassen. Dieser habe ihr geraten, die eheliche Wohnung mit den Kindern zu verlassen, weshalb sie in ein Frauenhaus gegangen sei. Ihr Verdacht sei durch die folgenden weiteren Vorfälle in der Vergangenheit verstärkt worden: Sie habe einmal in der Windel der Tochter einen Blutfleck entdeckt. Der Arzt habe ihr gesagt, dass es sich um eine Infektion handeln könne, oder dass es von einer Berührung mit der Hand kommen könne. Weiter habe der Gesuchsgegner mehrere Male, als er mit den Kindern gespielt habe, eine Erektion bekommen. Hinzu komme, dass er mit seinem 11-jährigen Sohn F._____, welcher aus einer früheren Beziehung stamme, jeweils so gespielt habe, dass er dessen Geschlechtssteile berührt habe. Dies habe sie selber gesehen. Sein Sohn habe dies nicht gemocht. Darauf von der Gesuchstellerin angesprochen, sei der Gesuchsgegner mit dem Hinweis, dass dies in Italien normal sei, trotzdem damit fortgefahren. Einmal habe sie auch einen Flecken am Hals von F._____ gesehen und die Tochter C._____ habe einmal beobachtet, dass er ein Zeichen am Hals gehabt habe. Schliesslich habe die Tochter, als sie drei Jahre alt gewesen sei, einmal zur Gesuchstellerin gesagt, dass der Gesuchsgegner etwas Schlechtes mit ihr gemacht habe. Die Vorinstanz sah die Schilderungen der Gesuchstellerin als sehr konkret, konstant und detailreich an. Die Gesuchstellerin mache keine pauschalen Behauptungen, sondern schildere anschaulich, namentlich auch unter Nennung der Begleitumstände, und nachvollziehbar, was sie gehört bzw. gesehen habe und welche Rolle sie selber dabei gespielt habe. So habe der Gesuchsgegner nach dem besagten gemeinsamen Abendessen, an dem die Tochter gesagt habe, dass er vor ihr Wasser gelöst habe, den Abfall herausgetragen und sei noch kurz spazieren gegangen. In dieser Zeit habe die Gesuchstellerin bei der Tochter nachgehakt und die Tochter habe ihre Aussage bestätigt. Am darauffolgenden Tag habe sie den Gesuchsgegner erst darauf angesprochen, als die Tochter bereits in der Kita gewesen sei. Die Gesuchstellerin schildere nachvollziehbar, so die Vorinstanz, dass sie die Situation beim Abendessen nicht habe

zum Eskalieren bringen wollen und später die Tochter unter vier Augen nochmals auf ihre Äusserung angesprochen habe. Der Gesuchsgegner sei sodann erst, als die Tochter nicht mehr anwesend sondern in der Kita gewesen sei, von ihr mit der Aussage konfrontiert worden. Die Gesuchstellerin schildere damit eine typische mögliche Reaktion einer Mutter. Es seien zudem auf den ersten Blick keine Übertreibungen ersichtlich. Die Gesuchstellerin räume nämlich ein, dass sie auf die Vorfälle in der Vergangenheit, namentlich auf die Aussage der Tochter, dass ihr der Gesuchsgegner etwas Schlechtes angetan habe, nicht reagiert habe. Erst aufgrund der letzten Aussage der Tochter sei ihr bewusst geworden, dass etwas nicht stimmen könne. Schliesslich sei zu bemerken, so die Vorinstanz weiter, dass die Gesuchstellerin stets betone, dass der Gesuchsgegner ansonsten in ihren Augen ein guter Vater sei. Sie spreche sich für einen Kontakt zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern aus, was ein Anzeichen dafür sei, dass die Gesuchstellerin nicht darauf abziele, einen Keil zwischen den Gesuchsgegner und die Kinder zu treiben und es sich um keinen Racheakt handle. Die vom Gesuchsgegner eingereichte Auskunft der Kindertagesstätte G._____ ... über das Verhältnis zwischen ihm und der Tochter C._____ vermöge die Vorwürfe sexueller Natur – ohne das Einholen weiterer Berichte und Gutachten – nicht zu entkräften. Die Gesuchstellerin habe, so die Vorinstanz, mit ihrem Verhalten nach dem Auszug aus der ehelichen Wohnung nicht gegen das Kindeswohl gehandelt. Vielmehr habe sie mit der Inanspruchnahme der Kleinkinderberatung im Sozialzentrum E._____ kurz nach der letzten erwähnten Äusserung der Tochter glaubhaft gemacht, dass ihr das Wohl der Kinder wichtig sei. Es sei zudem nichts Aussergewöhnliches, dass die Adresse des Frauenhauses zum Schutz der Bewohnerinnen geheim sei. Der Gesuchstellerin könne nicht vorgehalten werden und es werde ihre Glaubwürdigkeit nicht dadurch beeinträchtigt, dass sie sich mit der Tochter C._____ nicht an eine geeignete Anlaufstelle (bspw. das Kinderspital am Universitätsspital Zürich) gewendet habe. Das Aufsuchen der Kleinkinderberatung im Sozialzentrum E._____ – mit welcher die Parteien zudem infolge einer anderen Kinderangelegenheit unbestritten bereits vorher in Kontakt gestanden hätten – stelle eine geeignete Option dar. Diese habe schliesslich auch den Eintritt der Gesuchstellerin zusammen mit den Kindern in ein Frauenhaus organisiert. Zwar treffe es

