

ZH_OBERGERICHT LE170037 vom 13. Oktober 2017

ZH Obergericht, 2017-10-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170037

FR: ZH_OBERGERICHT LE170037 du 13 octobre 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE170037 del 13 ottobre 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet. Sie haben ein gemeinsames Kind namens C._____, geboren am tt.mm.2011. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) hat ein weiteres (voheliches) Kind namens D._____, geboren am tt.mm.2008 (Urk. 9/2 und Urk. 5/2). Der Berufungsbeklagte und Gesuchsgegner (fortan Gesuchsgegner) ist nicht dessen biologischer Vater (vgl. Urk. 9/2 Geburtsurkunde; Urk. 9/28/33-34 und Urk. 9/28/36). D._____ hat eine Autismus-Spektrum Störung (vgl. Urk. 9/49 Rz. 16). Seit Ende März 2017 lebt er unter der Woche im ...-Haus E._____ [Ort] und am Wochenende bei der Gesuchstellerin (Urk. 1 Rz. 36; Urk. 54 Rz. 15 und Urk. 9/50/1).

E. 1.1

Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 Disp. Ziff. 5). Diesbezüglich gilt es keine Anordnungen zu treffen.

E. 1.2

Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren richtet sich nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– als angemessen.

E. 1.2.1

Die Gesuchstellerin moniert, entgegen der Vorinstanz könne durchaus abschliessend beurteilt werden, ob die Gesuchstellerin wiederholt Drogen einnehme oder nicht. Sie erscheine regelmässig zur Urinabgabe und sämtliche Test seien mit Ausnahme des ersten Tests vom 7. März 2017 negativ ausgefallen. Wer täglich harte Drogen konsumiere – wie es der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin vorwerfe –, könne nicht von einem Tag auf den anderen damit aufhören. Seit vier Monaten konsumiere die Gesuchstellerin nachweislich keine Drogen mehr. Sie sei nicht von harten Drogen abhängig. Entgegen der Vorinstanz könne offensichtlich abschliessend beurteilt werden, ob die Gesuchstellerin Drogen nehme oder nicht. Die über Monate abgegebenen negativen Tests würden von der Vorinstanz indes ignoriert, da sie nichts über das Konsumverhalten der Gesuchstellerin vor der Installation der Tests aussagen würden. Zur Beurteilung, ob die Gesuchstellerin das Kindeswohl wahren könne, sei aber die Gegenwart und die Zukunft von Bedeutung. Zwar könne der Entscheid vom 13. März 2017 [superprovisorischer Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts und Anordnung der Fremdplatzierung, Urk. 9/43] noch teilweise nachvollzogen werden, zumal in diesem Zeitpunkt schwerwiegende Vorwürfe hinsichtlich eines täglichen Drogenkonsums und ein positiver Test vorgelegen hätten. Indes seien zum Zeitpunkt der

Entscheidungsfällung bereits mehrere weitere Urintest durchgeführt worden, die allesamt negativ ausgefallen seien. Zu diesem Zeitpunkt sei damit klar gewesen, dass keine Sucht vorliege und die Gesuchstellerin ihr Verhalten im Griff habe. Auch habe die Gesuchstellerin bereits in ihrer Stellungnahme vom 19. April 2017 ausgeführt, sie sei willig, Haarproben abzugeben, "im äussersten Fall vom Kopf". Die anderslautenden Ausführungen der Vorinstanz seien falsch und entsprächen nicht den Tatsachen. Weiter führe die Vorinstanz aus, ein Drogenkonsum spreche grundsätzlich für eine Obhut zuteilung an den nicht konsumierenden Elternteil. Eine solche Schlussfolgerung sei nicht nachvollziehbar, die verallgemeinerte Aussage entspreche nicht dem Kindeswohl. Eine Zuteilung der Obhut an den Gesuchsgegner stelle zudem

- 10 - eine massive Veränderung für C._____ dar, nachdem sie seit ihrer Geburt bis zur Fremdplatzierung unter der alleinigen Obhut der Gesuchstellerin gestanden sei. Ein in der Vergangenheit liegender punktueller Drogenkonsum, welcher nicht bewertet worden sei, da die Gesuchstellerin offensichtlich das Kindeswohl wahrnehmen können, könne nicht zu einem Obhutswechsel führen.

