

ZH_OBERGERICHT LE150049 vom 15. August 2016

ZH Obergericht, 2016-08-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE150049

FR: ZH_OBERGERICHT LE150049 du 15 août 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LE150049 del 15 agosto 2016

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder: C._____, geb. am tt.mm.2003, und D._____, geb. am tt.mm.2006. Seit dem 13. Januar 2015 standen sie sich vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 74 E. II = Urk. 83 E. II). Die Vorinstanz regelte das Getrenntleben der Parteien mit eingangs wiedergegebenem, zunächst unbegründetem Urteil vom 11. Juni 2015 (Urk. 61). Am 20. resp. 21. August 2015 (vgl. Urk. 76) wurde den Parteien auf Verlangen des Gesuchsgegners (vgl. Urk. 63) die begründete Fassung des Urteils zugestellt (Urk. 74 = Urk. 83).

E. 2

Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Art. 317 Abs. 1 ZPO ist auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, zu beachten (BGE 138 III 626 E. 2.2). Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 2414 f.). Unverschuldet nicht vorgetragene unechte Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Beru-

- 11 - fungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können grundsätzlich nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die wie vorliegend - der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 Erw. 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172). Mit Ausnahme von Urk. 92/1 handelt es sich bei sämtlichen von der Gesuchstellerin und den Verfahrensbeteiligten im Berufungsverfahren erstmals eingereichten Beilagen (Urk. 88/2-3, 92/2-14, 101/1, 104, 107/1-2, 111 und 133/1-4) um echte Noven, welche demnach zu berücksichtigen sind.

E. 2.1

Der Gesuchsgegner beantragt berufsungsweise, er sei berechtigt zu erklären, die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitag 18:00 Uhr bis Sonntag 18:00 Uhr, jeden Mittwochnachmittag von 14:00 Uhr bis 19:00 Uhr sowie während den Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ausserdem

sei er berechtigt zu erklären, unter der Woche jeweils am Montag und am Donnerstag zwischen 17:00 Uhr und 18:00 Uhr mit den Kindern telefonisch Kontakt aufzunehmen. Der Gesuchsgegner führt aus, die anfänglichen Schwierigkeiten bei der Besuchsrechtsausübung könnten nicht allein ihm angelastet werden. Er habe lediglich versucht, den Wünschen seiner Kinder nachzukommen. Heute wisse er, dass das Zurückbehalten der Kinder nicht richtig gewesen sei und er diese - auch gegen deren ausdrücklich geäußerten Wunsch - nach Ablauf des Besuchstages wieder zur Gesuchstellerin hätte zurückbringen müssen. Die Kinder hätten im Laufe des Verfahrens immer wieder klar zum Aus-

- 32 - druck gebracht, wie sehr sie es geniessen würden, Zeit mit ihm zu verbringen. Insbesondere D._____ habe von Anfang an ausgeführt, dass er gerne mehr Zeit mit ihm verbringen würde, auch unter der Woche. Der Wunsch der Kinder sei von der Vorinstanz ungenügend berücksichtigt worden (Urk. 82 S. 4 und 21 ff.).

E. 2.2

Die Gesuchstellerin erklärt sich mit der Ausdehnung des zweiwöchentlichen Besuchsrechts einverstanden. Hingegen sei zu vermeiden, dass unter der Woche auch noch Unruhe entstehe. Zudem könne ein Besuchsrecht am Mittwochnachmittag je nach Schichtenzuteilung des Gesuchsgegners gar nicht eingehalten werden. Die Kinder sollten auch am freien Nachmittag mit ihrem Umfeld und ihrer Umwelt in Kontakt sein können und nicht immer zum Gesuchsgegner nach Zürich gehen müssen. Ein angemessenes Ferienbesuchsrecht sei denkbar. Allerdings habe der Gesuchsgegner ihr die Kinder bereits zweimal vorenthalten. Dies müsse in Zukunft wirksam verhindert werden, weshalb das Ferienbesuchsrecht mit der Weisung zu verbinden sei, mit den Kindern nicht ins Ausland zu reisen. Bezüglich des telefonischen Kontakts sei zu beachten, dass der Gesuchsgegner anlässlich dieser Gespräche die Kinder permanent gegen sie aufgebracht habe. Solange das Betreiben des Gesuchsgegners andauere, sei ein solcher Kontakt daher nicht zu gewähren. Beruhige sich die Situation wirklich, dann könnte dereinst auch ein telefonisches Besuchsrecht vereinbart werden (Urk. 90 Ziff. 62 ff.).

E. 3

Die Prozessbeiständin der Kinder beantragt, es sei ein kinder- und jugend-psychiatrisches Gutachten über die Erziehungsfähigkeit beider Kindseltern einzuholen (Urk. 86 S. 2). Der Gesuchsgegner fordert die Einholung eines solchen im Eventualantrag (Urk. 82 S. 3). Dazu ist festzuhalten, dass es im Eheschutzverfahren darum geht, möglichst rasch eine optimale Situation für das Kind zu schaffen. Langwierige Abklärungen, etwa durch Gutachten, sollten dabei auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände (z.B. sexueller Missbrauch von Kindern, Gewalttätigkeiten gegenüber Kindern u.Ä.) vorliegen, aufgrund welcher das Gericht an die Grenzen seiner Beurteilungsfähigkeit stösst, wobei dem Gericht diesbezüglich ein gewisses Ermessen zukommt (BGer 5A_529/2014 vom 18. Februar 2015, E. 2.3; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 90). Im Recht liegen bereits mehrere - für die Beurteilung der Zuteilung der Obhut aussagekräftige - Berichte von Fachpersonen, so ein Bericht des Beistandes (Urk. 96) sowie der sozialpädagogischen Familienbegleitung (Urk. 121), und es wurden von der Vorinstanz zwei Kinderanhörungen mit beiden Kindern durchgeführt (Prot. I S. 31 ff. und S. 41 ff.). Hinsichtlich des Berichtes der sozialpädagogischen Familienbegleitung ist zu bemerken, dass dieser zwar nicht sämtliche Fragen des Fragenkatalogs vom 25. April 2016 (Urk. 116)

beantwortet, aber - insbesondere in Anbetracht dessen, dass die Familienbegleiterin in dessen Vorfeld bereits 12 Einsätze in der Familie leistete (vgl. Urk. 121 S. 2) - dennoch ein zuverlässiges Bild von der aktuellen Lebenssituation der Kinder und deren Beziehung zur Gesuchstellerin vermittelt. Damit besteht für die Kammer eine genügende Entscheidungsgrundlage. Weiterungen sind - auch aufgrund des vorlie-

- 12 - gend summarischen Verfahrens - nicht angezeigt. Namentlich sind keine besonderen Umstände im obgenannten Sinne ersichtlich. Insbesondere lassen sich - worauf später noch im Einzelnen zurückzukommen sein wird (E. III.A.3.2.3) - keine konkreten Anhaltspunkte für wiederholt vorkommende Gewalttätigkeiten der Gesuchstellerin gegenüber den Kindern ausmachen. Der Antrag der Prozessbeiständin der Kinder sowie der Eventualantrag des Gesuchsgegners auf Einholung eines Gutachtens sind somit abzuweisen. Allfällig verbleibenden Bedenken bezüglich der behaupteten Gewaltanwendungen der Gesuchstellerin wird im Übrigen auch durch die von der Vorinstanz angeordneten flankierenden Massnahmen, nämlich die Beistandschaft und die sozialpädagogische Familienbegleitung, welche bereits in Kraft sind, begegnet.