zu, dass der Gesuchsgegner die Kinder seit über zwei Monaten nicht mehr gesehen habe, doch dürfte diese vorübergehende Vorsichtsmassnahme angesichts der im Raum stehenden Vorwürfe nachvollziehbar sein. Zudem stehe die Gesuchstellerin einer Wiederaufnahme des Kontakts zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern nicht grundsätzlich entgegen. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass insgesamt unbestritten sei, dass die Gesuchstellerin die Kinder bereits vor der Trennung betreut habe. Es sei glaubhaft gemacht, dass die Gesuchstellerin eine gute Mutter sei und zwischen ihr und den Kindern eine stabile und gefestigte Beziehung bestehe. Die Gesuchstellerin habe angesichts der im Raum stehenden sexuellen Vorwürfe mit der Trennung vom Gesuchsgegner und mit dem Einzug in ein Frauenhaus im Einklang mit dem Kindeswohl gehandelt. Mangels Vorliegen gegenteiliger Anhaltspunkte sei zudem davon auszugehen, dass das Kindeswohl bei der Gesuchstellerin gewährleistet sei. Auf Seiten des Gesuchsgegners sei festzuhalten, dass die gegen ihn erhobenen, nicht leichten Vorwürfe derzeit noch nicht abgeklärt bzw. beseitigt werden konnten. Es dränge sich daher auf, die Obhut vorläufig der Gesuchstellerin zuzuteilen. Die Frage der gesundheitlichen Fähigkeit des Gesuchsgegners, die Kinder alleine zu betreuen, könne unter diesen Umständen offen gelassen werden. Entsprechend teilte die Vorinstanz die elterliche Obhut für C._____ und D._____ für die Dauer des Eheschutzverfahrens der Gesuchstellerin zu. Sie hielt fest, dass die Kinder demzufolge auch bei der Gesuchstellerin wohnen würden (Urk. 2 S. 12 ff., lit. e - h, und S. 26, Dispositivziffer 3 Absatz 1).

1.3.1 Der Gesuchsgegner rügt vorab eine unzutreffende Sachverhaltsfeststellung. Die Vorinstanz habe festgehalten, die Parteien hätten sich während des Zusammenlebens gemeinsam um die Kinder gekümmert. Dies sei von ihm nie so gesagt worden. Er habe wiederholt bekundet und ausführen lassen, dass er es gewesen sei, welcher die Kinder nach deren Geburt überwiegend gepflegt und betreut habe, während die Kindsmutter sich viel eher um ihre eigenen Bedürfnisse gekümmert und viel Zeit am Computer verbracht habe. Er habe Dokumente vorgelegt, welche belegen würden, dass er C._____ jeweils in die Kindertagesstätte (Kita) gebracht und auch wieder abgeholt habe (Urk. 1 S. 4).