E. 1.2.2

Die Vorinstanz unterlasse es sodann, sich kritisch mit dem KOFA-Intensivabklärungsbericht auseinanderzusetzen sowie auf die Ausführungen der Gesuchstellerin einzugehen. Zudem berücksichtige die Vorinstanz in diesem Zusammenhang nicht, dass diese Abklärungen mit dem positiven Urintest geendet hätten und die nachfolgenden negativen Urintests nicht berücksichtigt worden seien. Aufgrund der Ergebnisse des positiven Drogentests sei eine durch bisherige Abklärungen nicht gestützte Schlussfolgerung gezogen worden, welcher die Vorinstanz unkritisch gefolgt sei. Der KOFA-Intensivabklärungsbericht zeichne (unter Berücksichtigung der Ausführungen von Drittpersonen) ein positives Bild der Gesuchstellerin und der Entwicklung von C._____. Das zeige, dass die Gesuchstellerin das Kindeswohl wahrnehmen könne. Bei ihr handle es sich um eine Frau, die Hilfe suche, wenn diese benötigt werde, diese annehme und die (Kinds-)Bedürfnisse wahrnehme und sie vor ihre eigenen stelle. Die Schwierigkeiten mit dem Sohn seien auf seine Krankheit zurückzuführen. Die Tochter sei aufgeweckt, altersgemäss entwickelt, sozial integriert, habe Hobbys, Freunde, sei immer adäquat gekleidet und sauber. Die gleichen Erfahrungen hätten auch die Mitarbeiter des Kinderheims F._____ gemacht. Die Gesuchstellerin habe ihre Besuche von Monat zu Monat gesteigert. In sämtlichen Monatsberichten werde dargelegt, die Gesuchstellerin sei stets freundlich und es scheine, dass sie sich wirklich für das Wohl von C._____ einsetze. Auch sei bei der Gesuchstellerin weder Missgunst gegenüber dem Gesuchsgegner noch Verärgerung beobachtet worden, wie es teilweise beim Gesuchsgegner anlässlich seiner Besuche vorgekommen sei. Der KOFA-Intensivabklärungsbericht werfe der Gesuchstellerin vor, die Entwicklung eines kindgerechten Lebensstils in der Familie gelinge ihr nur teilweise. Auf welche Grundlage sich diese Schlussfolgerung beziehe, sei nicht ersichtlich. Indes stütze sich die Vorinstanz blindlings darauf. Gleiches gelte hinsichtlich des Fazits,

- 11 - dass sowohl das Risiko für Kindsmisshandlung / Kindesvernachlässigung als auch das Risiko für die kindliche Entwicklung bei Kinder psychisch kranker Eltern als hoch einzuschätzen sei. Die dazugehörigen Ausführungen/Begründung ignoriere die Vorinstanz. Auch das Zurückgreifen auf den Vorwurf einer schmutzigen Wohnung zeige, dass bei genauem Betrachten keine Gründe vorliegen würden, die ernsthaft darauf hindeuten

würden, dass die Gesuchstellerin das Kindeswohl nicht wahren könne. Der Vorwurf, die Entwicklung eines kindgerechten Lebensstils gelinge nur teilweise, werde nicht begründet und sei somit nicht nachvollziehbar.

E. 1.2.3

Zudem stehe der Lebenspartner der Gesuchstellerin zu Unrecht in der Kritik. Er gehe einer geregelten Arbeit nach und besuche Therapiesitzungen, um weiterhin clean zu bleiben. Er habe in der Vergangenheit Drogen konsumiert, indes nie in Anwesenheit der Kinder. Er habe selbst eine Tochter, die am Wochenende bei ihm lebe und daher auch Zeit mit C._____ und der Gesuchstellerin verbringe. Er lebe nicht mit der Gesuchstellerin zusammen und stehe auch zu seiner Drogenvergangenheit. Zwar gebe es hin und wieder Auseinandersetzungen in der Beziehung der Gesuchstellerin mit ihrem Lebenspartner. Dies geschehe indes in vielen Beziehungen und stelle keine Kindeswohlgefährdung dar, soweit die Konfliktsintensität im Rahmen bleibe. Der Lebenspartner unterstütze die Gesuchstellerin. C._____ freue sich nachweislich, ihn und seine Tochter zu sehen. Auch sei er bereit, per sofort freiwillig regelmässige Urintests inklusive Haarproben abzugeben.

E. 1.2.4

Die Vorinstanz hätte sodann überprüfen müssen, ob der "Gefährdung des Kindes" mit anderen Mitteln begegnet werden könne als mit einem Obhutsentzug. Dies sei deutlich zu bejahen. Der Gefahr einer Kindeswohlgefährdung aufgrund des unterstellten Suchtproblems in Verbindung mit der psychischen Belastung könne mittels regelmässiger Urintests entgegengewirkt werden.

E. 1.2.5

Zudem lasse die Vorinstanz ausser Acht, dass das Kindeswohl auch durch einen vermeidbaren Obhutswechsel gefährdet werden könne. Bei einem Obhutswechsel müsste sich C._____ innert weniger Monate ein zweites Mal an ein neues Umfeld gewöhnen. Bei der Gesuchstellerin würde sie sich indes wieder in ihrem gewohnten Umfeld befinden (Urk. 1 Rz. 13 ff.).