E. 3.1

Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Zuteilung der Obhut und die Festlegung des Besuchsrechts. Die Regelung der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen war vom Aufwand her marginal.

E. 3.2

Nach dem vorstehend Gesagten (E. III.D.3.1-2) hatten die Parteien mit Bezug auf die Obhuts- und die Besuchsrechtsregelung auch im Berufungsverfahren gute Gründe für die Stellung ihrer Anträge und sind deshalb je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten. Dementsprechend sind die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und ist keine gegenseitige Parteientschädigung festzulegen. Zufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Gerichtsgebühren jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteien sind auf ihre Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

E. 3.2.1

Der Gesuchsgegner rügt, die Gesuchstellerin setze ihre Prioritäten auf die Pflege ihrer neuen Beziehung und nicht auf die Betreuung der Kinder. Er und C._____ hätten glaubhaft ausgeführt, dass sie oft erst gegen Mitternacht nach Hause gekommen sei, die Kinder nachts alleine gelassen habe und auch telefonisch nicht erreichbar gewesen sei. Sie habe die Kinder zu spät zur Schule geschickt, das Essen nicht rechtzeitig vorbereitet und sei ständig mit ihrem Freund

- 17 - am Telefon. Sein Meinungsumschwung betreffend die Obhutzuteilung sei damit erklärbar, dass es tätliche Übergriffe der Gesuchstellerin gegenüber den Kindern gegeben habe und sich die Kinder dahingehend geäußert hätten, sie würden einen Verbleib bei der Gesuchstellerin nicht mehr wünschen. Es sei befremdend, dass aus der Tatsache, dass die Gesuchstellerin alleine einen Schulanlass besucht und den Mittagstisch organisiert habe, darauf geschlossen werde, sie meistere die Erziehung. Die Vorinstanz lege nicht dar, weshalb die Dünnhäutigkeit der Gesuchstellerin vorübergehender Natur sein sollte.

C._____ habe ausgeführt, sie glaube nicht, dass sich zuhause alles wieder normalisiere. Er teile diese Auffassung. Hinsichtlich seiner Erziehungsfähigkeit habe hingegen nichts

Negatives festgestellt werden können. Es werde bestritten, dass er gesagt habe, es werde Probleme geben, wenn er die Kinder nicht bekomme. Er habe auch kein Problem damit, wenn sich die Gesuchstellerin emanzipiere und einen neuen Freund habe, sondern befürchte bloss einen schlechten Einfluss auf die Kinder, wenn sich die- ser in deren Anwesenheit nicht vorbildlich verhalte. Er habe C._____ nicht einge- spannt, einen Brief ans Gericht zu schreiben. Die Vorinstanz messe mit unter- schiedlichen Ellen, wenn sie es als unproblematisch erachte, dass die Gesuch- stellerin die Kinder zur Anhörung ans Gericht begleite, hingegen von einem Ein- spannen der Kinder ausgehe, wenn C._____ aus praktischen Gründen für die Übergabe des Briefes von ihm begleitet werde. Die Schilderungen von C._____ im Zusammenhang mit den Schlägen durch die Gesuchstellerin seien sodann sehr detailgetreu und auch die Aussagen von D._____ im Zusammenhang mit ei- nem kleinen Stock, den man zum Kochen benötige, seien nicht der Fantasie ei- nes kleinen Jungen entsprungen. Es sei somit nicht auszuschliessen, dass es mehrere tätliche Übergriffe der Gesuchstellerin auf die Kinder gegeben habe (Urk. 82 Ziff. 12 ff., 19 und 21 ff.).

E. 3.2.2

Die Gesuchstellerin bringt vor, es würden keine Anhaltspunkte für Vernach- lässigungen der Kinder bestehen. Hinsichtlich der diesbezüglichen Aussagen der Kinder sei auf Urk. 91/2 zu verweisen, worin eine Fachfrau der Polizei bestätige, dass die Aussagen der Kinder widersprüchlich seien. Es werde sodann bestritten, dass sie abwesend gewesen sei. Der Gesuchsgegner habe ferner eine Kehrt- wende gemacht und damit begonnen, sie zu diskreditieren und die Behörden ein-

- 18 - zuschalten. Unter Verweis auf die Bestätigungen der Lehrerinnen von D._____ (Urk. 92/8-9), Frau G._____ und Frau H._____, werde bestritten, dass sie mit der Kindererziehung überfordert sei. Wie aus der Bestätigung von Frau G._____ her- vorgehe, laufe in der Schule alles gut. Der Gesuchsgegner teile auch nicht die Ansichten von C._____, sondern C._____ müsse vielmehr eine fixe Behauptung des Gesuchsgegners decken. Die Frage der Erziehungsfähigkeit des Gesuchs- gegners stelle sich insofern nicht, als er gar kein brauchbares Betreuungskonzept vorweise. Die Vorinstanz habe entgegen der Darstellung des Gesuchsgegners nicht festgestellt, dass die Gesuchstellerin mit der Erziehung der Kinder überfor- dert sei. Schlechtes Verhalten liege im Übrigen seitens des Gesuchsgegners und nicht seitens ihres neuen Freundes vor. C._____ hätte den Brief ans Gericht auch per Post senden können, die Meinung des Gerichts hinsichtlich der Obhutszutei- lung sei dem Gesuchsgegner aber kurz zuvor mitgeteilt worden, weshalb die Sa- che für ihn geeilt habe. Der Brief sei auf Veranlassung des Gesuchsgegners er- folgt. Bestritten würden sodann die Ausführungen des Gesuchs-gegners im Zu- sammenhang mit den tätlichen Übergriffen durch sie (Urk. 90 Ziff. 11 ff., 19 und 21 ff.).

