

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130001-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 26. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 22. Januar 2013 (FE120073)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. August 2008. Aus der Ehe ging das Kind C._____, geboren am tt.mm.2009, hervor. Am 7. März 2012 (Datum Poststempel) reichten die Parteien bei der Vorinstanz ein vom 6. März 2012 datierendes gemeinsames Scheidungsbegehren mit umfassender Einigung über die Scheidungsfolgen ein (Vi Urk. 1). Anlässlich einer ersten Anhörung vom 21. Juni 2012 wurde die Scheidungskonvention unter Mitwirkung der Vorinstanz überarbeitet, nachdem die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchstellerin) Bedenken angemeldet hatte (Prot. I S. 7 f.). Der Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend: Gesuchsteller) unterzeichnete die überarbeitete Konvention sogleich und bestätigte in der getrennten Anhörung, dass sein Scheidungswille sowie seine Zustimmung zur Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen würden (Prot. I S. 9). Die Gesuchstellerin erklärte, sie könne die Konvention nicht unterzeichnen, und erbat sich weitere Bedenkzeit. Am 29. Juni 2012 überbrachte sie der Vorinstanz die von ihr unterzeichnete Konvention (Vi Urk. 17). Mit Eingabe vom 2. Juli 2012 erklärte die Gesuchstellerin, dass sie ihre Zustimmung zum gemeinsamen Scheidungsbegehren widerrufe, da sie die Scheidung nie richtig gewollt habe (Vi Urk. 19). Am 20. Juli 2012 teilte der Gesuchsteller der Vorinstanz telefonisch mit, dass er mit der Konvention nun ebenfalls nicht mehr einverstanden sei (Vi Urk. 20). Am 3. August 2012 meldete sich wiederum die Gesuchstellerin per Telefon bei der Vorinstanz, um mitzuteilen, dass sie nun doch die Scheidung wolle (Vi Urk. 21). Mit Eingabe vom 13. August 2012 stellte die nunmehr anwaltlich vertretene Gesuchstellerin ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Vi Urk. 28). Mit Verfügung vom 16. August 2012 wies die Vorinstanz das Gesuch insoweit ab, als es auf die superprovisorische Obhutszuteilung abzielte (Vi Urk. 30). Am 10. September 2012 fand nach einmaliger Verschiebung eine erste Verhandlung über die beantragten vorsorglichen Massnahmen statt (Prot. I S. 13 ff.). Auch der Gesuchsteller hatte zwischenzeitlich eine Rechtsvertreterin mandatiert (Vi Urk. 32). Anlässlich der Verhandlung

schlossen die Parteien eine vorläufige Vereinbarung über die Kinderbelange und den Unterhalt; das Massnahmeverfahren sollte einstweilen sistiert werden (Vi Urk. 40). Mit Eingabe vom 18. September 2012 teilte die Gesuchstellerin mit, dass die Vereinbarung nicht eingehalten werden könne (Vi Urk. 44). Nach einer weiteren Verschiebung konnte das Massnahmeverfahren am 11. Dezember 2012 mit einer weiteren Verhandlung fortgesetzt werden (Prot. I S. 26 ff.). Am Ende jener Verhandlung bestätigte die Gesuchstellerin in getrennter Anhörung ihren Scheidungswillen (Prot. I S. 35). Am 22. Januar 2013 erliess die Vorinstanz folgenden Massnahmeentscheid (Vi Urk. 64 = Urk. 2):

- "1. Es wird vorgemerkt, dass die Parteien zum Getrenntleben berechtigt sind und bereits getrennt leben.
2. Das Kind C._____, geboren am tt.mm.2009, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Der Gesuchsteller ist berechtigt, während der Dauer des Getrenntlebens das Kind C._____ am ersten und dritten Wochenende jedes Monats von jeweils Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, sowie in geraden Jahren an Ostern, in ungeraden Jahren an Pfingsten und in jedem Jahr am zweiten Weihnachtstag auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen und es ausserdem für zwei Wochen jährlich auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen.
4. Für das Kind C._____, geboren am tt.mm.2009, wird eine Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet.
Der Beistand wird beauftragt:
 - das in Dispositivziffer 3 dieser Verfügung angeordnete Besuchsrecht zu überwachen;
 - die für eine kindsgerechte Durchführung des Besuchsrechts notwendigen Modalitäten (wie z.B. Festlegung von Übergabeort/-zeit) für die Eltern verbindlich festzulegen;
 - als neutrale Drittperson den Eltern mit Bezug auf das Besuchsrecht beratend beizustehen;
 - das Nachholen von Besuchstagen bei Verhinderung etc. für die Eltern verbindlich festlegen.
5. Die KESB D._____ wird ersucht, einen Besuchsrechtsbeistand gemäss Dispositivziffer 4 vorstehend zu ernennen.
6. Die eheliche Wohnung an der E._____-Strasse ... in F._____ wird mitsamt Hausrat für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller zur alleinigen Benutzung zugewiesen.
7. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin auf erstes Verlangen folgende Gegenstände aus der ehelichen Wohnung auszuhändigen: Gesundheits-

matratze, Rütimann Schränke, Büropult, Gästezimmerbett, Bücherregal, Schublademöbel in Küche, Hälfte Geschirr, Besteck, Küchenutensilien.

8. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Kind C._____ ab 1. Februar 2013 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.–, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, jeweils auf den ersten eines Monats im Voraus, zu bezahlen.
9. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. Februar 2013 monatliche Unterhaltsbeiträge für sie persönlich von Fr. 1'600.–, jeweils auf den ersten eines Monats im Voraus, zu bezahlen.
10. Die vorsorglichen Massnahmebegehren Ziffern 5 und 6 (Einholung psychiatrischer Gutachten) sowie Ziffer 7 (Persönlicher Unterhalt) des Gesuchstellers werden abgewiesen.
11. ... (Mitteilungssatz)
12. ... (Rechtsmittel)"

2. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob der Gesuchsteller am 31. Januar 2013 Berufung mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei Ziffer 2 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:
'Das Kind C._____, geb. tt.mm.2009, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Gesuchstellers gestellt.'
2. Es sei Ziffer 3 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:
'Die Gesuchstellerin ist berechtigt, während der Dauer des Getrenntlebens das Kind C._____ am ersten und dritten Wochenende jedes Monats von jeweils Samstag, 9 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr, sowie in geraden Jahren an Ostern, in ungeraden Jahren an Pfingsten und in jedem Jahr am zweiten Weihnachtstag auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen und es ausserdem für zwei Wochen jährlich auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen.'
3. Es sei Ziffer 8 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:
'Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das Kind C._____ ab 1. Februar 2013 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'047.65 zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, jeweils auf den ersten eines Monats im Voraus, zu bezahlen.'
4. Es sei Ziffer 9 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:
'Das vorsorgliche Massnahmebegehren Ziffer 4 (recte Ziffer 5 betr. persönlichen Unterhalt für die Gesuchstellerin) der Gesuchstellerin wird abgewiesen.'
5. Es sei Ziffer 10 des vorinstanzlichen Entscheids aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:

'a) Es wird zur Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge, der Obhutszuteilung, der Regelung des Besuchsrechts und zum allfälligen Erlass von Kinderschutzmassnahmen nach Rechtskraft der Scheidung ein kinderpsychologisches Gutachten über das Kind C._____, geb. tt.mm.2009, eingeholt.

b) Es wird bezüglich der Gesuchstellerin ein erwachsenenpsychiatrisches Gutachten eingeholt.

c) Es wird festgestellt, dass die Gesuchstellerin im Grundsatz verpflichtet ist, persönliche Unterhaltsbeiträge an den Gesuchsteller zu leisten. Infolge mangelnder Leistungsfähigkeit wird einstweilen davon abgesehen, einen persönlichen Unterhaltsbeitrag festzusetzen.'