- 12 -

E. 1.3

Gemäss ständiger Praxis des Obergerichts sind die Kosten des Verfahrens in Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Ausgang – den Parteien hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragsstellung hatten (OGer ZH LE110067 vom 13.04.2012, E. II/8; ZR 84 Nr. 41; OGer ZH LE140047 vom 21.01.2015, E. IV/2). Dies war vorliegend der Fall. Es rechtfertigt sich daher für das Berufungsverfahren eine hälftige Kostenaufteilung und ein Wettzuschlagen der Parteientschädigungen. 2. Prozesskostenbeitrag/Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege

E. 1.3.1

Fremdplatzierung Die Vorinstanz hob die mit Verfügung vom 13. März 2017 angeordnete Unterbringung von C._____ im Kinderheim F._____ im angefochtenen Entscheid auf, nachdem sich diese Kinderschutzmassnahme als nicht mehr verhältnismässig erwiesen hatte. Die Aufhebung wird von der Gesuchstellerin denn auch nicht beanstandet und erweist sich auch angesichts der nachfolgenden Erwägungen (Ziff. III./1.3.2. ff.) als

angemessen. Ins Leere geht damit bereits die Rüge der Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Prüfung unterlassen, ob der Gefährdung des Kindes mit anderen (wohl: milderen) Mitteln begegnet werden könne (Urk. 1 Rz. 45 i.V.m. Rz. 43). Für den Obhutsentzug gelten von Bundesrechts wegen die Prinzipien der Verhältnis- mässigkeit und der Subsidiarität, setzt diese Kindesschutzmassnahme doch vor- aus, dass der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden kann (Art. 310 Abs. 1 ZGB; BGer 5P.147/2001 vom 30. August 2001, E. 4). Die Prüfung der Verhältnismässigkeit hatte damit im Rahmen des Entscheides hinsichtlich der Anordnung der Fremdplatzierung zu erfolgen. Wem die Obhut über C. _____ letzt- endlich für die Dauer des Verfahrens zuzuteilen ist, beurteilt sich indes nach den unter Ziff. III./1.3.2.1. aufgeführten Kriterien.

E. 1.3.2

Obhutszuteilung

E. 1.3.2.1

Im Rahmen des Eheschutzverfahrens gelten für die Zuteilung der Obhut grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Nach der Rechtspre- chung hat das Wohl des Kindes Vorrang vor allen anderen Überlegungen, insbe- sondere vor den Wünschen der Eltern. Vorab muss die Erziehungsfähigkeit der El- tern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen in gleichem Masse gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen,

- 13 - namentlich die Bereitschaft eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von ei- ner persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (vgl. hierzu BGer 5A_115/2015 vom 1. September 2015, E. 5.1 m.H.). Indes ist auch zu be- rücksichtigen, dass kurzfristige oder häufige Veränderungen das Wohl des Kindes zu beeinträchtigen vermögen.

E. 1.3.2.2

Verhältnisse bei der Gesuchstellerin a) Drogenkonsum Vorliegend wurde die Gesuchstellerin unbestrittenermassen am 7. März 2017 po- sitiv auf Drogen (Kokain) getestet, woraufhin sie einen (punktuellen) Konsum am Freitag vor dem ersten Drogentest einräumte (vgl. Urk. 9/41 und 9/49 Rz. 5). Beru- fungsweise bringt die Gesuchstellerin vor, dass sie seither (und damit seit vier Monaten) keine Drogen mehr konsumiert habe. Dazu reicht sie zwei Dokumente ins Recht, wonach die zweimal wöchentlich durchgeführten Drogentests im Zeit- raum vom 5. Mai 2017 bis 4. Juli 2017 negativ ausgefallen sind (Urk. 5/4 und 19/2). Dies ist der Gesuchstellerin durchaus zugute zu halten, sagt aber nichts über den Stand im heutigen Zeitpunkt aus, sind seither doch bereits wieder mehr als zwei Monate vergangen (vgl. auch Urk. 2 E. III./A./1.1., wonach die negativen Urintest nach Ansicht der Vorinstanz nichts über ihren bisherigen Konsum aussa- gen würden). Auch beantwortet dies noch nicht die Frage, ob die Gesuchstellerin sich ihrer diesbezüglichen Problematik bewusst ist und ihr Verhalten tatsächlich – und nicht nur im Hinblick auf das Verfahren – im Griff hat. Denn auch gelegentli- cher Kokainkonsum ist angesichts dessen (psychischen

und physischen) Auswirkungen nicht zu unterschätzen. Eine Auseinandersetzung mit ihrem Konsumverhalten fand bisher offenbar im Rahmen ihrer Therapie denn auch noch nicht statt (vgl. Urk. 9/50/2, wonach das Thema Drogen im Rahmen von Therapiesitzungen bisher nur "kursiv gestreift worden" sei). Offen bleibt auch, wie sich der Drogenkonsum der Gesuchstellerin in der Vergangenheit präsentierte. Es ist ihr zwar zuzustimmen, dass zur Beurteilung der Wirkung des Kindswohl vor allem die Gegenwart sowie die Zukunft relevant sind. Aus dem Verhalten in der Vergangenheit lassen sich jedoch durchaus Rückschlüsse