E. 3.2.3

Der Gesuchsgegner zweifelt die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin an. Er macht geltend, die Gesuchstellerin habe die Kinder vernachlässigt; so sei sie oft erst gegen Mitternacht nach Hause gekommen, habe die Kinder nachts al- leine gelassen, sie zu spät zur Schule geschickt, das Essen nicht rechtzeitig vor- bereitet und sich primär um ihre neue Beziehung gekümmert. Nicht nur hat er die- se Vorwürfe bereits vor Vorinstanz erhoben und ist diese zutreffenderweise zum Schluss gekommen, eine substantiierte Begründung für diese Anschuldigungen fehle weitgehend (vgl. Urk. 74 E. V.1.6). Die Aktenlage ergibt denn

auch ein ande- res Bild. So hält der Beistand in seinem Bericht fest, die Kinder würden gemäss Rückmeldung der Schule in der Schule gut funktionieren. Sie hätten ein gepfleg- tes Auftreten, würden pünktlich zur Schule erscheinen und keinerlei Anzeichen von Verwahrlosung zeigen (Urk. 96 S. 2). Gemäss Lernbericht Mai 2015 (Anhang zu Urk. 45) beteiligt sich D._____ aktiv am Unterricht, ist aufmerksam und inte- ressiert. D._____, so der Bericht weiter, wirke selbstbewusster und habe seine Selbstwirksamkeit entwickeln können. Sowohl Frau G._____ als ehemalige als

- 19 - auch Frau H._____ als aktuelle Lehrerin von D._____ bestätigen sodann in den Emails vom 4./5. Oktober 2015 (Urk. 92/8-9), einen guten Eindruck von D._____ und seiner Mutter zu haben. D._____ komme immer pünktlich und sauber ange- zogen zur Schule und habe sein Material stets dabei. Er sei sehr anständig und seine Mutter sei an den Elternanlässen pflichtbewusst dabei. Auch der Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung bestätigt, die Gesuchstellerin sei nach der Schule zuhause, um für die Kinder zu sorgen. Sie koche abends immer etwas Warmes. Sie könne sich gegenüber den Kindern gut durchsetzen und klare An- weisungen geben (Urk. 121 S. 4). Es mag im Übrigen zutreffen, dass die Gesuch- stellerin in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Kindererziehung und der neuen familiären Situation ge- beziehungsweise zuweilen auch überfordert war. In diesem Kontext ist auch die - im Bericht der sozialpädagogischen Famili- enbegleitung erwähnte - psychische Belastung der Gesuchstellerin, der mit einer medikamentösen und therapeutischen Behandlung begegnet wurde, zu sehen (Urk. 121 S. 4 f.). Der Gesuchsgegner blendet aber seine eigenen Defizite dersel- ben Art komplett aus. So lassen insbesondere der aktenkundige mehrfache Bei- zug der Polizei durch den Gesuchsgegner (vgl. Urk. 69, Urk. 101/1; dazu auch nachfolgend E. III.A.3.6.3) sowie die - aufgrund der Weigerung des Gesuchsgeg- ners, dem gerichtlichen Befehl vom 19. Mai 2015 (Urk. 47) nachzukommen, not- wendig gewordene - polizeiliche Rückführung der Kinder zur Gesuchstellerin (vgl. Urk. 53) auf eine auch auf Seiten des Gesuchsgegners bestehende Überforde- rung und auf eine allgemein stark belastete familiäre Gesamtsituation schliessen. Eine ernsthafte Einschränkung der Erziehungsfähigkeit ist aber bei beiden Partei- en nicht zu erkennen. Sowohl C._____ als auch D._____ berichteten anlässlich der zweiten Kinderanhörung von körperlicher Gewalt durch die Mutter (Prot. I. S. 42 f.). C._____ führte aus, dass die Gesuchstellerin sie geschubst habe und sie aufs Bett gefallen sei, woraufhin die Gesuchstellerin sie am Fuss gepackt und versucht habe, diesen zu drehen. Beim Notfall habe man dann zu ihr gesagt, der Fuss sei verstaucht (Prot. I S. 43). Die Prozessbeiständin der Kinder hat - nach Gesprächen mit den Kindern - vor Vorinstanz aber ausgeführt, die Kinder hätten, was ihre bisherigen Aussagen über die Gewalttätigkeit der Gesuchstellerin anbe- langt, einiges relativiert. C._____ sei zwar bei ihren Aussagen bezüglich des

- 20 - (soeben ausgeführten) Vorfalls mit ihrer Mutter geblieben. Beide Kinder hätten aber klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, dass dies der erste eigentliche Vorfall von körperlicher Gewalt mütterlicherseits gewesen sei (Prot. I. S. 48). Ins- besondere hat D._____ seine Aussagen im Rahmen der zweiten Kinderanhörung bezüglich der Schläge im Gespräch mit Rechtsanwältin Z._____ revidiert und er- klärt, dass er von seiner Mutter noch nie geschlagen worden sei (Prot. I. S. 51). Wie weit allfällige Beeinflussungen der Kinder durch die Parteien und insbesonde- re den Gesuchsgegner tatsächlich gingen beziehungsweise gehen, lässt sich nicht abschliessend eruieren. Fest steht aber, dass sich die Kinder in einem mas- siven Loyalitätskonflikt befinden und in der Vergangenheit in die

Konflikte der Eltern miteinbezogen wurden. Dies ist bei der Bewertung ihrer Aussagen zu berücksichtigen. So wird denn auch im Rapport der Polizei vom 25. Juni 2015 (Urk. 88/2) nicht nur auf die Widersprüchlichkeit der Aussagen der Kinder in der Befragung zu den fraglichen Vorfällen von körperlicher Gewalt durch die Gesuchstellerin, sondern auch auf die Möglichkeit einer Beeinflussung der Kinder durch den Gesuchsgegner hingewiesen. Das betreffende Strafverfahren wurde im Übrigen zwischenzeitlich von der Staatsanwaltschaft IV mit Verfügung vom 17. November 2015 (Urk. 104) eingestellt. Selbst wenn die Schilderungen von C._____ im Zusammenhang mit dem verstauchten Fuss zutreffen, ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um einen einmaligen Vorfall handelte. Aus den im Recht liegenden Berichten der involvierten Fachpersonen ergeben sich nämlich keine Hinweise für ein pflichtwidriges Verhalten, insbesondere für allfällige wiederholte Gewalttätigkeiten, der Gesuchstellerin gegenüber den Kindern. So hält der Beistand in seinem Bericht vom 17. November 2015 ausdrücklich fest, dass ihm von anderen Vorfällen körperlicher Gewalt nichts bekannt sei (Urk. 96 S. 3). Auch im Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung wird festgehalten, die Gesuchstellerin pflege gegenüber den Kindern einen liebevollen Umgang (Urk. 121 S. 4). Für die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin spricht sodann, dass sie sich bei Bedarf die notwendige externe Unterstützung holt. So wurde im Hinblick auf eine Besprechung mit der Schule ein Dolmetscher für die Gesuchstellerin aufgeboten (Prot. I. S. 10) und wie sich aus dem Bericht des Beistandes ergibt, besucht

- 21 - D._____ zur Entlastung der Gesuchstellerin die Hausaufgabenhilfe der Schule (Urk. 96 S. 2). Im Übrigen wurde für sie eine sozialpädagogische Familienbegleitung installiert. Gemäss Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung ist die Gesuchstellerin darum bemüht, die Tipps der Familienarbeiterin umzusetzen (Urk. 121 S. 4). Wer sich im Übrigen in der Vergangenheit um schulische bzw. administrative Angelegenheiten gekümmert hat, ist sodann - entgegen der Auffassung des Gesuchsgegners - nicht ausschlaggebend. Von Relevanz ist vielmehr, dass die Gesuchstellerin - wie auch die Lehrerin von D._____ bestätigt (Urk. 92/9) - aktuell auch um diese Belange besorgt ist. Für die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin spricht schliesslich sicherlich auch ihre (bereits gelebte) Bereitschaft, den Kindern einen über das im vorinstanzlichen Entscheid festgelegte Besuchsrecht hinausgehenden Kontakt zum Gesuchsgegner zu ermöglichen (vgl. dazu E. III.A.3.6.3). Es bleibt somit insgesamt bei der vorinstanzlichen Würdigung, dass die Erziehungsfähigkeit beider Parteien anzuerkennen ist.