1.3.2 Die Vorinstanz hielt einleitend dafür, die Parteien seien sich insofern einig, als dass sie sich während des ehelichen Zusammenlebens gemeinsam um die beiden Kinder gekümmert hätten (Urk. 2 S. 12). Gestützt auf die Tatsache, dass vor der Trennung beide Parteien ihre Zeit überwiegend mit den Kindern zu Hause verbracht haben, anerkannte sie diese Äusserung in der Folge als erwiesen an. Die Richtigkeit der Aussage bestätigte der Gesuchsgegner selbst, indem er anlässlich seiner Befragung an der Verhandlung vom 5. September 2016 ausführte, den Sohn (gemeint ist D._____) habe man gemeinsam betreut (Prot. Vi S. 31). Sodann gab er auf die Frage, wie die Aufgabenteilung der Parteien gewesen sei, zu Protokoll, dass er eingekauft, gekocht und sich um die Körperhygiene gekümmert habe, wobei die Gesuchstellerin dann auch mitgemacht habe, wenn sie wach gewesen sei (Prot. Vi S. 32). Fehl geht, wenn der Gesuchsgegner die Erwägungen der Vorinstanz dahingehend verstanden haben will, dass diese mit "gemeinsam" meint, die Parteien hätten je einen hälftigen Anteil an der Betreuung der Kinder und der Haushaltsführung übernommen. Diesbezüglich kam die Vorinstanz nämlich zum Schluss, es könne derzeit nicht genau eruiert werden, wer während dem ehelichen Zusammenleben welche konkreten Betreuungs- und Haushaltsführungsaufgaben (überwiegend) wahrgenommen habe. Sie sah es hingegen als glaubhaft an, dass die Rollenverteilung so gewesen sei, dass sich beide Parteien gemeinsam der Betreuung der Kinder und der Haushaltsführung gewidmet hätten, weshalb von einer stabilen und gefestigten Beziehung der Kinder zu beiden Elternteilen ausgegangen werden könne (Urk. 2 S. 13). Letzteres zweifelt der Gesuchsgegner in der Berufung denn auch nicht an. Eine unzutreffende Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz ist somit nicht ersichtlich.

1.4.1 Im Rahmen des Eheschutzverfahrens gelten für die Zuteilung der Obhut grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Nach der Rechtsprechung hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbesondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab muss die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen in gleichem Masse 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. Schliesslich ist - je nach Alter der Kinder - ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (vgl. hierzu BGer 5A_115/2015 vom 1. September 2015, E. 5.1 m.Hinw.).

1.4.2 Es ist vorab die Erziehungsfähigkeit der Parteien zu prüfen. Die Vorinstanz sah die Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners aufgrund der ihrer Ansicht nach "derzeit glaubhaft erscheinenden Vorwürfe" (Urk. 2 S. 18) betreffend eine oder mehrere sexuelle Handlungen mit oder vor C._____ als eingeschränkt an (Urk. 2 S. 17). Diesbezüglich bringt der Gesuchsgegner in der Berufung vor, die Vorwürfe seien äussert vage, zeitlich teilweise weit zurückliegend und in keiner Weise als bedrohlich einzustufen. Es dürfe nicht sein, dass eine Person durch die Erhebung von Missbrauchsvorwürfen bei einer urteilenden Behörde Unbehagen wecke, welches diese dazu veranlasse, aus Sicherheitsgründen den Kontakt zu anderen Bezugspersonen einzuschränken. Es müsse vielmehr ein Mindestmass an konkreten Hinweisen vorliegen, dass sich solche Missbräuche ereignet haben könnten (Urk. 1 S. 6). Mit diesen Einwänden setzt sich der Gesuchsgegner nicht genügend mit den - vorab angeführten - eingehenden und überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Er legt nicht dar, wieso die Einschätzung der Vorinstanz, dass die Aussagen der Gesuchstellerin sehr konkret, konstant und detailreich seien, dass die Gesuchstellerin anschauliche und nachvollziehbare Behauptungen aufstelle, nicht zutreffen sollte. Er setzt sich nicht damit auseinander, wieso entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen an der Glaubwürdigkeit der Gesuchstellerin gezweifelt werden muss (Urk. 2 S. 14 ff.). In diesem Punkt ist auf die Berufung schon mangels rechtsgenügender Begründung nicht einzutreten (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Sodann darf entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners im Zusammenhang mit der Prüfung der Glaubhaftmachung einer behaupteten Tatsache auf die Zusicherung des Beweisführers abgestellt werden, wenn er glaubwürdig erscheint und seine Aussagen plausibel sind (Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 271 N 12). Hiervon