6. Falls das Gericht im Grundsatz der Vorinstanz folgt, sei die Ziffer 9 des vorinstanzlichen Entscheids wie folgt abzuändern:

'Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. Februar 2013 monatliche Unterhaltsbeiträge für sie persönlich von Fr. 1'520.-, jeweils auf den ersten eines Monats im Voraus, zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MwSt zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Überdies stellte er ein Gesuch um Aufschub der Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides sowie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung (S. 3). Mit Verfügung vom 6. Februar 2013 wies der Kammerpräsident das Gesuch um aufschiebende Wirkung ab (Urk. 5). Die Berufungsantwort datiert vom 25. Februar 2013 (Urk. 7). Die Gesuchstellerin beantragte darin die vollumfängliche Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers. Überdies stellte auch sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung (S. 2). Es folgte am 22. März 2013 eine Stellungnahme des Gesuchstellers (Urk. 11). Am 16. April 2013 gelangte der Gesuchsteller mit einer weiteren Eingabe an die Kammer (Urk. 15). Die Gesuchstellerin nahm am 3. Mai 2013 dazu Stellung (Urk. 20). Mit Schreiben vom 21. Mai 2013 leitete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde D.____ der Vorinstanz eine Gefährdungsmeldung betreffend das Kind C._____ weiter (Urk. 25). Eine Kopie der Meldung gelangte via Vorinstanz an die erkennende Kammer, welche die Unterlagen beiden Parteien zustellte. Die Gesuchstellerin nahm am 30. Mai 2013 dazu Stellung (Urk. 29). Mit Eingaben vom 30. Mai 2013 (Urk. 32) sowie vom 18. Juni 2013 (Urk. 35) reichte der Gesuchsteller sodann weitere Unterlagen ein. Sämtliche Eingaben der Parteien wurden der Gegenseite jeweils zur Kenntnisnahme zugestellt. Die letzte Ein-

gabe des Gesuchstellers ist der Gesuchstellerin ausnahmsweise zusammen mit dem heutigen Endentscheid zuzustellen.

II.

1. Die Parteien wurden durch die Vorinstanz bereits mehrfach angehört. Schon in der ersten getrennten Anhörung vom 21. Juni 2012 äusserte sich die Gesuchstellerin allerdings nicht klar zum Scheidungswillen und meldete zudem Bedenken hinsichtlich der vereinbarten Betreuungsregelung an (Prot. I S. 7 f.). Die Konvention wurde danach umfassend überarbeitet. Der Gesuchsteller erklärte sein Einverständnis zur überarbeiteten Version, auch in der getrennten Anhörung (Prot. I S. 9). Die Gesuchstellerin brauchte zunächst Bedenkzeit, hat die Konvention einige Tage später dann aber doch noch unterzeichnet (Vi Urk. 17). Zur Frage, ob ihre Zustimmung zur Konvention auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhe, wurde die Gesuchstellerin bislang noch nicht angehört. In der zweiten Anhörung vom 11. Dezember 2012 kam nur der Scheidungswille, nicht aber die Vereinbarung zur Sprache (Prot. I S. 35). Immerhin wollte die Gesuchstellerin diese kurz nach der Unterzeichnung noch widerrufen (Vi Urk. 19). Der Gesuchsteller auf der anderen Seite hat nach der ersten Anhörung seine Zustimmung zu den gemeinsamen Anträgen hinsichtlich der Kinderbelange zurückgezogen (Vi Urk. 20). Weiter fällt auf, dass in der Verhandlung vom 10. September 2012 beide Parteien zum Ausdruck brachten, dass sie die Ehe noch nicht für gescheitert hielten (Prot. I S. 20 f.). Falls die Parteien an ihrem gemeinsamen Scheidungsbegehren festhalten sollten, wird sich die Vorinstanz – allenfalls nach einer weiteren Anhörung – die Frage stellen müssen, ob sie das Verfahren für sämtliche Scheidungsfolgen oder zumindest die Kinderbelange kontradiktorisch weiterführen will. Diesfalls müsste die Vorinstanz die Parteien wohl auffordern, einen Antrag nach Art. 286 Abs. 1 ZPO zu stellen, und sie im Sinne von Art. 112 Abs. 2 ZGB dazu anhören (vgl. ZK-Fankhauser, Art. 288 ZPO N 8).

2. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositivziffern 1 und 4 bis 7 des vorinstanzlichen Entscheids blieben unangefochten. In diesem Umfang ist der

vorinstanzliche Entscheid am 5. Februar 2013 in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

3. Der Gesuchsteller verlangte vor Vorinstanz, es sei ein kinderpsychologisches Gutachten, eventualiter ein erwachsenenpsychiatrisches Gutachten bezüglich der Gesuchstellerin einzuholen (Vi Urk. 38 S. 1). Es handelt sich dabei formell nicht um Massnahmebegehren, sondern um Beweisanträge. Die Vorinstanz hielt die Einholung solcher Gutachten nicht für angezeigt und wies die Anträge ab (vgl. Urk. 2 E. 9.3 und Dispositiv-Ziff. 10). Der Gesuchsteller fechtet dies an und verlangt, dass im erstinstanzlichen Entscheiddispositiv festgehalten werde, dass die beantragten Gutachten eingeholt würden (vgl. Urk. 1 S. 2 Berufungsantrag 5). Was er damit genau erreichen will, bleibt unklar. Ob die Einholung der Gutachten im erstinstanzlichen Massnahmeverfahren zu Recht unterblieb und ob dies allenfalls im Berufungsverfahren nachzuholen ist, ist eine Frage der Sachverhaltsermittlung; darauf ist nachfolgend einzugehen. Soweit der Gesuchsteller damit jedoch erreichen will, dass die Vorinstanz für das Hauptverfahren ("zur Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge [...] und zum allfälligen Erlass von Kindesschutzmassnahmen nach Rechtskraft der Scheidung") entsprechende Gutachten einholt, ist darauf nicht einzutreten, denn darüber hat die Vorinstanz noch gar nicht entschieden; sie hat noch nicht einmal ein kontradiktorisches Annexverfahren eingeleitet. Gegen die Abweisung eines Beweisantrags wäre im Übrigen einzig die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig und auch dies nur, wenn dadurch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohte (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).

III.

1. a) Der Gesuchsteller arbeitet als Reiseberater im G._____ Reisezentrum ... Zürich. Die Gesuchstellerin ist gelernte Pharma-Assistentin. Nach der Geburt der Tochter C._____ arbeitete sie in einem Pensum von 20 bis 30 Prozent in der Buchhandlung "H._____" des I._____ Verlags ... und kümmerte sich im Übrigen um den Haushalt und das Kind. Die Parteien lebten zur Miete in einem Reiheneinfamilienhaus in F._____. Sie besuchten beide die "Kirche J._____" der K._____ Gemeinde L._____.

b) Gegen Ende des Jahres 2011 intensivierten sich die ehelichen Probleme. Die Gesuchstellerin begann die Beziehung zu M._____, einem langjährigen Bekannten, zu vertiefen. Sie verbrachte immer wieder einige Tage bei ihm in N._____. Der Gesuchsteller behauptet, es habe sich bereits damals um eine eigentliche Fremdbeziehung gehandelt (Vi Urk. 38 S. 2). Die Gesuchstellerin macht geltend, die Beziehung sei zunächst rein platonischer Natur gewesen (Vi Urk. 36 S. 3). Die Gesuchstellerin leitete in der Folge ein Eheschutzverfahren ein, welches allerdings durch Rückzug erledigt werden konnte. Im Januar 2012 verbrachte die Gesuchstellerin eine zweiwöchige Auszeit in einem psychologisch betreuten Haus der ... Stiftung O._____ in P._____. Im Rahmen einer Mediation bei Q._____ von der O._____ einigten sich die Parteien auf eine (zunächst) einvernehmliche Scheidung.