- 14 - auf das Verhalten in der Gegenwart und Zukunft ziehen: In casu stritt die Gesuchstellerin einen Drogenkonsum zunächst vehement ab (Urk. 9/33 S. 3; Urk. 9/48 S. 4; siehe auch Prot. I S. 21, wonach die Gesuchstellerin ihren Konsum auch vor Gericht noch abgestritten hatte). Nach dem positiven Urintest räumte sie schliesslich einen punktuellen Konsum ein und führte auch aus, den "Fehler" mehrmals gemacht zu haben (Prot. I S. 21). Eine (freiwillige) Abgabe einer Kopfhhaarprobe bot sie mit Eingabe vom 19. April 2017 nach dem positiven Drogentest tatsächlich für den äussersten Fall an (Urk. 9/54 Rz. 29; vgl. auch Urk. 9/49 Rz. 20), nachdem sie diese zuvor unter Negierung eines bisherigen Drogenkonsums verweigert hatte (vgl. Urk. 9/33 S. 3; vgl. auch Urk. 9/48 S. 13). Als Begründung brachte sie zunächst vor, sie habe "so wenig Haare auf dem Kopf" und das letzte Mal sei ihr ein grosses "Büschel" weggenommen worden (Prot. I S. 24). Zu einem späteren Zeitpunkt brachte sie sodann vor, dass aufgrund jahrelangen Haarfärbens eine Haaranalyse nicht zuverlässig durchgeführt werden könne (Urk. 1 Rz. 16). Wenngleich letztere Begründung bei tatsächlichem Haarfärben wohl nicht völlig aus der Luft gegriffen ist, so erscheint ihr Verhalten diesbezüglich doch widersprüchlich und lässt Raum für Zweifel. Trotz Angebots (Urk. 54 Rz. 29, wobei keine formelle Beweisofferte erfolgte) fand bis heute denn auch keine Abgabe statt. Fragen in Bezug auf ihr Verhältnis zu Drogen wirft ebenfalls der Umstand auf, dass die Gesuchstellerin trotz Kenntnis der Installierung von wöchentlichen Urin- tests im Dezember 2016 (Urk. 9/36) im März 2017 Drogen konsumierte und damit leichtsinnig das Risiko eines positiven Drogentests mit seinen weitreichenden Konsequenzen einging. Das Argument, wonach der Drogenkonsum unbemerkt geblieben sei, da das Kindswohl immer gewahrt worden sei (Urk. 1 Rz. 17), greift zu kurz. Dies mag bis anhin glücklicherweise der Fall gewesen sein, indes kann eine zukünftige Gefährdung des Kindswohl bei anhaltender Drogenproblematik nicht ausgeschlossen werden. Insgesamt erweist sich das Verhalten der Gesuchstellerin in Bezug auf (harte) Drogen als widersprüchlich und zeugt (noch) nicht von einer tatsächlich erfolgten Einsicht. Die offenen Fragen hinsichtlich der nicht anerkannten und in der Therapie angegangenen bisherigen Drogenproblematik und einer allfälligen (aktuellen)

- 15 - Suchtproblematik bei der Gesuchstellerin begründen durchaus Vorbehalte bezüglich ihrer Erziehungsfähigkeit. b) KOFA-Intensivabklärungsbericht aa) Der KOFA-Intensivabklärungsbericht vom 21. März 2017 (fortan Bericht) kommt im Hinblick auf die "Gesamteinschätzung/Beurteilung des Kindswohls" zum Schluss, dass das Kindswohl nur ungenügend gewährleistet sei. Die Negierung und massive Bagatellisierung ihrer Suchtproblematik würden kein gutes Licht auf die Gesuchstellerin werfen. Sie leiste einen grossen Aufwand, um ihr Suchtverhalten zu vertuschen. "Auf dem Hintergrund ihrer depressiven Veranlagung, ihrer immer wieder aufkeimenden und unbehandelten Sucht und ihrer Beziehung zu Herrn G._____" sei dringender Handlungsbedarf indiziert (Urk. 9/48 S. 18). Die Erwägungen, die zu dieser Gesamteinschätzung führten, erweisen sich – auch