ging die Vorinstanz aus. Anzeichen dafür, dass die Einschätzung der Vorinstanz falsch wäre, werden nicht geltend gemacht und sind nicht ersichtlich. Hat der Gesuchsgegner vor oder mit der Tochter sexuelle Handlungen vorgenommen, spielt es sodann keine Rolle, ob sie diese als bedrohlich einstufte oder nicht. Die zeitliche Nähe ist durch den neusten Verdachtsvorfall, welcher Anlass zum Auszug der Gesuchstellerin gab, sodann zweifellos gegeben. Es ist daher davon auszugehen, dass die Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners derzeit zumindest in einem erheblichen Masse eingeschränkt erscheint, wobei die notwendigen Abklärungen in Form von Einholung von Unterlagen, Berichten und Gutachten schnellst möglichst vorangetrieben werden müssen. Hernach ist eine Neubeurteilung vorzunehmen (vgl. hierzu die Ausführungen der Vorinstanz, Urk. 2 S. 17). Offen gelassen werden kann einstweilen, ob der Gesuchsgegner aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen in seiner Erziehungsfähigkeit eingeschränkt ist. Die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin hat die Vorinstanz bejaht. Gegenteiliges kann den Akten nicht entnommen werden. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners ist eine Einschränkung der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin nicht darin zu sehen, dass sie sich bei einem glaubhaften Verdacht auf sexuelle Handlungen auf Anraten der von ihr angegangenen Beratungsstelle hin, und nachdem diese den Aufenthalt für sie organisiert hat, in ein Frauenhaus begibt (Urk. 1 S. 5). Die Gesuchstellerin wird von der Sozialhilfe unterstützt (Urk. 5/13/2). Ihre Deutschkenntnisse sind schlecht (Prot. Vi S. 5). Es ist nachvollziehbar, dass sie dem Rat bei den gegebenen Umständen Folge leistete. Von einem "Missbrauch" einer Institution zur Aushehlung der Rechte des Gesuchsgegners kann nicht gesprochen werden (Urk. 1 S. 5). Da die Erziehungsfähigkeit des Gesuchsgegners derzeit in einem erheblichen Masse eingeschränkt erscheint und an der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin keine Zweifel bestehen, müssen die weiteren Kriterien für die Zuteilung der Obhut nicht mehr geprüft werden. Es spielt daher keine Rolle, ob die Kinder beim in der ehelichen Wohnung und damit im gewohnten Umfeld verbleibenden Gesuchsgegner stabilere Strukturen hätten als im Frauenhaus (Urk. 1 S. 5). Offen bleiben kann, wer die Kinder vor der Trennung mehrheitlich betreut hat. Unerheblich ist sodann, ob durch den Aufenthalt der Gesuchstellerin im Frauenhaus das Kontaktrecht des Gesuchsgegners erschwert wird (Urk. 1 S. 6)

und ob die Gesuchstellerin "ohne begründeten Anlass" ins Frauenhaus zog (Urk. 1 S. 5). Die Vorinstanz hat entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners ihre Begründungspflicht nicht verletzt, weil sie die genannten Kriterien in ihrem Entscheid nicht berücksichtigte oder weiter abklärte (Urk. 1 S. 4).

