

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LP100087-O/U

Mitwirkend: der Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, die Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und der Oberrichter Dr. M. Kriech sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke.

Beschluss vom 4. September 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

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

Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 28. Oktober 2010 (EE100071)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien standen seit 9. April 2010 vor Vorinstanz im Eheschutzverfahren (Vi-Urk. 1). Mit Verfügung vom 28. Oktober 2010 regelte die Vorinstanz das Getrenntleben der Parteien u.a. wie folgt (Urk. 3):

3. Der Sohn C._____, geb. tt.mm.2006, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Beklagten gestellt.
4. Der Kläger wird für berechtigt erklärt, den Sohn C._____ jeden zweiten Sonntag zwischen 10.00 Uhr und 18.00 Uhr zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen.
5. Über den Sohn C._____ wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet.
[...] Dem Beistand wird ausserdem die Kompetenz übertragen, über eine Ausdehnung des Besuchsrechts des Klägers zu entscheiden.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten [...] Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'550.-- zzgl. allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen (davon Fr. 1'000.-- zzgl. [...] Kinderzulagen für den Sohn C._____) zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus ab 1. April 2010.
18. Dem Rekurs wird die aufschiebende Wirkung im Sinne von § 275 Abs. 2 ZPO/ZH entzogen.

2. Hiergegen hat der Kläger am 18. November 2010 rechtzeitig (vgl. Vi-Urk. 47) Rekurs erhoben und diesen am 8. Dezember 2010 ergänzend begründet. Die Rekursanträge lauten (Urk. 2 S. 2, Urk. 6 S. 2):

"I. Hauptanträge

1. Es sei Ziffer 3 des Dispositives der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei die elterliche Obhut über den Sohn C._____, geb. tt.mm.2006, dem Rekurrenten zu erteilen.
2. Es sei die Rekursgegnerin berechtigt zu erklären, den Sohn C._____ am ersten und dritten Wochenende jeden Monats zu sich oder mit sich auf ihre Kosten zu Besuch zu nehmen von Freitagabend 18.00 Uhr bis Sonntagabend 20.00 Uhr. Die Gesuchsgegnerin sei ferner berechtigt zu erklären, den Sohn in den Jahren mit gerader Jahreszahl an Pfingsten und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl an Ostern zu sich oder mit sich auf ihre Kosten zu Besuch zu nehmen und sie sei berechtigt zu erklären, während drei Wochen / Jahr mit dem Sohn die Ferien zu verbringen.
3. Die Rekursgegnerin sei mangels Leistungsfähigkeit nicht zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen für den Sohn C._____ zu verpflichten.

II. Eventualanträge

1. Wird der Sohn C._____ unter der Obhut der Rekursgegnerin belassen, so sei Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und der Rekurrent sei berechtigt zu erklären, den Sohn C._____ am ersten und dritten Wochenende jeden Monats zu sich oder mit sich auf seine Kosten zu Besuch zu nehmen, ferner an Ostern in den Jahren mit gerader Jahreszahl, an Pfingsten in den Jahren mit ungerader Jahreszahl. Ferner sei dem Rekurrenten das Recht einzuräumen, mit dem Sohn während 14 Tagen / Jahr Ferien zu verbringen.
2. Ziff. 7 der angefochtenen Verfügung sei in dem Sinne aufzuheben, als der Rekurrent zu verpflichten sei, Fr. 3'220.-- ab 1.1.2011, davon Fr. 1'000.-- für C._____ zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen.

III. Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Bestellung einer unentgeltlichen Vertreterin im Rekursverfahren in der Person der unterzeichnenden Rechtsanwältin."

3. Die Rekursantwort der Beklagten, mit dem Antrag auf kostenfällige Abweisung des Rekurses, datiert vom 20. Dezember 2010 (Urk. 10). Die Rekursantwort samt Beilagen wurde dem Kläger zugestellt (Urk. 13).

4. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet (Urk. 9).

II.

1. a) Am 1. Januar 2011 ist die neue eidgenössische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss deren Übergangsbestimmungen (Art. 404 f. ZPO) bleiben jedoch für das vorliegende Rekursverfahren die bisherigen zürcherischen Zivilprozessgesetze (ZPO/ZH und GVG/ZH) anwendbar.

b) Für die summarische Verfahrensnatur und die sich daraus ergebenden Konsequenzen kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 3 S. 3 f.; § 161 GVG/ZH).