angesichts des zuvor unter a) Ausgeführten – durchaus als nachvollziehbar. bb) Was die Gesuchstellerin gegen den Bericht vorbringt, überzeugt nicht: Es ist ihr zwar insofern zuzustimmen, dass die bis Anfang Juli 2017 negativen Testergebnisse (noch) nicht in die Beurteilung mit einfließen konnten. Entgegen ihrer Auffassung war indes für die Beurteilung nicht nur das positive Testergebnis ausschlaggebend, vielmehr erfolgte die Einschätzung aufgrund einer Gesamtbetrachtung der Umstände. Berücksichtigt wurden auch die diversen (positiven) Rückmeldungen von Drittpersonen (vgl. Urk. 9/48 S. 13 ff.). Sodann wurde eine positive Entwicklung (der Gesuchstellerin) seit November 2016 sowie der gut funktionierende Alltag der Familie und das unauffällige Verhalten von C. _____ festgehalten (Urk. 9/48 S. 18). In negativer Hinsicht fiel insbesondere die unbestrittene Drogenvergangenheit des aktuellen Lebenspartners der Gesuchstellerin sowie dessen Einfluss auf sie ins Gewicht (vgl. auch Urk. 9/48 S. 7, wonach dieser bereits als junger Mann in Venezuela für sechs Monate für einen Kokain-Entzug in einer Klinik gewesen und im August 2016 nach einem dreitägigen exzessiven Drogenkonsum, einer psychischen Krise und viel Streit mit der Gesuchstellerin für zehn Tage in der psychiatrischen Klinik ... untergebracht gewesen sei; Urk. 9/48 S. 17). Des Weiteren wurde der Gesuchstellerin ihre Suchtanfälligkeit (und ihr diesbezüg-

- 16 - liches Verhalten wie Negierung und Bagatellisierung) sowie ihre Depression zur Last gelegt (vgl. Urk. 9/48 S. 18). Hinsichtlich des als hoch eingestuften Risikos für die kindliche Entwicklung auf der Basis der "Risikoeinschätzung bei Kindern psychisch kranker Eltern" wird entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin nicht auf einen Zeitraum verwiesen, der ein Jahr her ist. Vielmehr stellt der Bericht auf die zum damaligen Zeitpunkt aktuelle Situation ab. Dass die akut depressive Phase ein Jahr her ist und sie ihre Depression nunmehr im Griff hat, mag zutreffen. Eine akute depressive Phase wird der Gesuchstellerin im Bericht indes auch nicht unterstellt. Der Bericht weist vielmehr (einzig) darauf hin, dass sich (in tatsächlicher Hinsicht) depressive Phasen und Phasen mit erhöhter Suchtanfälligkeit mit gesunden vitalen Momenten abwechseln würden. Zudem scheine die im November 2016 begonnene Psychotherapie und die aktuelle Medikation (Antidepressiva) eine sehr positive Wirkung auf die persönliche Situation der Gesuchstellerin zu haben (Urk. 9/48 S. 18). Thematisiert wird damit einzig ihre bestehende Depression. Dass keine (behandlungsbedürftige) Depression mehr vorliege, behauptet die Gesuchstellerin nicht (vgl. dazu auch Prot. I S. 23 und 28). Ebenfalls kann der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden, wenn sie vorbringt, der positive Urintest stelle offensichtlich alles in Frage (Urk. 1 Rz. 38). Aus den Erwägungen unter Ziffer 16 des Berichts lässt sich schliessen, dass insgesamt von einer fragilen Situation auszugehen ist. Dieser Schluss drängt sich auch auf, wenn darin sodann unter "17. Gesamteinschätzung/ Beurteilung des Kindeswohl" festgehalten wird, dass "auf dem Hintergrund ihrer depressiven Veranlagung, ihrer immer wieder aufkeimenden und unbehandelten Sucht und ihrer Beziehung zu Herrn G. _____" dringender Handlungsbedarf indiziert sei. Der positive Urintest zeige – so der Bericht im Weiteren –, dass sich die Suchtproblematik stärker manifestiere, als angenommen (Urk. 9/48 S. 18). Der positive Urintest unterstreicht damit gemäss Bericht einzig (aber immerhin) die vorhandene Suchtproblematik. Mit Bezug auf das als ebenfalls hoch eingeschätzte Risiko für Kindsmishandlungen/-vernachlässigungen ist Folgendes festzuhalten: Es mag zutreffen, dass D. _____ nunmehr in einer geeigneten Institution platziert wurde, womit eine