c) Im Frühling 2012 erfuhr die Gesuchstellerin, dass sie schwanger war. Beide Parteien wussten, dass das Kind von M._____ stammen musste. Am 16. April 2012 liess die Gesuchstellerin die Schwangerschaft abbrechen. Sie macht geltend, dass dies auf Druck des Gesuchstellers hin erfolgt sei (Vi Urk. 36 S. 5; vgl. auch die entsprechenden WhatsApp-Nachrichten, Vi Urk. 37/2). Der Gesuchsteller bestreitet dies (Prot. I S. 16). Die Gesuchstellerin verbrachte nach dem Schwangerschaftsabbruch einige Wochen bei ihrem Freund in N._____ und kehrte danach in die eheliche Wohnung zurück. Am 16. Mai 2012 wurde die Gesuchstellerin vom I._____ Verlag ... entlassen. Sie macht in diesem Zusammenhang geltend, der Gesuchsteller habe zuvor mit ihren Vorgesetzten Kontakt aufgenommen und mit ihnen über die Ehekrise der Parteien und ihre Fremdbeziehung gesprochen (Vi Urk. 36 S. 5). Der Gesuchsteller entgegnet, dass das Arbeitsverhältnis aufgelöst worden sei, weil die Gesuchstellerin sehr oft am Arbeitsplatz gefehlt habe, sich unzuverlässig gezeigt habe und weil ihr Freund wiederholt am Arbeitsort aufgetaucht sei. Es habe auch Kundenbeschwerden gegeben (Prot. I S. 16).

d) Die erste Anhörung vor Vorinstanz fand am 21. Juni 2012 statt. Am 17. Juli 2012 kam es zu einem massiven Streit zwischen den Parteien, den diese naturgemäss unterschiedlich schildern (vgl. Vi Urk. 36 S. 7 bzw. Vi Urk. 38 S. 4).

Der Gesuchsteller empfahl der Gesuchstellerin daraufhin, in ein Kriseninterventionszentrum einzutreten, andernfalls er sie nicht mehr ins Haus lassen werde. Die Gesuchstellerin zog es vor, erneut zu ihrem Freund nach N._____ zu ziehen. Sie macht geltend, dass der Gesuchsteller in der Folge den Kontakt zwischen ihr und der Tochter C._____ stark unterbunden habe. Sie habe sich wochenlang bemüht, C._____ endlich wieder zu sehen (Vi Urk. 36 S. 7). Nach der Darstellung des Gesuchstellers weigerte sich die Gesuchstellerin, nach F._____ zu kommen, um ihre Tochter zu besuchen oder zu sich auf Besuch mitzunehmen (Vi Urk. 38 S. 5).

e) Am 10. September 2012 fand die erste Massnahmeverhandlung statt, anlässlich welcher sich die Parteien auf eine gemeinsame Betreuung der Tochter C._____ einigten. Die Gesuchstellerin sollte das Kind an den Arbeitstagen des Gesuchstellers in der ehelichen Wohnung in F._____ oder bei ihrer Mutter in ... betreuen. Der Gesuchsteller sollte die Betreuung des Kindes an seinen arbeitsfreien Tagen übernehmen. Die Gesuchstellerin zog darauf vorübergehend zu ihrer Mutter. Es kam jedoch bald zu einer Auseinandersetzung mit der Mutter und die Gesuchstellerin zog wieder zu ihrem Freund. Auch die gemeinsame Betreuung durch die Parteien funktionierte nicht lange. Bereits nach wenigen Tagen liess die Gesuchstellerin der Vorinstanz mitteilen, dass die Vereinbarung nicht eingehalten werden könne (Vi Urk. 44). Sie behauptet, der Gesuchsteller habe sie unter Druck gesetzt und verlangt, dass sie den Haushalt mache, die Wäsche wasche und die Wohnung putze (Prot. I S. 29). Um die Betreuung der Tochter wahrnehmen zu können, übernachtete die Gesuchstellerin auch verschiedentlich in der ehelichen Wohnung. Die Parteien stritten immer wieder. Der Gesuchsteller störte sich beispielsweise daran, dass die Gesuchstellerin mit C._____ einmal einen Tag in ... bei ihrem Freund verbrachte (vgl. Vi Urk. 63/2/1 S. 76). Es kam allerdings auch noch in dieser Zeit zu Versuchen, die Ehe zu retten.

f) In der Nacht auf den 25. Oktober 2012 begab sich der Gesuchsteller mit Verdacht auf einen Herzinfarkt auf die Notfallstation des Spitals R._____. Am 13. Oktober 2012 wurde der Gesuchsteller für 14 Tage krank geschrieben. Der Arzt habe seine grosse Belastung gesehen und ein mögliches Burnout vermeiden wollen, so der Gesuchsteller (Vi Urk. 62 S. 3). Am Abend des 14. November 2012

stritten die Parteien erneut heftig und es kam zu Handgreiflichkeiten. Der Gesuchsteller wurde dabei am Trommelfell verletzt. Die diesbezüglichen Darstellungen der Parteien gehen auseinander (vgl. auch den Polizeirapport sowie die polizeilichen Einvernahmen, Vi Urk. 63/4-6). Der Gesuchsteller war in der Folge während circa zwei Wochen krank geschrieben. Die Gesuchstellerin macht geltend, der Gesuchsteller habe ihr damals unter Verweis auf den Wortlaut der Vereinbarung mitgeteilt, dass sie nun kein Recht habe, C. _____ zu sehen, da er zu Hause sei (Prot. I S. 29). Der Gesuchsteller bestreitet diese Darstellung nicht. Die Parteien einigten sich dann, um den dritten Geburtstag von C. _____ gemeinsam begehen zu können. Die Situation blieb aber angespannt. Anfangs Dezember 2012 verbrachte die Gesuchstellerin erneut einige Tage im O. _____ in P. _____.

2. a) Gemäss dem vorliegend sinngemäss anwendbaren Art. 176 Abs. 3 ZGB trifft das Scheidungsgericht nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses die nötigen Massnahmen für die Dauer des Verfahrens, wenn die Ehegatten unmündige Kinder haben. Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil im Massnahmeverfahren gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Hauptverfahren. Massgebend bei der vorzunehmenden Beurteilung ist damit das Kindeswohl und alle dafür wichtigen Umstände. Im Einzelfall ist es schwierig festzustellen, was das Kindeswohl erfordert, denn das Kind hätte es zumeist nötig, zu beiden Elternteilen intensiv und konstant die Beziehung aufrecht erhalten zu können (BGE 117 II 354 E. 3). In grundsätzlicher Hinsicht folgt aus der Maxime des Kindeswohls, dass nicht das Interesse der Eltern, sondern dasjenige des Kindes für die Zuteilung massgebend ist (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 133 ZGB N 10).

b) Das Bundesgericht hat im Übrigen versucht, eine gewisse Hierarchie in die Zuteilungskriterien zu bringen. Demnach muss vorab die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Unter Um-

ständen kann die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich 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. BGE 115 II 209 E. 4a; 115 II 319 ff. E. 2 und 3; 117 II 354 f. E. 3; 136 I 180 f. E. 5.3).