1.5. Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen ist der Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen. Die Obhut für C._____ und D._____ ist für die Dauer des Eheschutzverfahrens der Gesuchstellerin zuzuweisen. Die Berufung des Gesuchsgegners ist in diesem Punkt abzuweisen, soweit darauf überhaupt eingetreten werden kann.

2.1. Für den Fall, dass die Obhut für C._____ und D._____ für die Dauer des Verfahrens der Gesuchstellerin zugeteilt wird, beantragt der Gesuchsgegner die Zusprechung eines unbegleiteten Besuchsrechts für jedes zweite Wochenende von Freitag 18 Uhr bis Sonntag 18 Uhr sowie an einem Nachmittag unter der Woche und ein Ferienbesuchsrecht von vier Wochen pro Jahr während den Schulferien (Urk. 1 S. 2, Eventualantrag).

2.2. Die Vorinstanz hielt dafür, der grundsätzliche Anspruch des nicht obhutsberechtigten Elternteils auf angemessenen persönlichen Verkehr sei zwischen den Parteien unbestritten. Das von der Gesuchstellerin geschilderte Verhalten des Gesuchsgegners begründe jedoch eine mögliche Gefährdung des Kindeswohls von C._____ und D._____. Ob die erhobenen und derzeit glaubhaft erscheinenden Vorwürfe tatsächlich zutreffen würden, sei im weiteren Verlauf des Eheschutzverfahrens abzuklären. Höchste Priorität habe derzeit, dass der Vater und die Kinder wieder einen Kontakt zueinander pflegen könnten. Um einer möglichen Gefährdung des Kindeswohls entgegenzuwirken, habe das Besuchsrecht zwischen Vater und Kinder vorerst in Begleitung einer geeigneten Drittperson stattzufinden. Es sei für die Kinder wichtig, so die Vorinstanz weiter, dass sie auch während den gerichtlich vorzunehmenden Abklärungen ausreichend Kontakt zu ihrem Vater hätten. Dies vor allem auch deshalb, weil der Gesuchsgegner während des ehelichen Zusammenlebens eine wichtige Bezugsperson für die Kinder dargestellt und sich um deren tägliche Betreuung gekümmert habe. Ein gewisses Mindestmass an Kontakt sei daher unabdingbar, damit die Kinder den Vater nicht

als wichtige Bezugsperson verlieren würden bzw. plötzlich nur noch die Mutter als Ansprechperson fungiere. Dies würde klarerweise nicht im Kindesinteresse liegen. Zu berücksichtigen sei, dass solange die Gesuchstellerin im Frauenhaus weile, die Ausübung des begleiteten Besuchsrechts nur unter erschwerten Umständen möglich sei. So dürfe der Gesuchsgegner den Aufenthaltsort der Kinder nicht erfahren. Zudem sei gemäss telefonischer Auskunft vom 6. September 2016 von Frau H._____ vom Frauenhaus die Kontaktpflege zwischen Vater und Kinder über Medien mit Videofunktion innerhalb des Frauenhauses nicht möglich, ansonsten die Gefahr geschaffen würde, dass der Ort nicht geheim bleibe. Das begleitete Besuchsrecht sei deshalb während des Aufenthalts der Kinder im Frauenhaus auf einen Sonntagnachmittag zweimal im Monat festzusetzen. Umgehend nach dem Auszug der Gesuchstellerin mit den Kindern aus dem Frauenhaus sei es auf ein allwöchentliches Besuchsrecht jeweils an einem Tag pro Wochenende auszuweiten. Sodann könnten sich die Kinder und der Gesuchsgegner ab diesem Zeitpunkt via Medien mit Videofunktion austauschen. Entsprechend wurde der Gesuchsgegner für die Dauer des Eheschutzverfahrens für solange, als sich die Gesuchstellerin mit den Kindern im Frauenhaus befindet, für berechtigt erklärt, die Kinder zweimal im Monat jeweils am Sonntagnachmittag auf eigene Kosten begleitet zu treffen, wobei die begleitete Besuchszeit vom zu ernennenden Beistand unter Berücksichtigung der einzuhaltenden Hausregeln des Frauenhauses schnellst möglichst organisiert, festgelegt und überwacht werde solle. Dem Beistand wurde die Kompetenz zugesprochen, über die Art der Begleitung bzw. die Ernennung einer geeigneten Drittperson zu bestimmen. Vorbehalten wurden von der Vorinstanz weitergehende oder abweichende Besuchskontakte nach Absprache mit dem Beistand und der zuständigen Person im Frauenhaus. Für den Zeitpunkt, ab welchem die Gesuchstellerin mit den Kindern das Frauenhaus verlassen und eine eigene Wohnung bezogen haben wird, erklärte die Vorinstanz den Gesuchsgegner für die Dauer des Eheschutzverfahrens für berechtigt, die Kinder alternierend jeweils am Samstag bzw. am Sonntag tagsüber auf eigene Kosten begleitet zu treffen. Zudem sei der Gesuchsgegner ab diesem Zeitpunkt berechtigt, mit den Kindern zweimal pro Woche Kontakt über Skype, Face-Time oder ähnliche Medien mit Videofunktion aufzunehmen. Die Vorinstanz verfügte sodann,