2. Obhut

a) Die Vorinstanz bejahte nach ausführlichen Erwägungen die Erziehungsfähigkeit beider Parteien grundsätzlich; die Beklagte habe zwar Defizite in der Umsetzung einer der hiesigen Kultur entsprechenden Erziehung, sei aber gewillt, diese wettzumachen und es lasse sich nicht feststellen, dass die Erziehungs-

fähigkeit auf Seiten des Klägers in einem eindeutig grösseren Ausmass als bei der Beklagten vorliege. Der gemeinsame Sohn der Parteien habe einen Halbbruder, dessen Sorgerecht allein die Beklagte habe; um eine Trennung der Halbgeschwister zu verhindern, müsse der Sohn in der Obhut der Beklagten bleiben. Beide Parteien hätten gute persönliche Beziehungen zu den Kindern. Die Beklagte könne den Sohn zeitlich umfassender als der Kläger persönlich betreuen. Die Obhut sei daher der Beklagten zuzuteilen (Urk. 3 S. 6.12).

b) Hinsichtlich der allgemeinen Kriterien zur Obhutzuteilung kann vorab auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 3 S. 5 f.; § 161 GVG/ZH). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass im Eheschutzverfahren grundsätzlich Regelungen für einen beschränkten Zeithorizont zu treffen sind, weshalb dem Kriterium der Fortführung der Verhältnisse – ausgehend von der bisher gelebten Aufgabenteilung – besondere Bedeutung zukommt.

c1) Hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit macht der Kläger rekursweise geltend, die Beklagte sei auf Hilfe Dritter angewiesen, wogegen bei einer Zuteilung an ihn der Staat solche Hilfen nicht bezahlen müsste; die Erziehungsfähigkeit sei damit nicht bei beiden Parteien in gleichem Mass vorhanden (Urk. 2 S. 4). Damit ist ohne weiteres davon auszugehen, dass die Beklagte mit der entsprechenden, im Rekursverfahren nicht umstrittenen Hilfe in der Lage ist, den Sohn kindsgerecht zu betreuen. Ob die Erziehungsfähigkeit bei beiden Parteien in genau gleichem Masse vorhanden ist, ist dagegen nicht ausschlaggebend; es reicht, wenn die allgemeine Erziehungsfähigkeit – wie vorliegend auch bei der Beklagten – in einem dem Kindeswohl dienenden Mass vorhanden ist.

c2) Der Kläger macht rekursweise geltend, die Beklagte habe seit Einleitung des Eheschutzverfahrens nie Hand zu einem normalen Besuchskontakt zwischen ihm und dem Sohn geboten; es mangle ihr an der Kooperationsfähigkeit. Der Sohn werde zur Durchsetzung finanzieller Forderungen benützt und beeinflusst (Urk. 2 S. 6 f.). Letzteres wird zwar von der Beklagten "vehement" bestritten (Urk. 10 S. 9), allerdings vermag die Bestreitung angesichts dessen, dass es möglich sei, dass der Sohn "etwas von den finanziellen Sorgen der [Beklagten] mitbekommen" habe (Urk. 10 S. 9), nicht zu überzeugen. Dass die Beklagte dem

Kläger keine unbegleiteten Kontakte zum Sohn ermöglicht hat, räumt sie sodann ebenso ein (Urk. 10 S. 8 f.). In dieser Hinsicht sind bei der Erziehungsfähigkeit der Beklagten zwar deutliche Defizite auszumachen, doch erreichen diese nicht ein Mass, welches das sonst eindeutige Ergebnis umstossen könnten.

c3) Dass die Beklagte dem Sohn in der Schule unbestrittenermassen (Urk. 2 S. 7, Urk. 10 S. 10) nicht wird helfen können, ist angesichts des Alters des Sohne und des Regelungshorizonts des vorliegenden Eheschutzverfahrens bis auf weiteres nicht von Bedeutung.