E. 3.3

Ferner sind die Kosten der Prozessbeiständin der Kinder den Eltern – entsprechend der Praxis zu den Kinderschutzmassnahmen – unabhängig vom Verfahrensausgang je zur Hälfte aufzuerlegen (OGer ZH LE130019 vom 7.6.2013 E. IV.6; OGer ZH LY120003 vom 23.7.2012 E. III.3). Die Prozessbeiständin wird für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren praxisgemäss vorab aus der Gerichtskasse zu entschädigen sein. Über die Höhe ihres Honorars wird mit separatem Beschluss zu entscheiden sein.

- 41 - Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffern 1, 6 und 8 bis 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 11. Juni 2015 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Der Antrag des Gesuchsgegners auf Zuteilung der ehelichen Wohnung an der ... [Adresse] für die Dauer des Getrenntlebens an die Gesuchstellerin wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben. 3. Der Antrag der Verfahrensbeteiligten sowie der Eventualantrag des Gesuchsgegners betreffend Einholung

eines Erziehungsfähigkeitsgutachtens über beide Parteien wird abgewiesen. 4. Der Antrag der Verfahrensbeteiligten auf erneute Fristansetzung zur Antragsstellung nach Vorliegen des Gutachtens wird abgewiesen.

E. 3.3.1

Der Gesuchsgegner macht geltend, es sei unerheblich, ob er etwas mehr auf Fremdbetreuung angewiesen sei als die Gesuchstellerin. Tatsache sei, dass beide Parteien die Kinder zumindest teilweise nicht persönlich betreuen könnten. So sei auch die Gesuchstellerin auf den Mittagstisch angewiesen. Er arbeite Schicht und könne daher viel Zeit für die Kinderbetreuung aufbringen. Namentlich wenn er Frühschicht habe, könne er die Kinder nachmittags betreuen. Er beabsichtige auch in Zukunft bei der Familie I. _____ zu wohnen. Gemeinsam sei man auf der Suche nach einem Haus oder einer grösseren Wohnung in der Nähe seines Arbeitsortes. Die Kinder könnten somit im eigenen Zuhause betreut werden. Die Familienmitglieder der Familie I. _____ würden nach anfänglichen Schwierigkeiten für die Kinder fast schon zur eigenen Familie gehören. Allein aus der Tatsache, dass die Gesuchstellerin mehr Präsenzzeit zu Hause habe, könne nicht abgeleitet werden, dass die Kinder in dieser Zeit auch gut betreut würden. C. _____ berichte, dass sich die Gesuchstellerin seit Aufnahme der neuen Beziehung nicht mehr so gut um sie und ihren Bruder kümmere (Urk. 82 Ziff. 37-41).

- 22 -

E. 3.3.2

Die Gesuchstellerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, sie arbeite nicht mehr und könne sich voll der Kinderbetreuung widmen. Ohnehin sei es etwas anderes, ob die Kinder über Mittag am Mittagstisch sitzen würden oder ob ein Elternteil mindestens ca. 10.5 Stunden pro Tag abwesend sei. Ein konkretes Betreuungskonzept werde vom Gesuchsgegner nicht aufgezeigt, so habe der Gesuchsgegner insbesondere auch nicht nur Frühschichten. Sodann würden im Zusammenhang mit einer neuen Wohnung des Gesuchsgegners substantiierte Angaben zu den finanziellen Möglichkeiten und den Suchbemühungen fehlen. Den Kindern gehe es bei ihr im Übrigen gut, was auch von den Lehrerinnen bestätigt werde (Urk. 90 Ziff. 37-41).

E. 3.3.3

Die Gesuchstellerin geht, wie auch aus dem im Recht liegenden Kündigungsschreiben (Urk. 92/10) hervorgeht, aktuell keiner Erwerbstätigkeit nach. Sie ist somit in der Lage, die Kinder umfassend persönlich zu betreuen. Demgegenüber ist der Gesuchsgegner Vollzeit erwerbstätig und arbeitet je nach Schicht von 05:30 bis 14:00 Uhr oder von 14:00 bis 22:30 Uhr (Urk. 20 S. 7). Dazu kommt der Zeitaufwand für die Bestreitung des Arbeitsweges von Zürich nach F. _____ und zurück. Trotz seiner Schichtarbeit könnte der Gesuchsgegner seine Kinder somit keineswegs überwiegend persönlich betreuen. Er wäre massgeblich und auch zu sensiblen Zeiten auf Fremdbetreuung angewiesen. Dies räumt der Gesuchsgegner auch ein, indem er vorbringt, dass die Kinder während seiner beruflichen Abwesenheiten durch die nichterwerbstätige Ehefrau der Familie I. _____ betreut werden könnten. Eine solche Betreuung, wenn auch in einer den Kindern vertrauten Umgebung, käme einer persönlichen Betreuung durch die leibliche Mutter aber nicht gleich. Der persönlichen Betreuung durch die leiblichen Eltern ist nach der zitierten Rechtsprechung gegenüber derjenigen durch Dritte vielmehr der Vorzug zu gewähren. Zu Recht hat die Vorinstanz im Übrigen darauf hingewiesen, dass der Gesuchsgegner hinsichtlich seiner zukünftigen

Wohnsituation widersprüchliche Angaben machte, indem er zunächst vorbrachte, die Lösung bei der Familie I. _____ sei nur vorübergehender Natur, anschliessend hingegen erklärte, er plane nun künftig dort wohnen zu bleiben (Prot. I. S. 53 f.). Angaben des Gesuchsgegners dazu, wie die Betreuung der Kinder im Falle seines Auszuges aus dem Haushalt der Familie I. _____ gewährleistet würde, fehlen. Im Rahmen der

- 23 - Berufung bringt der Gesuchsgegner nunmehr vor, gemeinsam mit der Familie I. _____ sei man auf der Suche nach einem Haus oder einer grösseren Wohnung in der Nähe seines Arbeitsortes, ohne jedoch in irgendeiner Weise präzisierende Angaben zu dieser Wohnungssuche zu machen. Die künftige Wohnsituation des Gesuchsgegners erscheint demnach ungeklärt und damit auch sein Betreuungskonzept. Überdies verfängt die vom Gesuchsgegner erneut erhobene Kritik hinsichtlich der Qualität der persönlichen Betreuung durch die Gesuchstellerin - wie bereits dargelegt (E. III.A.3.2.3) - nicht. Es ist somit zusammenfassend festzuhalten, dass die Gesuchstellerin eine dem Kindeswohl dienende persönliche Betreuung besser gewährleisten kann als der Gesuchsgegner.