3. Die Vorinstanz teilte die Obhut der Gesuchstellerin zu. Sie erwog dazu zusammengefasst, dass keine ausschlaggebenden Hinweise vorliegen würden, welche die Erziehungsfähigkeit der Parteien grundsätzlich in Frage stellen würden. Beide Gesuchsteller hätten zwar ausgeführt, dass es in der Vergangenheit Probleme gegeben habe, dennoch seien weder schwerwiegende Vorfälle noch Handgreiflichkeiten gegenüber dem Kind aktenkundig. In der ersten Anhörung seien überdies gar keine Bedenken betreffend das Kindeswohl geäussert worden. Aus den Ausführungen der Gesuchstellerin gehe zudem glaubhaft hervor, dass sie sich intensiv und liebevoll um das Kind kümmere. Es seien keine Zwischenfälle während der Betreuungszeit der Gesuchstellerin aktenkundig. Der Gesuchsteller habe in der Vergangenheit, ohne weitere Massnahmen zu treffen, das Kind durch die Gesuchstellerin betreuen lassen, während er seiner Arbeit nachgegangen sei, was dafür spreche, dass die Gesuchstellerin diese Aufgabe ohne Zwischenfälle bewerkstelligt habe. Bereits während des Zusammenlebens sei sie die Hauptbetreuungsperson des Kindes gewesen. Dies sei auch die vereinbarte und gelebte Rollenteilung während der Ehe gewesen. Eine gute Beziehung des Kindes zu seinen Grosseltern, welche vorliegend das Kind auch oft betreut hätten, diene in jeder Hinsicht dem Kindeswohl, doch sei auch hier eine Betreuung durch einen Elternteil, sofern dieser zeitlich verfügbar sei, vorzuziehen. Es könne – so die Vorinstanz – festgehalten werden, dass beiden Parteien in gleicher Weise die Fähigkeit zur Erziehung des Kindes zu attestieren sei, die Gesuchstellerin als bisherige Hauptbetreuungsperson – und da sie derzeit nicht erwerbstätig sei – jedoch besser in der Lage sei, das Kind persönlich zu betreuen. Der persönlichen

Vollzeitbetreuung durch einen Elternteil sei Vorrang zu geben (Urk. 2 E. II/4.4 bis II/4.14).

4. a) Der Gesuchsteller kritisiert in erster Linie, dass die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin zu Unrecht bejaht worden sei. Er habe vor Vorinstanz ausführlich dargelegt, weshalb die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin vorderhand verneint, mindestens aber angezweifelt und psychologisch/psychiatrisch abgeklärt werden müsse.

b) Die Vorinstanz zählte verschiedene Punkte auf, wie den Schwangerschaftsabbruch der Gesuchstellerin, die Begegnungen zwischen dem Gesuchsteller und dem Partner der Gesuchstellerin, die Thematik betreffend die Arbeitsstelle der Gesuchstellerin, die behaupteten Suizidabsichten der Gesuchstellerin sowie die Gewalttätigkeiten, und qualifizierte diese allesamt als Auseinandersetzungen und Problematiken auf der Erwachsenenenebene (vgl. Urk. 2 E. II/4.12). Der Gesuchsteller moniert diesbezüglich, dass die Vorinstanz, indem sie diese Punkte offenbar jeweils isoliert betrachte, verkenne, dass gerade die Massierung der Vorfälle und auffälligen Verhaltensweisen der Gesuchstellerin eine psychische Beeinträchtigung bzw. Instabilität deutlich werden lasse (Urk. 1 S. 4). Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die fraglichen Vorfälle nicht nur die Gesuchstellerin in einem schlechten Licht erscheinen lassen; zumindest kann dies nicht als erstellt gelten. Die Gesuchstellerin führt denn auch in der Berufungsantwort noch einmal aus, inwiefern sich der Gesuchsteller in den erwähnten Zusammenhängen aus ihrer Sicht fehlverhalten habe (Urk. 7 S. 3 f.). Im Übrigen betrachtete die Vorinstanz die Vorfälle keineswegs isoliert, sondern hielt fest, dass diese zwar den Gesamteindruck mitprägten, jedoch noch keine Gefährdung des Kindeswohls darstellten (Urk. 2 E. II/4.12). Es sei – so die Vorinstanz weiter – zu erwarten, dass mit Regelung der aktuell für beide Parteien unhaltbaren Situation eine Beruhigung einkehre und das Konfliktpotential eingedämmt werde, so dass auch das Kind diesen Auseinandersetzungen nicht mehr ausgesetzt sein werde (E. II/4.13).

c) Es trifft sodann nicht zu, dass die Vorinstanz den Umstand, dass die Gesuchstellerin sich im Jahre 2012 zweimal stationär im O._____ in P._____ aufhielt und eine Psychotherapie begann, nicht gewürdigt habe, wie der Gesuchsteller

geltend macht (Urk. 1 S. 4). Die Vorinstanz erwähnte vielmehr, dass beide Parteien sich zum Zeitpunkt ihres Entscheids in eine psychologische Therapie bzw. Beratung begeben würden. Sie begrüßte dies als Schritt zur Aufarbeitung und/oder Bewältigung der Situation bzw. des Konflikts und hielt fest, dass weiter keine Anhaltspunkte bestünden, dass deswegen die Erziehungsfähigkeit einer Partei leiden würde (Urk. 2 E. II/4.6).

d) Der Gesuchsteller bringt weiter vor, dass die Gesuchstellerin die Familienwohnung seit Oktober 2011 jeweils von einer Stunde auf die andere verlassen habe, um vorübergehend und für mehrere Tage bzw. Wochen zu ihrem Freund nach N._____ zu fahren. Das heisse, sie habe ihre Tochter C._____ zurückgelassen und ihm die Organisation der Fremdbetreuung während seiner arbeitsbedingten Abwesenheiten überlassen. Auch darin zeige sich – so der Gesuchsteller – die psychische Instabilität der Gesuchstellerin (Urk. 1 S. 4). Die Gesuchstellerin hält diesen Vorwurf für "an den Haaren herbeigezogen". Fakt sei gewesen, dass der Gesuchsteller Streitereien angefangen habe und sie bedroht habe. Sie habe C._____ stets mitnehmen wollen. Der Gesuchsteller habe dies aber mit seiner körperlichen Überlegenheit verhindert (Urk. 7 S. 5). Wie es sich tatsächlich verhalten hat, lässt sich nur schwer ausmachen; die Aussagen der Parteien stehen sich gegenüber. Es entsteht allerdings durchaus der Eindruck, dass die Gesuchstellerin zuweilen ihre eigenen Bedürfnisse über diejenigen des Kindes stellte. Auf der anderen Seite wurde auch hinreichend glaubhaft gemacht, dass der Gesuchsteller den Kontakt zwischen der Gesuchstellerin und C._____ wiederholt unterbunden hat, so etwa nach den Vorfällen vom Juli und November 2012.

e) Sodann macht der Gesuchsteller geltend, die Gesuchstellerin habe die Betreuungszeiten immer wieder nicht eingehalten (Urk. 1 S. 4). Die Gesuchstellerin wirft dem Gesuchsteller allerdings dasselbe vor (Urk. 7 S. 6). Offensichtlich ist, dass die Kommunikation zwischen den Parteien schlecht funktioniert. Dies erkannte auch die Vorinstanz, weshalb sie für C._____ eine Besuchsbeistandschaft anordnete (Urk. 2 E. II/6.2).

f) Einen weiteren Hinweis für die nicht vorhandene Verlässlichkeit der Gesuchstellerin sieht der Gesuchsteller in ihrer Angabe vor Vorinstanz, sie wohne in