d) Dass die beiden Halbbrüder nicht getrennt werden sollten und die Beklagte die elterliche Sorge über den Halbbruder hat, anerkennt grundsätzlich auch der Kläger; er macht diesbezüglich geltend, mit einem kooperativeren Verhalten der Beklagten könnten sich die Halbbrüder auch dann häufig sehen, wenn der Sohn unter seiner Obhut sei (Urk. 2 S. 4 f.). In Übereinstimmung mit den vorinstanzlichen Erwägungen und den Empfehlungen der Vormundschaftsbehörde (Urk. 35 S. 2: "Die beiden Halbgeschwister gehören zusammen und brauchen einander") sind die Halbbrüder nicht ohne Vorliegen gewichtiger Gründe zu trennen; solche liegen jedoch nicht vor.

e) Zur Möglichkeit der persönlichen Betreuung macht der Kläger im Wesentlichen geltend, er sei dazu ebenso sehr wie die Beklagte in einer dem Kindeswohl dienenden Weise imstande (Urk. 2 S. 5 f.). Dies mag sein, braucht jedoch nicht weiter geprüft zu werden, denn dieses Kriterium ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung und war es entgegen dem Beklagten (Urk. 2 S. 5) auch nicht für die Vorinstanz (dort war es die Nicht-Trennung der Halbbrüder, vgl. Urk. 3 S. 10 Erw. II.3.b a.E.).

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Parteien bis zur Trennung eine klassische Rollenverteilung gelebt haben, wonach die Erwerbstätigkeit primär dem Kläger und die Haushaltführung und Kindererziehung primär der Beklagten oblag; diese ist daher – auch wenn sich der Kläger ebenfalls an der Erziehung beteiligt hat – als bisherige Hauptbezugsperson des Sohnes anzusehen. Die Erziehungsfähigkeit beider Parteien liegt grundsätzlich vor; auch auf Seiten der Be-

klagen sind die Defizite nicht derart, dass das Kindeswohl gefährdet wäre. Bei einem Verbleiben des Sohnes in der Obhut der Beklagten ist die Kontinuität besser gewährleistet. Ausschlaggebend ist schliesslich, dass nur mit einer Obhutszuteilung an die Beklagte der Sohn weiterhin mit seinem Halbbruder zusammenleben kann. Die Obhutszuteilung an die Beklagte ist somit zu bestätigen und der Rekurs diesbezüglich abzuweisen.

3. Besuchsrecht

a) Die Vorinstanz folgte für die Dauer des Besuchsrechts im Wesentlichen den Vorbringen der Beklagten, wonach der Sohn seit dem Vorfall vom 13. Juni 2010 – der Kläger hatte versucht, den Sohn eigenmächtig zu sich zu holen, was zu Gewaltschutzmassnahmen führte (Vi-Urk. 36/32), wogegen die von der Beklagten angestrebte Strafuntersuchung wegen Drohung eingestellt wurde (Urk. 4/1) – traumatisiert sei, ein erster Kontakt unter Aufsicht stattfinden müsse und ein Beistand bei positivem Verlauf die Kontakte bis auf zwei Wochenenden pro Monat ausbauen könne (Urk. 3 S. 13).

b) Für die allgemeinen Bemessungskriterien kann vorab auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 3 S. 12; § 161 GVG). Zu korrigieren sind diese jedoch dahingehend, dass es keine allgemeine Regel gibt, das Besuchsrecht für Kinder im Vorschulalter auf ein bis zwei Halbtage monatlich zu beschränken. Massgebend ist das bis zur Trennung gelebte Verhältnis zwischen nicht obhutsberechtigtem Elternteil und Kind: Wurde früher viel Zeit miteinander verbracht, soll dies – wenn auch naturgemäss eingeschränkt – auch weiterhin ermöglicht werden; bei in dieser Hinsicht guten Verhältnissen geht die Tendenz heute auch bei Kindern im Vorschulalter (soweit sie dem Kleinkindalter entwachsen sind) in Richtung zwei Wochenenden pro Monat mit je zwei Übernachtungen. Immer aber sind, wie dies schon die Vorinstanz korrekt dargelegt hat, die Verhältnisse des einzelnen Falles zu prüfen. Zu ergänzen ist sodann, dass die Regelung des Besuchsrechts bzw. persönlichen Verkehrs im Eheschutzverfahren grundsätzlich dem Gericht obliegt (Art. 176 Abs. 3 i.V.m. Art. 275 Abs. 2 ZGB) und nicht an einen Beistand oder Dritte zu delegieren ist.