E. 3.4

Gesamthaft betrachtet ist von einem hälftigen Obsiegen und Unterliegen der Parteien auszugehen. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sind den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wobei die Kosten zufolge der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Parteientschädigungen sind wettzuschlagen. IV. A. Unentgeltliche Rechtspflege / Prozessvertretung 1. Sowohl der Gesuchsgegner (Urk. 82 S. 5) als auch die Gesuchstellerin (Urk. 90 S. 3) haben für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. 2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 117 N 4). 3. Der Gesuchsgegner macht zur Begründung seines prozessualen Armenrechtsgesuches geltend, seine finanzielle Situation habe sich seit Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens nicht verändert (Urk. 82 Ziff. 73). Da die erstinstanzliche Unterhaltsregelung für den Eventualfall der Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin nicht angefochten wurde (vgl. Urk. 82 S. 4), bleibt es bei den Unterhalts-

- 39 - beiträgen von Fr. 625.- je Kind (Urk. 74 Dispositivziffer 7). Nach Deckung des eigenen Existenzminimums und nach Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber den beiden Kindern verbleibt dem Gesuchsgegner kein Überschuss (Urk. 74 E. VIII.). Alsdann ist er hoch verschuldet (vgl. Urk. 21/8-11) und es läuft - nach Angaben des Gesuchsgegners (Urk. 82 S. 24) - weiterhin eine Lohnpfändung (vgl. auch Urk. 21/6). Damit ist die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners nach wie vor zu bejahen. Schliesslich war der Verfahrensstandpunkt des Gesuchsgegners nicht von vornherein aussichtslos und er war als rechtsunkundige Partei zur gehörigen Führung des Prozesses auf eine Rechtsverbeiständung angewiesen. Da damit die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege im Fall des Gesuchsgegners erfüllt sind, ist ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und die von ihm beantragte unentgeltliche

Rechtsver- tretung beizugeben.

E. 3.4.1

Der Gesuchsgegner bringt vor, die bisherige Rollenverteilung könne nicht als massgebliches Kriterium bei der Obhutszuteilung betrachtet werden. Einer- seits habe er glaubhaft dargelegt, dass er aufgrund seiner Schichtarbeit bereits während des Zusammenlebens stets einen erheblichen Anteil an Betreuungszeit übernommen habe. Andererseits seien die Kinder mittlerweile gross genug, um die Rollen bzw. die Betreuungszeit neu zwischen den Parteien zu verteilen (Urk. 82 Ziff. 42).

E. 3.4.2

Die Gesuchstellerin setzt dem entgegen, die Behauptung des Gesuchs- gegners, er habe die tägliche Betreuung und Erziehung auch schon früher min- destens im gleichen Ausmass wie sie erbracht, sei falsch und widerspreche sei- nen eigenen Aussagen im ersten Eheschutzverfahren der Parteien. Der Schicht- betrieb, in dem der Gesuchsgegner arbeite, ermögliche auch keine ausreichende Betreuung der Kinder (Urk. 90 Ziff. 7 und 42).

E. 3.4.3

Hervorzuheben ist zunächst, dass im Eheschutzverfahren - da grundsätz- lich Regelungen für einen beschränkten Zeithorizont zu treffen sind - dem Kriteri- um einer grösstmöglichen Stabilität der Verhältnisse besondere Bedeutung zu- kommt. Im Unterschied zur Situation bei einer Ehescheidung, die meistens eine Neuorientierung aller beteiligten Personen, auch der Kinder, zur Folge hat, sollten die bisherigen Lebensumstände eines Kindes nicht ohne Not von Grund auf ver-

- 24 - ändert werden. Kinder sollten mit möglichst wenig einschneidenden Veränderun- gen belastet werden. Ihr Umfeld (Beziehungen zu Geschwistern, die Schule, die Möglichkeiten, einen Hort zu besuchen, Beziehungen zu Freunden, Spielgele- genheiten und Freizeitaktivitäten) hat daher besonderes Gewicht (ZK-Bräm/Ha- senböhler, Art. 176 ZGB N 76). Die Gesuchstellerin führte vor Vorinstanz aus, die Kinder seien schon immer von ihr betreut worden. Der Gesuchsgegner habe das Geld verdient; sie habe die Kinder erzogen und den Haushalt besorgt (Urk. 18 S. 2). Der Gesuchsgegner führte noch im ersten Eheschutzverfahren der Parteien (EE140071, Urk. 7, Prot. S. 11) im Zusammenhang mit einer Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin aus, bis jetzt sei dies so gewesen, dann mache die Gesuchstellerin das auch weiter- hin. Vor Vorinstanz bestätigte er zwar, die Rollenverteilung der Parteien habe vorgesehen, dass die Gesuchstellerin für die Kinderbetreuung zuständig sei, führ- te aber ergänzend aus, in den letzten Jahren habe die Gesuchstellerin die Be- treuung immer mehr vernachlässigt, so dass er zwangsläufig in die Rolle des Hauptbetreuers gedrängt worden sei (Prot. I. S. 20; Urk. 20 S. 5). Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass der Gesuchsgegner stets ein 100%-Arbeitspensum bewältigte, die Gesuchstellerin hingegen - abgesehen von einer kurzen Zeitspan- ne im Jahre 2011 und während des vorinstanzlichen Verfahrens (Urk. 18 S. 4 und Prot. I. S. 12) - keiner Erwerbstätigkeit nachging, nicht glaubhaft. Vielmehr ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Parteien bis zur Trennung eine klas- sische Rollenverteilung gelebt haben. Die Erwerbstätigkeit oblag primär dem Ge- suchsgegner und die Betreuung der Kinder primär der Gesuchstellerin. Diese ist daher - auch wenn sich der Gesuchsgegner ebenfalls an der Kinderbetreuung sowie der Erziehung beteiligt hat - als bisherige Hauptbezugsperson der Kinder anzusehen. Eine Umstossung des gelebten Rollenmodells erscheint vorliegend im Hinblick auf das Kindeswohl nicht sinnvoll, zumal die

Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin vorliegt. Sodann ist in diesem Zusammenhang entscheidend, dass der Beistand in seinem Bericht vom 17. November 2015 (Urk. 96 S. 2) festhält, die Kinder würden laut Rückmeldung der Schule in der Schule gut funktionieren. Sie seien gemäss Aussagen der Schulsozialarbeiterin innerhalb der Schule sozial gut eingebettet, würden über einen Freundeskreis verfügen und sich in der