N._____. Erst nachdem der vorinstanzliche Entscheid ergangen sei, habe festgestellt werden müssen, dass die Gesuchstellerin noch immer in F.______ angemeldet sei (Urk. 1 S. 4). Die Gesuchstellerin hielt dem entgegen, es sei zwar zutreffend, dass sie gegenüber der Vorinstanz festgehalten habe, sie wohne in N.______ bei ihrem Partner. Sie habe dabei als juristische Laiin vergessen, dass sie hätte erwähnen sollen, dass ihre Schriften noch in F.______ hinterlegt seien. Dies sei ein nachvollziehbares Versäumnis (Urk. 7 S. 6). Dem ist nicht viel hinzuzufügen. Die Anmeldung in N.______ erfolgte dann offenbar am 29. Januar 2013. Auch der Umstand, dass die Gesuchstellerin bereits von Mitte Juli bis Mitte September 2012 in N.______ gemeldet war, spricht nicht gegen ihre Verlässlichkeit oder ihre psychische Stabilität, sondern hängt schlicht mit ihrer ambivalenten Haltung gegenüber der Scheidung zusammen. Auch der pauschale Verweis des Gesuchstellers auf die Prozessgeschichte hilft ihm nicht weiter. Dass die Gesuchstellerin mit der Trennung hadert, lässt sich mit dem Druck erklären, dem sie offenbar von verschiedenen Seiten her ausgesetzt ist. Am 11. Dezember 2012 gab sie beispielsweise zu Protokoll, dass sie vom Gesuchsteller sowie von Verwandten unter Druck gesetzt worden sei und die ... ihr den direkten Weg in die Hölle prophezeit habe, sollte sie die Scheidung durchziehen (Prot. I S. 33).

g) Aufgrund der ihr bekannten Tatsachen hat die Vorinstanz die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin zu Recht als gegeben erachtet. Die Vorinstanz hat auch nicht die Untersuchungsmaxime verletzt, indem sie von der Anordnung eines Sachverständigengutachtens absah. Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Sie müssen daher wesentlich schneller erlassen werden als das Urteil in der Hauptsache. Dies wird dadurch erreicht, dass einerseits das Verfahren abgekürzt wird, und andererseits, indem weniger Beweise erhoben werden. Das Beweismass reduziert sich auf die Glaubhaftmachung (Kaufmann, DIKE-Komm., Art. 254 ZPO N 11). Das Gericht hat daher bei der Regelung der Obhut auf die Vorbringen der Parteien sowie auf die bereits vorhandenen Beweismittel abzustellen. Langwierige Abklärungen, etwa durch kinderpsychologische oder kinderpsychiatrische Gutachten, sollten auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176

ZGB N 90). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Vorinstanz hegte zu Recht keine Zweifel an der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin. Entgegen der Ansicht des Gesuchsgegners drängt sich ein Gutachten auch nicht allein deshalb auf, weil C._____ aufgrund ihres Alters nicht gerichtlich anzuhören ist (vgl. Urk. 1 S. 7).

5. a) Der Gesuchsteller beanstandet weiter, dass die Vorinstanz die Gesuchstellerin als Hauptbetreuungsperson des Kindes während des Zusammenlebens bezeichnete. Dabei lasse sie ausser Acht, dass er seit Oktober 2011 nebst seiner vollen Erwerbstätigkeit grösstenteils die Betreuung bzw. Organisation der Fremdbetreuung von C._____ wahrgenommen habe. Für ein dreijähriges Kind seien sicher diejenigen Betreuungspersonen prägender, welche die Betreuung in den vergangenen Monaten wahrgenommen hätten. Es sei er, der seit Oktober 2011 die prioritäre und verlässliche Bezugsperson von C._____ sei (Urk. 1 S. 5). Die Darstellung der Gesuchstellerin weicht bekanntlich von derjenigen des Gesuchstellers ab (vgl. Urk. 7 S. 7). Selbst der Gesuchsteller erwähnt sodann, dass er im fraglichen Zeitraum zu 100 Prozent erwerbstätig war und C._____ oft von den Grosseltern betreut wurde. Daneben haben wohl beide Parteien einen massgeblichen Anteil an der Betreuung übernommen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass C._____ aufgrund des erstinstanzlichen Entscheids seit nunmehr rund viereinhalb Monaten unter der alleinigen Obhut der Gesuchstellerin steht.

b) Im Zusammenhang mit der Betreuung C._____s durch ihre Grosseltern befürchtet der Gesuchsteller, dass die Gesuchstellerin den Kontakt C._____s zu ihren Grosseltern unterbinden könnte. Ein solches Verhalten würde seiner Ansicht nach dem Kindeswohl widersprechen (vgl. Urk. 1 S. 5). Die Gesuchstellerin bestätigt, dass der Kontakt zwischen den Schwiegereltern und ihr angespannt sei. Weiter sei anerkanntermassen ihr Verhältnis zur eigenen Mutter angespannt, da sich diese auch auf die Seite des Gesuchstellers gestellt habe. Ihre Mutter sei tief religiös und lehne ihre Drittbeziehung zu M._____ ab. Der Gesuchsteller habe dies geschickt ausgespielt (Urk. 7 S. 7). Die innerfamiliären Dispute sind für das Wohlergehen C._____s sicher nicht förderlich. Es kann der Gesuchstellerin allerdings nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn sie das Betreuungssetting des Gesuchstellers, zu welchem die Fremdbetreuung durch die Grosseltern gehörte,

nicht übernimmt, sondern C._____ selber betreut. Für die Aufrechterhaltung eines angemessenen Kontakts des Kindes zu seinen Grosseltern tragen sodann beide Parteien eine gewisse Verantwortung, sei es nun als Obhutsinhaber oder bei der Ausübung des Besuchsrechts.

c) Der Gesuchsteller behauptet, der Freund der Gesuchstellerin habe diese bereits zweimal vor die Tür gestellt. Ein solcher Vorfall könne sich – so befürchtet der Gesuchsteller – ohne Weiteres wiederholen und hätte erhebliche Auswirkungen auf das Kindeswohl (Urk. 1 S. 5). Die Gesuchstellerin bestreitet dies, anerkennt aber, dass es einmal zu einem Streit zwischen M._____ und ihr gekommen sei. Dies sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass sie durch die Trennung und die Auseinandersetzung vor den Gerichten geprägt gewesen sei (Urk. 7 S. 7). Vor Vorinstanz gab die Gesuchstellerin dazu weiter zu Protokoll, dass sich ihr Freund, nachdem er sie einmal morgens "rausgeschmissen" habe, bereits am Abend wieder entschuldigt habe (Prot. I S. 32). Heute beschreibt die Gesuchstellerin die Situation zwischen M._____ und ihr als äusserst stabil (vgl. Urk. 7 S. 7; ebenso Email vom 3. Mai 2013, Urk. 27/4). Klar und verständlich ist, dass während der turbulenten Trennungsphase der Parteien sämtliche Beteiligten nicht stets besonnen reagiert haben. Die Gesuchstellerin hat in jener Zeit allerdings nie zusammen mit ihrer Tochter bei M._____ in N._____ übernachtet; unter anderem auch, weil der Gesuchsteller dies nicht wollte. Dass ihr Freund sie zusammen mit ihrer dreijährigen Tochter einfach auf die Strasse stellen würde, ist kaum anzunehmen. Der Gesuchstellerin ist zuzustimmen, dass es sich dabei um reine Mutmassungen handelt. Es ist denn auch nicht bekannt, dass es – seit der erstinstanzliche Entscheidung ergangen ist und die Gesuchstellerin mit C._____ nach N._____ ziehen konnte – zu irgendwelchen Konflikten zwischen ihr und ihrem Freund gekommen wäre.