c) Vorliegend war das Verhältnis zwischen Kläger und Sohn bis zur Trennung unbestrittenermassen gut. Die von der Beklagten als kritisch angesehenen ersten Kontakte müssen heute längst erfolgt sein, was doch der angefochtene Entscheid zufolge des vorinstanzlichen Entzugs der aufschiebenden Wirkung eines Rekurses sofort vollstreckbar (Urk. 3 Disp.-Ziff. 18). In ihrer Rekursantwort trägt die Beklagte vor, eventuell sei das Besuchsrecht vom vierten Monat ab Wiederaufnahme der Besuchskontakte auf zwei Wochenende pro Monat auszudehnen (Urk. 10 S. 14); auch dieser Zeitpunkt liegt heute in der Vergangenheit. Da das Besuchsrecht ohnehin nur für die Zukunft geregelt werden kann, ist dieses daher, wie beidseits beantragt (Urk. 2 S. 2; auf Seiten der Beklagten als Eventualantrag, Urk. 10 S. 14), auf das erste und dritte Wochenende pro Monat festzusetzen. Hinsichtlich der konkreten Zeiten hat der Kläger keinen Antrag gestellt und sich dazu nicht geäußert; die Beklagte beantragt (eventualiter) die Festsetzung von Samstag, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr (Urk. 10 S. 14). Angesichts des Alters des Sohnes (am tt.mm.2011 fünf Jahre alt geworden), der bisher eingeschränkten Kontakte und des beschränkten Regelungshorizontes des Eheschutzverfahrens erscheint dies angemessen und ist daher, in entsprechender teilweiser Gutheissung des Rekurses, so zu regeln.

d) Trotz des an sich beschränkten Regelungshorizontes eines Eheschutzverfahrens wird auch in diesem dem nicht obhutsberechtigten Elternteil regelmässig ein Feiertags- und – wenigstens bei nicht mehr ganz kleinen Kindern – ein Ferienbesuchsrecht eingeräumt. Zwar hat der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren keine entsprechenden Anträge gestellt, er stellt diese nun aber im Rekursverfahren, was wegen der in Kinderbelangen herrschenden *Offzialmaxime* zulässig ist. Es liegen keine Gründe vor, die gegen eine solche Einräumung sprechen würden; auch von der Beklagten wird in dieser Hinsicht nichts vorgebracht. Dem Kläger ist daher das von ihm beantragte und zwar eher am unteren Rahmen liegende, aber noch angemessen erscheinende Feiertags- und Ferienbesuchsrecht einzuräumen. Für das Ferienbesuchsrecht ist eine Ankündigungsfrist von – mangels anderer Angaben der Parteien – gerichtüblichen drei Monaten vorzusehen.

e) Dispositiv Ziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung wurde von keiner der Parteien angefochten, weshalb infolge Teilrechtskraft (§ 275 Abs. 1 ZPO/ZH) eine Korrektur derselben aus formellen Gründen nicht möglich ist, auch wenn die zuständige Vormundschaftsbehörde (ebenfalls) der Ansicht ist, dem Beistand komme die Kompetenz zur Ausdehnung des Besuchsrechts nicht zu und diesem daher keine entsprechenden Kompetenzen eingeräumt hat (Vi-Urk. 49 S. 2 und Dispositiv; vgl. oben Erw. 3.b).

4. Unterhaltsbeiträge

a) Die Vorinstanz hatte nach einer Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf den Kläger zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte von insgesamt Fr. 3'550.--, davon Fr. 1'000.-- für den Sohn, je zuzüglich Kinderzulagen, verpflichtet (Urk. 3 S. 14-19). Im Rekursverfahren umstritten sind das Einkommen des Klägers sowie zwei Positionen aus dessen Bedarf.

b) Die Vorinstanz ging von einem Netto-Monatseinkommen des Klägers von Fr. 6'113.75 zuzüglich Kinderzulagen aus, woraus sie unter Einbezug des 13. Monatslohns ein Einkommen von Fr. 6'623.-- errechnete (Urk. 3 S. 15). Die Beklagte macht geltend, das Einkommen des Klägers betrage Fr. 6'644.--, da beim 13. Monatslohn keine Abzüge für die berufliche Vorsorge vorgenommen würden (Urk. 10 S. 15).