- 17 - grosse emotionale und organisatorische Entlastung der Gesuchstellerin einhergeht (Urk. 1 Rz. 36). Ins Gewicht fällt aber gemäss Bericht auch die für längere Zeit ungelöste Besuchsregelung und der andauernde "Rosenkrieg", welche weitere Belastungsfaktoren für die Gesuchstellerin darstellen würden. Zudem sei der anhaltende Kokainkonsum ein bedeutender Risikofaktor für das Kindeswohl und stelle die Steuerungsfähigkeit bzw. Fähigkeit zur Verantwortlichkeit gegenüber Kindern in Frage. Auch der Einfluss ihres Lebenspartners lasse angesichts seiner Drogenvergangenheit im Moment kein positives Szenarium zu (Urk. 9/48 S. 17). Nachdem mehrere Faktoren für die vorgenommene Einschätzung ausschlaggebend gewesen waren, ist damit nicht davon auszugehen, dass einzig aufgrund des Heimaufenthaltes von D._____ das Risiko nicht mehr als hoch einzuschätzen ist. Nichts zu ändern vermögen sodann die Ausführungen der Gesuchstellerin im Zusammenhang mit ihrem Verhalten im Kinderheim F._____ (Urk. 1 Rz. 29 ff.). Auch der Bericht hält fest, dass die Gesuchstellerin von Drittpersonen als zuverlässig und pflichtbewusst wahrgenommen werde, die Zusammenarbeit mit ihr gut sei und sie den Kindern eine angemessene Tagesstruktur biete (Urk. 9/48 S. 18). Ausschlaggebend für die Gesamteinschätzung sind – wie bereits erwähnt – die Suchtproblematik (und ihr diesbezügliches Verhalten), der negative Einfluss ihres Lebenspartners sowie auch ihre bestehenden depressiven Episoden. cc) Inwiefern die Vorinstanz es schliesslich unterlassen haben soll, sich mit den Ausführungen der Gesuchstellerin in Bezug auf den Bericht auseinanderzusetzen (Urk. 1 Rz. 18), legt die Gesuchstellerin nicht substantiiert dar und ist nicht ersichtlich. c) Verschmutzte Wohnung Der Gesuchstellerin ist zuzustimmen, dass der Vorwurf der ordentlichen, aber verschmutzten Wohnung in Bezug auf die Beurteilung des Kindeswohles in der Tat für sich allein nicht ausschlaggebend sein kann (Urk. 1 Rz. 40). Dennoch ist dieser negativ ins Gewicht fallende Umstand im Zusammenhang mit der Würdigung der familiären Gesamtsituation durchaus zu berücksichtigen.

- 18 - d) Lebenspartner der Gesuchstellerin Der aktuelle Lebenspartner der Gesuchstellerin hat eine unbestrittene Drogenvergangenheit (vgl. auch Urk. 9/48 S. 5). Erst im letzten Sommer 2016 sei er nach einem dreitägigen exzessiven Kokainkonsum für zehn Tage in der psychiatrischen Klinik ... hospitalisiert gewesen (Urk. 9/48 S. 5; Urk. 2 E. III./A./2.1.). Zudem konsumierte er gemäss Angaben der Gesuchstellerin mit ihr zusammen Kokain (Prot. I S. 26). Zwar wohnt er nicht mit der Gesuchstellerin zusammen, ist jedoch zweibis viermal pro Woche bei ihr (Prot. I S. 26). Angesichts dieser Umstände sowie der eigenen Suchtproblematik der Gesuchstellerin sind Vorbehalte bezüglich der Wahrung des Kindeswohls angebracht. Auch bleibt fraglich, ob angesichts der Problematiken von genügend stabilen familiären Verhältnissen ausgegangen werden kann. Die Gesuchstellerin bringt berufungsweise zwar erneut vor, ihr Lebenspartner sei "clean" und besuche weiterhin Therapiesitzungen. Allerdings bleibt es bei einer unbelegten Behauptung. Auch soll er per sofort offenbar bereit sein, freiwillig regelmässige Urintests inklusive Haarproben abzugeben (Urk. 1 Rz. 41). Eine tatsächliche Abgabe fand – wie auch bei der Gesuchstellerin – bisher offenbar noch nicht statt. Zudem steht weiterhin der Vorwurf im Raum, er habe die Gesuchstellerin mit Kokain versorgt. Eine Bestreitung erfolgte bisher – soweit ersichtlich – nicht, was ebenfalls Fragen aufwirft (vgl. Urk. 49 Rz. 19). Inwiefern die Beziehung der Gesuchstellerin zu ihrem Lebenspartner zur Zeit konfliktbehaftet ist (vgl. Urk. 1 Rz. 41), ist nicht geklärt. Der Bericht hält jedenfalls als einen weiteren Grund (nebst dreitägigem Kokainkonsum und einer psychischer Krise) für die Hospitalisierung in der psychiatrischen Klinik ... im Sommer 2016 "viel Streit" mit der Gesuchstellerin fest (Urk. 9/48 S. 5). Auch C._____ erklärte, dass die Gesuchstellerin und

ihr Lebenspartner manchmal laut streiten würden, "dies fände sie nicht lässig"(Urk. 9/48 S. 6; siehe auch Urk. 1 Rz. 18). e) Zwischenfazit Nach dem Ausgeführten sind damit Vorbehalte hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin sowie der Stabilität der familiären Verhältnisse angebracht.

- 19 -

E. 1.3.2.3

Verhältnisse beim Gesuchsgegner Die Erwägungen der Vorinstanz hinsichtlich einer Obhutszuteilung an den Gesuchsgegner werden von der Gesuchstellerin nicht moniert und geben keinen Anlass zu Beanstandungen. Anzeichen für eine Erziehungsunfähigkeit sind keine ersichtlich. Zudem hat der Gesuchsgegner die Möglichkeit und ist auch bereit, C._____ persönlich sowie unter Mithilfe seiner Mutter zu betreuen.