d) In Bezug auf die Wohnsituation erwähnt der Gesuchsteller, dass die Gesuchstellerin vorhabe, bereits im Frühling wieder umzuziehen. Für ein dreijähriges Kind sei dies nicht zumutbar (Urk. 1 S. 6). Weshalb dem so sein soll, ist nicht ersichtlich. Die Gesuchstellerin anerkennt, dass Pläne bestünden, eine grössere Wohnung zu suchen. Indessen hätten sich diese Pläne noch nicht realisieren las-

sen. Ein Umzug würde denn auch nur innerhalb von N._____ stattfinden (Urk. 7 S. 8). Unter dem Aspekt der Kontinuität steht für ein Kind im Alter von C._____ in der Regel ohnehin nicht die Wohnsituation im Vordergrund, sondern eine möglichst stabile Beziehung zu ihren Bezugspersonen. Der Gesuchsteller kann auch nichts daraus ableiten, dass ihm die Familienwohnung in F._____ zugewiesen wurde und C._____ dort ihre "Gspänli" habe (vgl. Urk. 1 S. 6). Auch die Gesuchstellerin wäre mit C._____ gerne in F._____ geblieben und hatte einen entsprechenden Zuweisungsantrag gestellt, der jedoch abgewiesen wurde. Der Wohnortwechsel ist nun ohnehin bereits erfolgt und es blieb unbestritten, dass C._____ in N._____ inzwischen gut integriert sei (vgl. Urk. 7 S. 8).

e) Hinsichtlich der Möglichkeit der persönlichen Betreuung machte der Gesuchsteller stets geltend, dass seine Arbeitgeberin ihm mit einer dreimonatigen Umstellungsfrist eine Reduktion seines Beschäftigungsgrads von 100 auf 60 Prozent bewilligt habe (Vi Urk. 38 S. 8). Er legte dazu eine Bestätigung seiner Arbeitgeberin ins Recht (Vi Urk. 39/4). Die Vorinstanz hielt die angestrebte Reduktion des Arbeitspensums für unverhältnismässig, da der Gesuchsteller mit seinem Einkommen in der Lage sei, den Bedarf der Familie zu decken (Urk. 2 E. II/4.11). Der Gesuchsteller kritisiert diese Erwägung zu Recht. Die Vorinstanz hätte sich mit der Möglichkeit der Reduktion des Beschäftigungsgrads auseinandersetzen müssen und nicht auf rein pekuniäre Aspekte abstellen dürfen; oberste Richtschnur bleibt stets das Kindeswohl. Der Gesuchsteller erklärte vor Vorinstanz, dass die Grosseltern die Betreuung C._____s während seiner Arbeitszeit übernehmen würden, er mittelfristig aber auch eine Betreuung durch eine Kinderkrippe ins Auge fasse (Urk. 38 S. 8). Nach der Geburt der Tochter C._____ arbeitete die Gesuchstellerin in einem Pensum von 20 bis 30 Prozent in einer Buchhandlung. Im Frühjahr 2012 wurde der Gesuchstellerin gekündigt. In der ersten Massnahmeverhandlung vor Vorinstanz führte sie aus, dass sie wiederum nach einer Stelle mit einem Pensum von 20 bis 30 Prozent suche (Vi Urk. 36 S. 6; vgl. auch die Anmeldung zur Arbeitsvermittlung, Vi Urk. 37/10). In der Folge konnte sie eine Teilzeitstelle mit einem Pensum von 40 Prozent bei S._____ in ... antreten. Gemäss eigenen Angaben hatte sie die Arbeit allerdings in körperlicher Hinsicht unterschätzt und kündigte daher bereits nach vier Arbeitstagen (vgl. Prot. I S. 32). In

der zweiten Massnahmeverhandlung erklärte sie, dass sie erst wieder arbeiten wolle, wenn sie wisse, wie es weitergehe und wie die Situation nach der Scheidung aussehe (Prot. I S. 33). Aktuell und seit ihr die Obhut über C._____ erstinstanzlich zugeteilt wurde, ist die Gesuchstellerin nicht mehr erwerbstätig. Die Vorinstanz hat daher zutreffend festgehalten, dass die Gesuchstellerin besser in der Lage sei, C._____ persönlich zu betreuen (vgl. Urk. 2 E. II/4.14). Auch wenn sie in naher Zukunft eine Teilzeiterwerbstätigkeit in geringem Umfang aufnehmen sollte, bleibt die Gesuchstellerin flexibler, als es der Gesuchsteller nach einer Reduktion seines Pensums auf 60 Prozent wäre. Der Gesuchsteller hat denn auch nie behauptet, dass er besser in der Lage wäre, C._____ persönlich zu betreuen, sondern stets in erster Linie damit argumentiert, dass der Gesuchstellerin die Erziehungsfähigkeit abgehe, wovon allerdings nicht auszugehen ist (vgl. E. III/4.g vor- sowie III/7.d nachstehend). Weiter ist dem Gesuchsteller zwar zu attestieren, dass er über ein Betreuungskonzept verfügt. Dieses tritt aber angesichts der Möglichkeit der persönlichen Betreuung durch die Gesuchstellerin in den Hintergrund. Ferner wirft der Gesuchsteller der Gesuchstellerin vor, dass sie ihre Stelle bei S._____ nur "pro forma" gekündigt habe, um ihre Erfolgsaussichten im Obhutsstreit zu verbessern (Urk. 1 S. 6 f.). Davon ist jedoch nicht auszugehen, nachdem die Gesuchstellerin vor Vorinstanz glaubhaft dargelegt hatte, dass sie Probleme mit dem Rücken und den Knien bekommen habe und deswegen auch zur Physiotherapie und zu einem Rheumatologen gegangen sei (vgl. Prot. I S. 32).

6. Nach dem Gesagten ist der vorinstanzliche Entscheid vor dem Hintergrund des damaligen Sachverhalts nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz hat auch nicht die Frage der Erziehungsfähigkeit mit der Frage der persönlichen Verfügbarkeit der Parteien, der Stabilität der Wohnsituation der Gesuchstellerin und der Möglichkeit einer Anhörung des Kindes C._____ vermischt, wie der Gesuchsteller geltend macht (vgl. Urk. 1 S. 5). Vielmehr würdigte sie die Vorbringen der Parteien der Reihe nach und zog danach – in Nachachtung der eingangs wiedergegebenen Hierarchie der Zuteilungskriterien – den Schluss, dass beiden Parteien in gleicher Weise die Fähigkeit zur Erziehung des Kindes zu attestieren sei, weshalb das Kriterium der persönlichen Betreuung ausschlaggebend sei (vgl. Urk. 2

E. II/4.14). Ergänzend kann darauf hingewiesen werden, dass der Möglichkeit der Selbstbetreuung bei Kleinkindern gar besonderes Gewicht zukommt.