dass der Beistand die begleitete Besuchszeit sowie die zusätzlichen Distanzkontakte organisiere, festlege und überwache. Der Beistand entscheide sodann über die Art der Begleitung bzw. die Ernennung einer geeigneten Drittperson. Auch diesbezüglich wurden weitergehende oder abweichende Besuchskontakte nach Absprache mit dem Beistand vorbehalten (Urk. 2 S. 17 f. und S. 27 f., Dispositivziffer 4).

2.3. Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Gefährdet ist das Wohl des Kindes, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung durch ein auch nur begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist. Als wichtiger Grund fällt insbesondere sexueller Missbrauch des Kindes in Betracht. Erforderlich ist sodann, dass dieser Bedrohung nicht durch geeignete andere Massnahmen begegnet werden kann. So können die befürchteten nachteiligen Auswirkungen des persönlichen Verkehrs für das Kind vielfach durch die persönliche Anwesenheit einer Drittperson (sog. begleitetes Besuchsrecht) in Grenzen gehalten werden (vgl. hierzu BGer 5A_505/2013 vom 20. August 2013, E. 2.3 mit Hinweisen).

2.4. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners ist derzeit von einem glaubhaften Verdacht mit Bezug auf sexuelle Handlungen mit oder vor C._____ auszugehen (Urk. 1 S. 9; vgl. die vorangehende Erwägung 1.4.2). Die Vorinstanz hat zu Recht für beide Kinder ein begleitetes Besuchsrecht angeordnet. Zuzufolge der Begleitung fallen Übernachtungen beim Gesuchsgegner einstweilen ausser Betracht. Indem die Vorinstanz dem Gesuchsgegner nach dem Auszug der Gesuchstellerin aus dem Frauenhaus ein Besuchsrecht von einem Tag pro Wochenende zuspricht, erhält er im Ergebnis gleich viele Tage, wie wenn er die Kinder jedes zweite Wochenende für rund zwei Tage sehen würde. Zudem kann er die Kinder

ab diesem Zeitpunkt zweimal pro Woche über Skype, Face-Time oder ähnliche Medien mit Videofunktion kontaktieren. Das dem Gesuchsgegner ab dem Auszug der Gesuchstellerin aus dem Frauenhaus zugesprochene Besuchsrecht erscheint unter den gegebenen Umständen als angemessen. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass die Begleitung der Besuche durch eine geeignete Drittperson gewährleistet sein muss oder die Besuche in einem Besuchstreff stattzufinden haben. Zusätzliche Besuchstage unter der Woche scheitern somit schon an der Kapazität der beteiligten Personen und Institutionen.