E. 1.3.3

Gesamtfazit Während sich bei der Gesuchstellerin angesichts der vorstehenden Erwägungen hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit zum aktuellen Zeitpunkt Vorbehalte aufdrängen, ist beim Gesuchsgegner von dessen Erziehungsfähigkeit auszugehen. Den bisherigen Betreuungsanteilen kommt sodann keine ausschlaggebende Bedeutung zu, ist die Betreuung durch den Gesuchsgegner doch durch sein familiäres Umfeld einstweilen gewährleistet. Auch ist im jetzigen Zeitpunkt davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner C._____ stabilere Verhältnisse bieten kann als die Gesuchstellerin. C._____ hat zudem zu beiden Elternteilen ein gutes Verhältnis (vgl. Urk. 5/5 Blatt 21 ff., wonach C._____ sich gemäss Einschätzung der Mitarbeiter des Kinderheims F._____ jeweils zu freuen scheine, Zeit mit dem Gesuchsgegner zu verbringen und auch bei diesem zu übernachten). Es trifft zwar zu, dass eine Zuteilung der Obhut an den Gesuchsgegner für C._____ Veränderungen mit sich bringen wird (Urk. 1 Rz. 17 und 46). Nachdem C._____ seit nunmehr mehr als sechs Monaten im Kinderheim F._____ lebt, wird sie sich ohnehin wieder an ein neues Umfeld gewöhnen müssen, zumal sie im August 2017 bereits dort eingeschult worden ist (vgl. hierzu Urk. 2 E. III./A./4.2.). Zwar würde ihr die Gewöhnung an das bisherige Zuhause bei der Gesuchstellerin wohl leichter fallen; angesichts des guten Verhältnisses von C._____ zum Gesuchsgegner sowie ihres Alters erscheint indes eine Gewöhnung an das neue Umfeld beim Gesuchsgegner für C._____ durchaus als verkraftbar. Es ist damit diesbezüglich entgegen der Auffassung der Gesuchstellerin von keiner Kindeswohlgefährdung auszugehen. Von einer Obhutszuteilung an die Gesuchstellerin unter Fortführung der Urintests und Installation einer sozialpädagogischen Famili-

- 20 - enbegleitung ist daher abzusehen, zumal der Gesuchsgegner zum aktuellen Zeitpunkt C._____ die besseren und stabileren Verhältnisse bieten kann. Damit teilte die Vorinstanz zu Recht dem Gesuchsgegner für die Dauer des Verfahrens die alleinige Obhut zu. Die Berufung erweist sich als unbegründet und ist entsprechend abzuweisen. Wem die Obhut mittelfristig zuzuteilen sein wird, wird letztlich im Eheschutz-Hauptverfahren zu prüfen sein. 2. Besuchsrecht

E. 2

Mit Beschluss vom 2. Juni 2016 übernahm die Kindes- und Erwachsenen-schutzbehörde (kurz KESB) der Stadt Zürich per 1. August 2016 die für C._____

- 4 - bislang von der KESB Bezirk Meilen geführte Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB (Urk. 9/5/1; für D._____ siehe Urk. 9/5/2).

E. 2.1

Die Gesuchstellerin hat für das Berufungsverfahren ein Armenrechtsgesuch gestellt (Urk. 1 S. 2 und Rz. 50). Der Gesuchsgegner hat um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags in der Höhe von Fr. 5'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht (Urk. 11 S. 2 und Rz. 10 ff.).

E. 2.2

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbehagen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1

- 22 - lit. c ZPO). Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Hervorzuheben ist jedoch, dass die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten der unentgeltlichen Rechtspflege vorgeht (BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1). Einem bedürftigen Ehegatten kann somit die unentgeltliche Rechtspflege nur bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen.

E. 2.3

Die Gesuchstellerin begründet ihr Armenrechtsgesuch damit, dass sie über ein Einkommen von insgesamt Fr. 1'250.– verfüge. Ihren Bedarf beziffert sie auf insgesamt Fr. 3'908.– (recte: Fr. 3'508.–; vgl. Urk. 1 Rz. 52 f.). Zwar ist der geltend gemachte Mietzins ihrem Bedarf nicht anzurechnen, da dieser vom Gesuchsgegner bezahlt wird (vgl. Urk. 11 Rz. 10 und Urk. 13/3). Fraglich ist auch, ob der geltend gemachte Grundbetrag von Fr. 400.– für den Sohn D. _____ im Bedarf anzurechnen ist, zumal D. _____ unter der Woche im ...-Haus E. _____ und nur am Wochenende im Haushalt der Gesuchstellerin lebt (vgl. Ziff. II./4. des Kreisschreibens des Obergerichtes des Kantons Zürich für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, wonach für den Unterhalt im gleichen Haushalt lebender Kinder im Alter bis zu 10 Jahren ein Grundbetrag von Fr. 400.– anzurechnen sei). Entsprechende Kosten, die mit diesem Betrag abgedeckt werden sollen, fallen vorliegend unter der Woche nicht an. Dies kann indes letztlich offenbleiben, denn die Mittellosigkeit ist angesichts des im Bedarf anzurechnenden Grundbetrags von Fr. 1'350.– und des ausgewiesenen Einkommens von Fr. 1'250.– monatlich (vgl. Urk. 5/6-7) offenkundig. Dass sie über kein Vermögen verfügt (Urk. 1 Rz. 54), ist ebenfalls glaubhaft. Sodann kann nicht gesagt werden, dass ihr Standpunkt im Berufungsverfahren aussichtslos und sie nicht auf rechtlichen Beistand angewiesen gewesen wäre. Damit ist ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es ist ihr Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