7. a) Mit Eingabe vom 16. April 2013 (Urk. 15) machte der Gesuchsteller im Sinne eines echten Novums geltend, die Gesuchstellerin habe am Wochenende des 6. und 7. April 2013 einen psychischen Zusammenbruch erlitten. Es gilt abschliessend zu prüfen, ob das behauptete Vorkommnis etwas an der bisherigen Beurteilung zu ändern vermag.

b) In der Woche zuvor war C._____ vom Gesuchsteller und der Grossmutter mütterlicherseits betreut worden. Die Gesuchstellerin hatte dazu Hand geboten, gemäss ihrer Darstellung allerdings nur aufgrund massiven Drucks seitens des Gesuchstellers und ihrer Mutter (vgl. Urk. 22/1). Am 6. April 2013 schrieb die Gesuchstellerin ihrer Mutter per Email, sie sehe für sich und C._____ keine Zukunft mehr in ...; sie würde sich eine Wohnung suchen. Zudem fragte sie ihre Mutter an, ob sie vorübergehend bei ihr unterkommen könne (Urk. 17/10), was diese aber letztlich ablehnte. Am 7. April 2013 schrieb die Gesuchstellerin ihrer Mutter, dass sie nochmals für ihre Ehe kämpfen werde, sie wünsche sich eine allerletzte Chance (Urk. 17/10). In der Folge packte die Gesuchstellerin ihre Sachen und liess sich vom Gesuchsteller nach F._____ in die eheliche Wohnung bringen. Tags darauf änderte die Gesuchstellerin ihre Meinung und kehrte nach N._____ zurück. C._____ wurde in dieser Zeit von der Mutter der Gesuchstellerin betreut. Am 9. April 2013 entschuldigte sich die Gesuchstellerin bei ihrer Mutter. Sie schrieb, dass ihre Gedanken innert Sekunden wechseln könnten und sie dann Panik kriege. Dies passiere in ihrem Kopf und sie könne es nicht beeinflussen. Sie würde sich nun um eine Therapie bemühen. Sie wolle es erst mit einer ambulanten Therapie versuchen, denn sie wolle und könne für C._____ da sein. Wenn der Therapeut meine, ein paar Wochen stationär wären angebracht, dann verspreche sie, dass sie dies mache (Urk. 17/11).

c) Der Gesuchsteller macht nun geltend, dass die Gesuchstellerin gesundheitlich angeschlagen sei, mit der Betreuung von C._____ massiv überfordert und das Wohl von C._____ in der aktuellen Wohnsituation in N._____ gefährdet sei. In diesem Zusammenhang bringt er auch vor, dass C._____ ihm erzählt habe, dass

sie von M._____ auf den Kopf geschlagen worden sei, weil sie Kuchen habe stibitzen wollen (Urk. 15 S. 2). Die Gesuchstellerin bestreitet dies und wehrt sich gegen die Darstellung des Gesuchstellers. Die Trennung mache ihr zu schaffen. Sie leide darunter. Dies habe vor allem mit ihrer tief religiösen Lebenseinstellung zu tun, wonach eine Trennung, geschweige denn eine Scheidung verpönt sei. Sie sei in der Vorstellung gefangen, dass sie ein schlechter Mensch sei, wenn sie getrennt bzw. geschieden lebe, so dass sie von Zeit zu Zeit, wie sie in ihrer Email vom 9. April 2013 erwähnt habe, "Panik" bekomme. Verstärkt werde dies durch die anhaltende Druckausübung seitens des Gesuchstellers. Ihre Reaktion sei nichts Ausserordentliches: viele Menschen würden in Situationen, in denen sich ihr Leben grundlegend ändere, unter Anflügen von Panik leiden und neigten dann zu Sinneswandel. In solchen Lagen könne durchaus einmal eine falsche oder vorschnelle Entscheidung gefasst werden (Urk. 20 S. 2).

d) Die ambivalente Haltung der Gesuchstellerin gegenüber der Scheidung tritt an dieser Stelle noch einmal deutlich zu Tage, ebenso der Druck, dem sie sich von aussen und offenbar auch von innen her ausgesetzt sieht. Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, dass ihre Erziehungsfähigkeit dadurch nicht beeinträchtigt werde. Die Aussagen zu ihrem eigenen psychischen Zustand, welche sie in der Email vom 9. April 2013 an ihre Mutter macht, lassen aber zumindest aufhorchen. Seither scheint sich die Situation wieder etwas entspannt zu haben. Ob die Gesuchstellerin aktuell therapeutische Hilfe in Anspruch nimmt, ist nicht bekannt. Zu einem stationären Aufenthalt scheint es jedenfalls nicht gekommen zu sein. Tatsächlich ist es auch so, dass C._____ von der geschilderten Situation wenig mitbekommen haben dürfte, befand sie sich doch damals bei ihrer Grossmutter. Der Gesuchsteller legt sodann nicht dar, inwiefern die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin konkret beeinträchtigt sein sollte bzw. weshalb die Gesuchstellerin mit der Betreuung von C._____ massiv überfordert sein sollte. Aus einer Überforderung im Zusammenhang mit der Trennungssituation lässt sich nicht automatisch auf dem Kindeswohl entgegenstehende Defizite in der Erziehung schliessen. Die Gesuchstellerin scheint sich vielmehr liebevoll und verantwortungsbewusst um C._____ zu kümmern. Sie beschreibt immer wieder, wie wichtig ihr C._____ sei. Die vorübergehende Rückkehr zum Gesuchsteller hing denn auch stark mit

dem (möglicherweise falsch verstandenen) Wunsch zusammen, C._____ eine "normale, intakte" Familie bieten zu können (vgl. Urk. 17/10). Letztlich besteht auch vor dem Hintergrund der neusten Vorkommnisse kein begründeter Anlass, um an der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin zu zweifeln. Weitere Abklärungen bzw. die Anordnung eines Sachverständigengutachtens drängen sich ebenfalls nicht auf. Namentlich ist auch davon abzusehen, einen Bericht des Besuchsbeistands einzuholen, zumal kaum anzunehmen ist, dass dieser verlässliche Angaben zum Gesundheitszustand der Gesuchstellerin machen könnte. Inwiefern der vom Gesuchsteller eingereichte Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat vom 14. Mai 2013 (Urk. 33) etwas an der bisherigen Beurteilung ändern sollte, ist nicht ersichtlich und wird vom Gesuchsteller auch nicht dargetan. Es liegen ferner auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Präsenz von M._____ das Wohl von C._____ gefährden würde. Die angeblichen Vorfälle (körperliche Züchtigung durch Schlag auf den Kopf, blauer Flecken am linken Unterarm) sind bestritten. Der Gesuchsteller stützt seine Behauptungen einzig auf Erzählungen der dreijährigen Tochter, welche sich offensichtlich in einem massiven Loyalitätskonflikt befindet (vgl. dazu auch Urk. 22/2). Damit ist eine Gefährdung der Kindeswohls durch M._____ nicht glaubhaft gemacht. Auch die vom Gesuchsteller zuletzt eingereichten Unterlagen (Urk. 36/1-2) vermögen daran nichts zu ändern.

8. Zusammenfassend bleibt es dabei, dass beide Parteien als erziehungsfähig zu betrachten sind, die Möglichkeit der Selbstbetreuung bei der Gesuchstellerin aber besser gegeben ist. Überdies spricht nunmehr auch das Kriterium der Stabilität der Verhältnisse dafür, die Obhut bei der Gesuchstellerin zu belassen. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

9. Der Antrag des Gesuchstellers zum Besuchsrecht gründet auf der Annahme, dass ihm die Obhut über C._____ zugeteilt würde und der Kontakt zwischen der Gesuchstellerin und dem Kind zu regeln wäre. Dieser Antrag wird somit durch die Bestätigung der Obhutzuteilung an die Gesuchstellerin hinfällig. Gegen das ihm von der Vorinstanz zugesprochene Besuchsrecht bringt der Gesuchsteller nichts vor. Die Regelung entspricht dem Kindeswohl sowie den Bedürfnissen

und Möglichkeiten beider Eltern und ist daher zu bestätigen. Die Anordnung einer Besuchsbeistandschaft blieb unangefochten. Ein Beistand wurde von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde D._____ bereits ernannt (vgl. Urk. 17/12).