2.5. Die Gesuchstellerin hat sich bei einem glaubhaften Verdacht auf sexuelle Handlungen gegenüber einem ihrer Kinder in ein Frauenhaus begeben. Dies geschah auf Anraten der von ihr angegangenen Beratungsstelle hin, nachdem diese den Aufenthalt organisiert hatte (Urk. 1 S. 5). Anzeichen dafür, dass die Gesuchstellerin den Gang ins Frauenhaus ohne begründeten Anlass gewählt hätte (Urk. 1 S. 7), sind somit nicht ersichtlich. Es kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie schränke das Besuchsrecht des Gesuchsgegners und der Kinder durch eine "selbstgewählte Isolation" ein (Urk. 1 S. 8). Die Gesuchstellerin wird - wie bereits erwähnt - von der Sozialhilfe unterstützt. Sie ist Ausländerin und spricht schlechtes Deutsch. Es ist für sie bei dem in Zürich und Umgebung herrschenden Wohnungsmarkt nicht einfach, eine bezahlbare Unterkunft für sich und die Kinder zu finden. Anhaltspunkte dafür, dass die Gesuchstellerin nur noch im Frauenhaus weilt, damit das Kontaktrecht zum Gesuchsgegner eingeschränkt bleibt, sind nicht ersichtlich. Sie will gemäss eigenen Angaben eine Wohnung suchen (Prot. VI. S. 26). Während des Aufenthalts der Gesuchstellerin und der Kinder im Frauenhaus sind dessen Hausregeln, insbesondere diejenigen, welche zum Schutz der weiteren Mitbewohnerinnen und deren Kinder bestehen, einzuhalten. Die Regeln sind bei der Festsetzung des Besuchsrechts für die Dauer des Aufenthalts zu beachten. So ist die Kontaktaufnahme des Gesuchsgegners mit den Kindern über Medien wie Skype etc. im Frauenhaus nicht möglich (Urk. 5/16 S. 1). Der Gesuchsgegner darf zwecks Wahrung der Geheimhaltung der Adresse des Frauenhauses den Aufenthaltsort der Kinder nicht erfahren und die Besuche können nicht im Frauenhaus stattfinden (Urk. 5/16 S. 2). Unter diesen Umständen ist es für den Beistand schwierig, innert Kürze eine von beiden Parteien akzeptierte,

geeignete Drittperson zu bestimmen, welche die Kontakte zwischen dem Vater und den Kindern begleitet. Aus den von der Vorinstanz angegebenen Gründen (vgl. Urk. 2 S. 18 f. lit. c) ist es aber notwendig, dass so bald als möglich wieder Kontakte zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern stattfinden können. Realistischerweise müssen daher die nunmehr aufzunehmenden begleiteten Kontakte - zumindest vorerst - in einem Besuchstreff stattfinden. Die Besuchstreffen haben regelmässig kaum Kapazität für mehr als zwei Besuche pro Monat. Kommt hinzu, dass der Gesuchsgegner die Kinder - soweit bekannt - seit mehr als fünf Monaten nicht mehr gesehen hat. Es erscheint angezeigt, dass die Wiederaufnahme des Kontakts mit der heute rund viereinhalb Jahre alten C._____ und dem zweieinhalb Jahre alten D._____ - gerade auch im Hinblick auf den bestehenden Verdacht der sexuellen Handlungen gegenüber C._____ - behutsam geschieht. Im Ergebnis erscheint das von der Vorinstanz für die Dauer des Verbleibs der Gesuchstellerin und der Kinder im Frauenhaus festgesetzte Besuchsrecht von einem Nachmittag alle zwei Wochen als angemessen. Zumal weitergehende Besuchskontakte nach Absprache mit dem Beistand und der zuständigen Person im Frauenhaus möglich sind.

2.6. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Gründe ersichtlich sind, um von der Vorinstanz getroffenen Besuchsrechtsregelung abzuweichen. Entsprechend ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen.

III.

1. Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 1'200.- festgesetzt und ausgangsgemäss dem Gesuchsteller auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung abgewiesen (vgl. die vorangehenden Erwägungen unter II.; Art. 117 lit. b ZPO).

2. Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterliegens, der Gesuchstellerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO; Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Die Gesuche des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege und um Bestellung von lic. iur. X. _____ als unentgeltlichen Rechtsbeistand werden abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.
3. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

und sodann erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage des Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (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, 7. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am: sf