- 25 - Klasse wohl fühlen. Die Kinder haben auch in der Kinderanhörung ausgeführt, dass sie gerne in die Schule gehen würden, in der sie derzeit seien, und dort auch Freunde hätten (Prot. I. S. 33 und 45). Die Gesuchstellerin hat per 1. Juli 2016 (Urk. 133/1) eine neue Wohnung bezogen. Diese befindet sich ebenfalls in J. _____ ZH. Aufgrund des aktuellen Wohnortes des Gesuchsgegners in Zürich wäre eine Obhutszuteilung an ihn hingegen für die Kinder mit einem Schulwechsel verbunden. Vor diesem Hintergrund ist bei einem Verbleib der Kinder in der Obhut der Gesuchstellerin die Kontinuität sowie die Stabilität des örtlichen und sozialen Umfelds für die Kinder deutlich besser gewährleistet. Im Übrigen bleibt zu bemerken, dass allfällige Spannungen im Zusammenhang mit dem Aufenthalt des neuen Freundes der Gesuchstellerin in deren Haushalt, welche seitens des Gesuchsgegners als auch der Prozessbeiständin der Kinder und dem Beistand mehrfach thematisiert wurden (vgl. Urk. 96 S. 1; Urk. 100 Ziff. 2; Urk. 102 Ziff. 2), inskünftig entfallen. Wie aus dem im Recht liegenden Mietvertrag (Urk. 111) hervorgeht, hat K. _____ per 1. März 2016 eine eigene Wohnung gefunden und ist aus der Wohnung der Gesuchstellerin ausgezogen.

E. 3.5

Kindeswille

E. 3.5.1

Der Gesuchsgegner rügt, die Vorinstanz habe bei der Obhutszuteilung verkannt, dass die Kinder ausdrücklich einen Wechsel gewünscht hätten. Dieser Wunsch sei nicht nur in der zweiten Kinderanhörung, sondern auch gegenüber der Kindesvertretung geäussert worden. Die Vorinstanz ziehe zu Unrecht nicht in Betracht, dass der Stimmungsumschwung mit dem Verhalten der Gesuchstellerin zu tun habe. Vor dem Hintergrund, dass die Kinder seit der Trennung mit der Gesuchstellerin leben würden, sei verständlich, dass sie von einem Zusammenleben mit ihr konkretere Vorstellungen hätten, wobei C. _____ ziemlich konkret schildert habe, wie die Betreuung bei und durch ihn funktionieren könnte. Die Aussage der Kindsvertreterin, es sei anzunehmen, dass es sich beim Wunsch der Kinder, bei ihm zu wohnen, nicht um einen inneren und dringlichen Wunsch handle, müsse mit Vorbehalten gewürdigt werden, habe zwischen der Kindsvertreterin und den Kindern doch nur ein kurzes Gespräch stattgefunden. Die Kinder hätten in der zweiten Anhörung glaubhaft dargelegt, dass sich die Situation zu Hause sehr

- 26 - negativ entwickelt habe. Dasselbe Bild ergebe sich auch aus dem Brief von C. _____. Selbst die Kindsvertretung habe bestätigt, dass sich die Kinder im Moment bei der Gesuchstellerin unwohl fühlen würden. Den Aussagen in der zweiten Anhörung sei mindestens ebenso viel Bedeutung zuzumessen wie denjenigen in der ersten Anhörung (Urk. 82 Ziff. 9 ff., 17 f. und 20).

E. 3.5.2

Die Gesuchstellerin bringt vor, die Kinder würden keine Veränderung des Umfelds wollen, sondern einfach dem imperativen Wunsch des Vaters nachkommen, angeblich bei ihm

wohnen zu wollen. Sie hätten sich nie überlegt, wie es wäre, die gewohnte Umgebung, ihre Schulkollegen sowie die Gesuchstellerin verlassen zu müssen. Ein Leben beim Gesuchsgegner bedeute ein Leben in ausschliesslich tamilischem Umfeld ohne erhebliche Assimilations-Möglichkeiten. Das Kindeswohl gebiete, eine Entwicklung im hiesigen Umfeld zuzulassen. Der Gesuchsgegner behaupte, zusammen mit der Familie I._____ eine Wohnmöglichkeit im Raum Oberland/Rapperswil zu suchen. Bei einer Obhutszuteilung an ihn müssten die Kinder somit zweimal ihr Umfeld wechseln. Die Kinderanwältin sei im Übrigen sehr erfahren und es sei unbekannt, wie viele Besprechungen mit den Kindern stattgefunden hätten. Der Vorinstanz sei insofern zuzustimmen, als der Gesuchsgegner zum Zeitpunkt der ersten Kinderanhörung noch keine Zeit gehabt habe, die Kinder zu bearbeiten. Später sei dies deutlich anders gewesen. Die Bestätigungen der Lehrerinnen würden klar zeigen, dass sich an der Situation seit der ersten Kinderanhörung nichts verschlechtert habe. Bezeichnend sei, dass die Kinder in der zweiten Anhörung plötzlich die Gesuchstellerin systematisch schlecht gemacht und auch über ihren neuen Freund äusserst schlechte Sachen gesagt hätten, dann bei der Polizei jedoch ausgeführt hätten, sie würden diesen nur vom Sehen her kennen. Dies zeige, dass die zweite Kinderanhörung ebenso einstudiert gewesen sei wie das Schreiben von C._____ an die Vorinstanz (Urk. 90 Ziff. 9 f., 17 f. und 20).