10. a) Umstritten ist schliesslich die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsteller zur Leistung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 1'200.– und monatlichen Frauenunterhaltsbeiträgen von Fr. 1'600.–. Sie ging dabei von einem Einkommen des Gesuchstellers von Fr. 6'989.– pro Monat aus; der Gesuchstellerin rechnete sie kein Einkommen an. Den Bedarf des Gesuchstellers bezifferte die Vorinstanz auf Fr. 4'021.–, denjenigen der Gesuchstellerin mit dem Kind auf Fr. 2'488.–. Den verbleibenden Überschuss von Fr. 480.– wies sie zu einem Drittel dem Gesuchsteller und zu zwei Dritteln der Gesuchstellerin und dem Kind zu. Die diesbezüglichen Hauptanträge des Gesuchstellers gründen auf der Annahme, dass ihm die Obhut über C._____ zugeteilt würde. Für den Eventualfall beantragt er lediglich eine Senkung des Ehegattenunterhalts um Fr. 80.– pro Monat.

b) Der Gesuchsteller kritisiert zunächst, dass die Vorinstanz die Krankenkassenprämien für die Zusatzversicherungen nicht im Bedarf der Parteien berücksichtigt habe. Die Vorinstanz begründete ihr Vorgehen damit, dass die Prämien für freiwillige Zusatzversicherungen gemäss VVG aus dem Grundbetrag oder einem allfälligen Anteil am Überschuss bezahlt werden könnten. Sie stützte sich dabei auf die Lehrmeinung von Six (Eheschutz, Zürich/.../Genf 2008, Rz. 2.108). Diese Ansicht widerspricht der Praxis der erkennenden Kammer, wonach die Prämien für die Zusatzversicherung im Bedarf weiterhin anzurechnen sind, sofern die Parteien bislang stets zusatzversichert waren, diese Prämien regelmässig bezahlt haben und es ihre finanziellen Verhältnisse zulassen (OGer ZH LP040155 vom 20. Januar 2005; vgl. auch BGE 114 II 393). Die Berücksichtigung des über die Grundversicherung hinausgehenden Prämienaufwands (Gesuchsteller: Fr. 44.70; Gesuchstellerin: Fr. 68.15) verringert den Überschuss um Fr. 112.85. Bei gleichbleibender Aufteilung des Überschusses – der Gesuchsteller bringt nichts dagegen vor – verringert sich der Anteil der Gesuchstellerin um Fr. 75.23. Dem steht eine Erhöhung ihres Bedarfs um Fr. 68.15 gegenüber. Die

Differenz von Fr. 7.08 entspricht noch nicht einmal dem Betrag von Fr. 8.–, um den die Vorinstanz den Unterhaltsbeitrag für Frau und Kind abrundete. Dies allein rechtfertigt mithin noch keine Senkung der erstinstanzlich festgesetzten Unterhaltspflicht des Gesuchstellers.

c) Weiter beanstandet der Gesuchsteller, dass die Vorinstanz die Kosten für die Parkplatzmiete von Fr. 100.– nicht berücksichtigt habe. Der Gesuchsteller legt seinen Arbeitsweg mit den öffentlichen Verkehrsmitteln zurück. Die Kosten des Generalabonnements trägt sein Arbeitgeber. Die Vorinstanz erwog daher, dass es sich beim Fahrzeug des Gesuchstellers nicht um ein Kompetenzstück handle, weshalb die Parkplatzkosten nicht zu berücksichtigen seien. Trotzdem gestand sie dem Gesuchsteller (zusätzlich zum Generalabonnement) Mobilitätskosten von (pauschal) Fr. 200.– zu. Bei der Gesuchstellerin setzte die Vorinstanz lediglich Fr. 150.– ein. Mit diesen Erwägungen setzt sich der Gesuchsteller nicht auseinander. Er macht einzig geltend, dass es sich beim Parkplatz um ein elementares Bedürfnis handle. Dies überzeugt nicht; das Vorgehen der Vorinstanz ist nicht zu beanstanden.

d) Für die Kosten der Haftpflicht- und Mobiliarversicherung setzte die Vorinstanz bei beiden Parteien gerichtsübliche Beträge ein; Fr. 30.– beim Gesuchsteller und Fr. 20.– bei der in Haushaltsgemeinschaft lebenden Gesuchstellerin. Der Gesuchsteller moniert, dass er eine höhere monatliche Prämie von Fr. 55.45 belegt habe (Urk. 1 S. 8). Gemäss der von ihm eingereichten Police (Vi Urk. 39/7) ist allerdings die Gesuchstellerin Versicherungsnehmerin. Die Versicherung wurde noch vor der Heirat abgeschlossen. Dass sie auf den Gesuchsteller übertragen worden wäre, ist weder ersichtlich noch dargetan. Die Police enthält überdies folgenden handschriftlichen Vermerk: "Bitte Mobiliarverglasung per sofort streichen! F._____, 24.11.08 [Unterschrift der Gesuchstellerin]" Damit ist keineswegs glaubhaft gemacht, dass dem Gesuchsteller monatliche Versicherungskosten von Fr. 55.45 anfallen. Die Vorinstanz hat zu Recht auf einen gerichtsüblichen Betrag abgestellt.

e) Nach dem Gesagten bleibt es bei den erstinstanzlich festgesetzten Unterhaltsbeiträgen. Die Berufung ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

IV.

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'500.– festzulegen. In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Gemäss ständiger Praxis sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Dies war vorliegend in Bezug auf die Obhutszuteilung und das Besuchsrecht der Fall. Die Unterhaltsfrage war sodann weitestgehend von der Obhutsfrage abhängig, weshalb sich letztlich auch gesamthaft gesehen eine hälftige Kostenaufteilung und ein Wett schlagen der Parteientschädigungen rechtfertigt.

2. a) Beide Parteien ersuchen um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

b) Aus den vorstehenden Erwägungen zur Unterhaltsfrage (E. III/10.a-d) ergibt sich, dass bei beiden Parteien nur ein geringer monatlichen Überschuss von wenigen Hundert Franken resultiert. Sie erklären zudem, über kein Vermögen (Gesuchstellerin, Urk. 7 S. 10) resp. lediglich über ein solches von einigen Tausend Franken (Gesuchsteller, Vi Urk. 38 S. 12, Vi Urk. 39/9-10) zu verfügen. Die Mittellosigkeit der Parteien ist somit erstellt. Sodann kann nicht gesagt werden, dass ihre Anträge im Berufungsverfahren aussichtslos wären und sie nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen wären. Damit ist beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu gewähren und ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern 1 und 4 bis 7 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 22. Januar 2013 am 5. Februar 2013 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Auf den Berufungsantrag 5 wird nicht eingetreten, soweit er darauf abzielt, dass im erstinstanzlichen Hauptverfahren gewisse Gutachten eingeholt werden.
3. Dem Gesuchsteller wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Das Kind C. _____, geboren am tt.mm.2009, wird für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
2. Der Gesuchsteller wird für die Dauer des Verfahrens berechtigt erklärt, das Kind C. _____ am ersten und dritten Wochenende jedes Monats von jeweils Samstag, 9.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr, sowie in geraden Jahren an Ostern, in ungeraden Jahren an Pfingsten und in jedem Jahr am zweiten Weihnachtstag auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen und es ausserdem für zwei Wochen jährlich auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen.

3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab dem 1. Februar 2013 sowie für die weitere Dauer des Verfahrens an die Kosten des Unterhalts des Kindes C. _____ monatlich im Voraus zahlbare Beiträge von Fr. 1'200.–, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zu bezahlen.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin persönlich ab dem 1. Februar 2013 sowie für die weitere Dauer des Verfahrens monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'600.– zu bezahlen.
5. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
6. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
7. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 35 und 36/1-2, an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach sowie hinsichtlich Dispositivziffer 1 des Beschlusses und Dispositivziffern 1 und 2 des Erkenntnisses an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde D. _____, ... [Adresse], 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 sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 26. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
se