Die Vorinstanz ist für die Berechnung des Einkommens nach bewährter Gerichtspraxis – Hinzurechnung eines Zwölftels zum tatsächlich ausbezahlten Nettolohn – vorgegangen. Angesichts dessen, dass Unterhaltsbeiträge im summarischen Verfahren nach Recht und Billigkeit festzusetzen sind und schon von der Verfahrensnatur her nie das Ergebnis exakter Berechnungen auf genauen Grundlagen darstellen (können), ist die vorinstanzliche Berechnungsweise nicht zu beanstanden. Hinzu kommt, dass der 13. Monatslohn einen regelmässigen Lohnbestandteil darstellt, der im Rahmen des Obligatoriums der beruflichen Vorsorge in den Jahreslohn aufzunehmen ist (Brechtbühl, in: Schneider/Geiser/Gächter, Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 7 N 45). Ein seit Januar 2011 höheres Einkommen des Klägers wurde nicht substantiiert (vgl. Urk. 2 S. 15). Es bleibt

damit beim vorinstanzlich berücksichtigten massgeblichen Einkommen des Klägers von Fr. 6'623.--.

c) Die Vorinstanz berücksichtigte für – nach Abzug der Prämienverbilligung verbleibende – Krankenkassenkosten Fr. 86.-- (Urk. 3 S. 16). Der Kläger macht rekursweise geltend, die Krankenkassenprämie habe sich ab Januar 2011 auf Fr. 209.20 erhöht (Urk. 2 S. 10).

Die neue Jahresprämie ist zwar an sich ausgewiesen (Urk. 4/2), doch erhält der Kläger Prämienverbilligung (vgl. Vi-Urk. 16/3), deren Höhe für das laufende Jahr er nicht angibt. Es bleibt damit bei den von der Vorinstanz berücksichtigten Krankenkassenkosten.

d) Die Vorinstanz erwog, dass der Kläger für seinen Arbeitsweg wegen Pikett- und Notfalleinsätzen auf ein Auto angewiesen sei; sie berücksichtigte dafür die vom Kläger geltend gemachten Fr. 80.-- (Urk. 3 S. 16). Der Kläger macht rekursweise Arbeitswegkosten von Fr. 400.-- geltend; er begründet dies damit, dass die von ihm vorinstanzlich geltend gemachten Kosten ein Fehler gewesen seien, das neue Vorbringen aber zufolge der Offizialmaxime berücksichtigt werden könne (Urk. 2 S. 10). Die Beklagte bezeichnet das neue Vorbringen als verspätet; die Offizialmaxime gelte nicht zulasten des Kindes (Urk. 10 S. 15).

Dass der Kläger beruflich auf ein Motorfahrzeug angewiesen ist, wird von der Beklagten im Rekursverfahren nicht als unzutreffend gerügt (Urk. 10 S. 14 f.). Entgegen der Beklagten wäre die Untersuchungsmaxime sodann auch zugunsten des Unterhaltsschuldners anzuwenden (BGE 128 III 411), wenn sie zur Anwendung käme. Wenn Unterhaltsbeiträge für den obhutsberechtigten Ehegatten und das Kind festzulegen sind, bilden diese mit Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners zwar ein einheitliches Ganzes (Gesamtunterhaltsbeitrag), weshalb praxisgemäss zumindest erstinstanzlich die Untersuchungsmaxime umfassend zur Anwendung gelangt. Im Rechtsmittelverfahren ist dies aber nur noch der Fall, wenn der erstinstanzlich festgesetzte Kinderunterhalt die Bedürfnisse des Kindes nicht ausreichend abdeckt. Im vorliegenden Rekursverfahren sind einzig die Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich umstritten; der Unter-