E. 3.5.3

Wie bereits erwähnt (E. III.A.3.1), ist je nach Alter der Kinder ihrem eindeutig geäusserten Wunsch bei der Obhutszuteilung Rechnung zu tragen (vgl. BGE 122 III 401 E. 3). Es bleibt vorab darauf hinzuweisen, dass es sich beim Kindeswille lediglich um ein Zuteilungskriterium handelt, welches in die Gesamtbeurteilung einzubeziehen ist. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass hinsichtlich der Frage der Obhutszuteilung ein Kind ab dem 12. Altersjahr urteilsfähig ist (Fam-Komm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 3; BGer 5A_119/2010 vom 12. März 2010, E. 2.1.3; BGer 5A_482/2007 vom 17. Dezember 2007, E. 3.1). C._____ war im Zeitpunkt der beiden Anhörungen 11 ½ und D._____ 8 ½ Jahre alt. Angesichts dessen, dass D._____ vom vorstehend erwähnten Alter noch verhältnismässig weit entfernt ist, ist seine Meinung ohnehin mit gewisser Zurückhaltung zu würdigen. Während C._____ und D._____ anlässlich der ersten Anhörung vom 11. März 2015 bestätigten, die Situation, wie sie zurzeit sei, sei für sie in Ordnung und lediglich D._____ meinte, er würde gerne etwas mehr Zeit mit dem Gesuchsgegner verbringen (Prot. I. S. 33 f.), stellten sich beide Kinder anlässlich der zweiten Anhörung auf den Standpunkt, dass sie beim Gesuchsgegner wohnen möchten (Prot. I. S. 42 ff.). Die Kinder haben ihre Meinung insofern in den lediglich rund 2 ½ Monaten bis zur zweiten Anhörung am 26. Mai 2015 diametral geändert. Worauf dieser Meinungsumschwung im Einzelnen zurückzuführen ist, steht nicht im Vordergrund. Bereits vor Vorinstanz hielt die Prozessbeiständin fest, es könne gesagt werden, dass es sich beim Wunsch der Kinder, beim Vater leben zu wollen, um keinen innerlichen und dringlichen Wunsch handeln könne (Prot. I. S. 51). Im Rahmen des Berufungsverfahrens äusserte sie sich erneut dahingehend, dass derzeit aus ihrer Sicht nicht klar sei, was der wirkliche Wille der Kinder sei und ob insbesondere der geäusserte Wunsch, zum Gesuchsgegner umziehen zu wollen, wirklich ihrem freien Willen und nicht einer Instrumentalisierung durch den Gesuchsgegner entspringe (Urk. 86 S. 2 ff.). Auch der Beistand der Kinder betont in seinem Bericht vom 17. November 2015, dass die Kinder einem Loyalitätskonflikt ausgesetzt seien. Bei C._____ falle auf, dass sie sich teilweise in widersprüchlichen Aussagen

verheddere. So habe sie im Gespräch mit ihm gesagt, dass sie beim Gesuchsgegner leben wolle, der Schulsozialarbeitenden habe sie (demgegenüber) mitgeteilt, dass sie weiterhin in J._____ leben möchte (Urk. 96 S. 1). C._____ bestätigte anlässlich der zweiten Kinderanhörung sodann auch selbst, es werde im Moment von allen Seiten auf sie eingeredet (Prot. I. S. 42). Davon, dass die Kinder hin- und hergerissen sind und ihre Aussagen dem jeweiligen Gesprächspartner anpassen, geht denn auch der Gesuchsgegner aus (Prot. I. S. 25;

- 28 - Urk. 82 Ziff. 25). Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich die Kinder, insbesondere C._____, in einem schwerwiegenden Loyalitätskonflikt befinden und sich kein autonomer und stabiler Zuteilungswunsch der Kinder eruieren lässt. Ihren Äusserungen kann somit bei der Frage der Obhutszuteilung kein ausschlaggebendes Gewicht zukommen. Die Ausführungen in C._____'s Brief vom 22. April 2015 (Urk. 36) vermögen im Übrigen gerade keine Bestätigung für ihre Äusserungen in der zweiten Kinderanhörung zu liefern, lässt sich diesbezüglich nämlich eine Einflussnahme durch den Gesuchsgegner ebenfalls nicht ausschliessen. Wie auch die Prozessbeiständin zutreffenderweise bemerkt, entspricht die Wortwahl im Brief denn auch nicht einem 11 ½ jährigen Kind.

E. 3.6

Kooperationsbereitschaft in Kinderbelangen

E. 3.6.1

Der Gesuchsgegner bringt schliesslich vor, von der Hauptbetreuungsperson werde erwartet, den Kontakt des Kindes mit dem anderen Elternteil zu fördern. Seit der faktischen Trennung habe er die Kinder insgesamt nur rund sechs Mal gesehen, telefonische Kontakte mit den Kindern seien durch die Gesuchstellerin verwehrt worden (Urk. 82 Ziff. 45).

E. 3.6.2

Die Gesuchstellerin führt diesbezüglich aus, sie habe sich an die Besuchsrechtsregelung des Gerichts gehalten. Den telefonischen Kontakt habe sie erst unterbunden, als klar geworden sei, dass der Gesuchsgegner die Kinder permanent beeinflusse. Die Kinder seien im September 2015 für ein ganzes Wochenende beim Gesuchsgegner gewesen. Eine zwischenzeitliche Zurückhaltung ihrerseits sei im Übrigen durchaus auch begründet, da es wiederholt zu Problemen bei der Besuchsrechtsausübung gekommen sei, wie auch durch die Email von Rechtsanwältin X._____ vom 13./15. Juli 2015 (Urk. 92/12) bestätigt werde (Urk. 90 Ziff. 45).

E. 3.6.3

Wie aus der Emailkorrespondenz zwischen den beiden Parteivertretern (Urk. 92/11), aber auch aus dem Bericht des Beistandes (Urk. 96) hervorgeht, kam es zu über die erstinstanzliche Besuchsrechtsregelung hinausgehenden Kontakten zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner. So hält der Beistand in seinem Bericht vom 17. November 2015 fest, die Gesuchstellerin habe einge-

- 29 - willigt, dass die Kinder alle zwei Wochen von Samstag 09:00 Uhr bis Sonntag 20:00 Uhr beim Gesuchsgegner verbringen dürfen. Anlässlich des Zukunftstages am 12. November 2015 habe C._____ den Gesuchsgegner zudem bei der Arbeit begleiten können (Urk. 96 S. 2). Im Februar 2016 haben die Kinder des Weiteren eine Woche Ferien mit dem

Gesuchsgegner verbracht (vgl. Urk. 107/2). Zudem bestätigt auch der Bericht der sozialpädagogischen Familienbegleitung, die Be- suchsrechtsregelung funktioniere sehr gut (Urk. 121 S. 4). Dies widerlegt das Vorbringen des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin stehe einem Kontakt zwi- schen ihm und den Kindern im Wege, sondern spricht vielmehr stark für die grundsätzliche Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der Gesuchstellerin. Daran ändert auch nichts, dass sie die telefonischen Kontakte zwischen den Kindern und dem Gesuchsgegner einschränkte. In Anbetracht dessen, dass sich C._____ und D._____ in einem enormen Loyalitätskonflikt befinden und starke Anhalts- punkte für eine Beeinflussung der Kinder durch den Gesuchsgegner bestehen, erscheint diese Massnahme vielmehr als nachvollziehbarer Versuch der Gesuch- stellerin, die emotionale Belastung der Kinder zu reduzieren. Die sozialpädagogi- sche Familienbegleiterin hat sodann in ihrem Zwischenbericht eine Bereitschaft der Gesuchstellerin zur Zusammenarbeit festgestellt (Urk. 121 S. 4). Überdies ist zu berücksichtigen, dass dem Gesuchsgegner keineswegs eine ungetrübte Kommunikations- und Kooperationsbereitschaft zugeschrieben werden kann, was sich insbesondere durch die auf seine Veranlassung hin erfolgten Polizeiinterven- tionen manifestiert. So bot er am 4. Juli 2015 nach einem Besuchstag der Kinder bei ihm, mit der Begründung, die gemeinsamen Kinder würden sich vor dem neu- en Lebenspartner der Gesuchstellerin und der Gesuchstellerin ängstigen und nicht in deren Wohnung zurückkehren wollen, die Polizei auf. Diese stellte in der Verfügung vom 14. Juli 2015 (Urk. 69 S. 3) allerdings Folgendes fest: "Die Kinder (...) machten zu keinem Zeitpunkt einen verängstigten Eindruck. (...) Es schien, dass die Kinder einen grossen Wert darauf legten, nichts Falsches im Sinne des Vaters zu tun. (...) Auf Grund der vorgenannten Begebenheiten ist davon auszu- gehen, dass der polizeiliche Einsatz bewusst und widerrechtlich von A._____ ver- ursacht wurde." Am 3. Dezember 2015 meldete sich der Gesuchsgegner erneut bei der Polizei und gab an, dass seine Kinder vom Freund der Gesuchstellerin