E. 2.4

Ein Prozesskostenbeitrag an den Gesuchsgegner kann daher mangels Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin nicht zugesprochen werden.

- 23 -

E. 2.5

Mit Blick auf die Einkommens- und Bedarfsverhältnisse kann auch von der Mittellosigkeit des Gesuchsgegners ausgegangen werden (Urk. 11 Rz. 10 ff. und Urk. 13/1-4). Sodann kann ebenfalls nicht gesagt werden, dass sein Standpunkt im Berufungsverfahren aussichtslos war. Überdies war er auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit ist auch ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es ist ihm Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

E. 2.6

Damit ist beiden Parteien im Berufungsverfahren je die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu gewähren. Die Gerichtskostenanteile sind entsprechend einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffer 4 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 27. April 2017 in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 3. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 4. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und die Dispositivziffern 1 bis 3 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 27. April 2017 werden bestätigt.

- 24 - 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 3

Mit Eingabe vom 21. Juni 2016 reichte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein (Urk. 9/1 A und B). Betreffend den weiteren Verlauf des Verfahrens kann auf die diesbezüglichen Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 E. I./1. ff.). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2016 erteilte die Vorinstanz unter anderem der Gesuchstellerin die Weisung, sich zweimal pro Woche einem Urintest zur Überprüfung eines allfälligen Drogenkonsums gemäss Anordnung des Beistands zu unterziehen. Daneben wurde eine KOFA-Intensivabklärung in Auftrag gegeben (Urk. 9/36). Am 7. März 2017 wurde die Gesuchstellerin beim erstmals durchgeführten Urintest positiv auf Kokain getestet (vgl. Urk. 9/41). In der Folge ordnete die Vorinstanz mit Verfügung vom 13. März 2017 im Sinne einer superprovisorischen Massnahme die Unterbringung von C._____ unter Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern in eine geeignete Institution an und beauftragte den Beistand, das einstweilige Besuchsrecht der Eltern zu regeln. Die Weisung gemäss Verfügung vom 16. Dezember 2016 bezüglich Urintests wurde einstweilen bis zum Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen beibehalten (Urk. 9/43). Am 14. März 2017 wurde C._____ morgens im Kindergarten abgeholt und in das Kinderheim F._____ gebracht (vgl. Urk. 9/48 S. 2, Prot. I S. 10). An der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 5. April 2017

ersuchte die Gesuchstellerin (unter anderem) um Aufhebung der Anordnung betreffend Unterbringung von C._____ in einer geeigneten Institution sowie um Zuweisung der Obhut über C._____ (Urk. 9/43 S. 2). Der Gesuchsgegner ersuchte seinerseits (unter anderem) darum, dass ihm die alleinige Obhut zugewiesen werde, sowie um Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts für die Gesuchstellerin (Prot. I S. 14). Am 27. April 2017 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 9/58 [begründete Fassung] = Urk. 2; vgl. auch Urk. 9/56).

- 5 -

E. 4

Mit Eingabe vom 3. Juli 2017 (Urk. 1) erhob die Gesuchstellerin dagegen innert Frist Berufung, wobei sie die eingangs angeführten Anträge stellte (Urk. 1 S. 2). Die Berufungsantwort datiert vom 14. Juli 2017 (Urk. 11). Darin schloss der Gesuchsgegner auf Abweisung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gesuchstellerin. Zudem ersuchte er um Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrags in der Höhe von Fr. 5'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 11 S. 2). Die weiteren Eingaben der Parteien wurden jeweils der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 15 und 17B).

E. 5

Der Antrag des Gesuchsgegners um Verpflichtung der Gesuchstellerin zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

E. 6

Schriftliche Mitteilung an – die Parteien – die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich – den Beistand von C._____ (Herr H._____, Sozialzentrum ...) – das Migrationsamt des Kantons Zürich – die Vorinstanz – die Obergerichtskasse je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 7

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 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.

- 25 - Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 13. Oktober 2017
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. C. Faoro
versandt am: bz

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