haltsbeitrag für den Sohn wurde nicht angefochten und aufgrund von dessen Höhe von Fr. 1'200.-- pro Monat (inklusive Kinderzulage von Fr. 200.--, vgl. Vi-Urk. 16/1) ist ohne weiteres davon auszugehen, dass damit die daraus zu deckenden Bedürfnisse des Sohnes ausreichend abgedeckt werden. Auf die zweitinstanzlich umstrittenen Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich kommt damit ausschliesslich die Verhandlungsmaxime zur Anwendung. Die neue Behauptung der tatsächlich höheren Kosten für den Arbeitsweg erweist sich damit als nicht mehr zulässig (§ 278 i.V.m. § 267 und § 115 ZPO). Es bleibt bei den erstinstanzlich berücksichtigten Kosten.

e) Die Vorinstanz setzte den Beginn der Unterhaltspflicht auf den 1. April 2010 fest (Urk. 3 S. 19 und Disp.-Ziff. 7). Der Kläger stellt rekursweise den Antrag, er sei zur Zahlung von tieferen Unterhaltsbeiträgen ab 1. Januar 2011 zu verpflichten (Urk. 2 S. 2).

Aufgrund der Formulierung des Rekursantrags Ziff. II.2 ist nicht davon auszugehen, dass damit der Beginn der Unterhaltspflicht angefochten werden soll, sondern dass der Kläger die vorinstanzlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge bis 31. Dezember 2010 anerkennt und erst ab Januar 2011 die von ihm beantragten tieferen Unterhaltsbeiträge verlangt; hierfür spricht, dass er das von ihm geltend gemachte höhere Existenzminimum ab 1.1.2010 [recte: 1.1.2011] behauptet und offensichtlich nicht der Meinung ist, bis dann überhaupt keine Unterhaltsbeiträge bezahlen zu müssen (vgl. Urk. 2 S. 10). Dies kann jedoch offen bleiben, denn auch wenn der Beginn der Unterhaltspflicht hätte angefochten werden sollen, würde es aufgrund dessen, dass ein späterer Beginn im Rekurs mit keinem Wort begründet wurde (Urk. 2 pass., beso. S. 10), beim erstinstanzlich festgelegten Beginn bleiben.

f) Nach dem Gesagten ist die vorinstanzliche Unterhaltsregelung vollumfänglich zu bestätigen und der Rekurs diesbezüglich abzuweisen.

5. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen sind nicht angefochten.

III.

1. Die Kosten für Kinderbelange (Obhut und Besuchsrecht) sind in Anwendung von § 64 Abs. 3 ZPO/ZH praxisgemäss (ZR 84/1985 Nr. 41) beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wenn diese gute Gründe für ihre Rechtspositionen hatten, was vorliegend ohne weiteres zu bejahen ist. Der Kläger unterliegt zwar in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge, doch fällt dies sowohl betrags- wie aufwandmässig nicht ins Gewicht. Insgesamt ist bei keiner der Parteien ein deutlich überwiegendes Obsiegen oder Unterliegen auszumachen, weshalb die Kosten des Rekursverfahrens beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen sind.

2. Demgemäss ist keiner der Parteien eine Prozessentschädigung zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

3. Die Vorinstanz hatte beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung bewilligt (Urk. 3 Disp.-Ziff. 12). Es besteht kein Grund für einen davon abweichenden Entscheid für das zweitinstanzliche Verfahren (§ 90 Abs. 2 ZPO/ZH).

Es wird beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses des Klägers wird Dispositiv-Ziffer 4 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 28. Oktober 2010 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"4. Der Kläger wird für berechtigt erklärt, den Sohn C._____ je am ersten und dritten Wochenende jeden Monats von Samstag, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist der Kläger berechtigt, den Sohn C._____ in den Jahren mit gerader Jahreszahl an Ostern und in den Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingsten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem ist der Kläger berechtigt, den Sohn C._____ für zwei Wochen pro Jahr zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Der Kläger hat die Ausübung des Ferienbesuchsrechts der Beklagten mit einer Frist von drei Monaten im Voraus anzukündigen."

Im Übrigen wird der Rekurs des Klägers abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden beiden Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Für das Rekursverfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an den Beistand D._____, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am: js