- 30 - geschlagen worden seien. In der Verfügung vom 11. Dezember 2015 (Urk. 101/1) führte die Kantonspolizei Zürich allerdings aus: "Ob und was sich zwischen C._____ und K._____ letztlich abgespielt hat, konnte durch uns nicht eruiert wer- den. Mutmasslich kam es zu einem verbalen Disput. (...) Die Polizei ist in Sachen der im Rapport aufgeführten Personen schon mehrfach ausgerückt und wird vor allem vom Kindsvater instrumentalisiert, um sich mutmasslich im laufenden Scheidungsverfahren besser zu stellen." Dass das vom Gesuchsgegner gegen die Gesuchstellerin initiierte Strafverfahren wegen Körperverletzung etc. gegen- über den Kindern zwischenzeitlich eingestellt wurde (vgl. Urk. 104), wurde bereits erwähnt (vgl. E. II.A.3.2.3). Obwohl den Parteien zu diesen Zeitpunkten bereits di- verse Fachpersonen zur Seite standen, so der - mit Verfügung vom 21. Mai 2015 (Urk. 53) angeordnete und mit Beschluss der KESB Hinwil vom 2. Juni 2015 (Urk. 59) ernannte - Beistand von C._____ und D._____, die sozialpädagogische Familienbegleiterin, die im Bericht der Kantonspolizei Zürich erwähnte Schulsozi- alarbeiterin und im Übrigen auch die Prozessbeiständin der Kinder (vgl. Urk. 60), sah der Gesuchsgegner wiederholt keine andere Alternative, als auftretenden Schwierigkeiten im Zusammenhang mit den Kindern durch den - zumindest aus deren Perspektive unberechtigten - Beizug der Polizei zu begegnen. Dies spricht deutlich gegen seine Kooperationsbereitschaft mit der Gesuchstellerin und den involvierten Fachpersonen.

E. 3.7

Fazit Resümiert erscheinen beide Parteien und insbesondere auch die Gesuchstellerin erziehungsfähig. Die bisherige Betreuung und vor allem auch die Möglichkeit der inskünftig persönlichen Betreuung sprechen klar für eine Zuteilung der Obhut über C._____ und D._____ an die Gesuchstellerin. Sodann ist im Sinne des Kindes- wohls die Stabilität der Verhältnisse hoch zu gewichten. Die Kinder fühlen sich in ihrer derzeitigen Schule wohl und verfügen bei der Gesuchstellerin in J._____ auch über einen Freundeskreis. Sie sollen nicht ohne Not aus ihrem dortigen so- zialen Umfeld gerissen werden. Eine Obhutszuteilung an den Gesuchsgegner wä- re aber zwangsläufig mit einem Wegzug aus J._____ und somit mit einem Schul- wechsel verbunden. Der Gesuchsgegner vermochte sodann kein einheitliches,

- 31 - überzeugendes Betreuungskonzept während seinen beruflich bedingten, beträchtlichen Abwesenheiten zu präsentieren. Die Gesuchstellerin hat des Weiteren be- wiesen, dass sie trotz den Vorkommnissen und den nicht unerheblichen Differenzen zwischen den Parteien in der Vergangenheit dafür besorgt ist, dass die Beziehung der Kinder zum Gesuchsgegner bestehen bleibt. Die Obhut über C._____ und D._____ ist daher in Übereinstimmung mit der Vorderrichterin für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zuzuteilen. Allfälligen Bedenken hinsichtlich einer Überforderung der Gesuchstellerin beziehungsweise Kommuni- kations- und Kooperationsschwierigkeiten der Parteien wurde mit den (nicht ange- fochtenen) flankierenden Massnahmen gemäss Dispositivziffer 4 (Beistandschaft und sozialpädagogische Familienbegleitung) hinreichend Rechnung getragen. B. Besuchsrecht 1. Die Vorinstanz erklärte den Gesuchsgegner für berechtigt, die Kinder C._____ und D._____ je am ersten und dritten Samstag eines jeden Monats von 09:00 Uhr bis 20:00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Von einem Ferienbesuchsrecht des Gesuchsgegners sah sie ab (Urk. 74 S. 21 f. und S. 32, Dispositivziffer 3).

E. 4

Mit Bezug auf ihr Armenrechtsgesuch macht die Gesuchstellerin geltend, dass sie nach wie vor sozialhilfeabhängig sei. Zudem bestehe jetzt auch keine Anstellung mehr (Urk. 90 S. 25). Ein entsprechender Beleg der Sozialbehörde J._____ über die Auszahlung von Unterstützungsleistungen (Urk. 17/6) sowie das Kündigungsschreiben der Gesuchstellerin an die Arbeitgeberin L._____ AG vom 24. Juni 2015 (Urk. 91/10) liegen im Recht. Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist somit glaubhaft. Nachdem nicht von vornherein gesagt werden konnte, dass die Gewinnaussichten der Gesuchstellerin beträchtlich geringer waren als die Ver- lustgefahren, und die Gesuchstellerin ausserdem auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Interessen angewiesen war, ist der Gesuchstellerin auch im Beru- fungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Per- son ihres Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

E. 5

Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechts- pflege gewährt. Der Gesuchstellerin wird in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ und dem Gesuchsgegner in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt.

E. 6

Für das erstinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zu- gesprochen.

E. 7

Die zweitinstanzliche Entscheidgebür wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt. Die Kosten für die Aufwendungen der Prozessbeiständin der Kinder bleiben vorbehalten.

E. 8

Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren (inkl. der Kosten für die Aufwendungen der Prozessbeiständin der Kinder) werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

E. 9

Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

- 44 -

E. 10

Schriftliche Mitteilung an – die Parteien, – die Prozessbeiständin der Kinder Rechtsanwältin lic. iur. Z._____, – die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil, Postfach 551, 8630 Rüti, – den Beistand M._____, Kinder- und Jugendhilfezentrum J._____, ... [Adresse], – das Migrationsamt des Kantons Zürich, – die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 11

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 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, 15. August 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. N.A. Gerber versandt am: kt

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.