

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE220068-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
die Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

Beschluss und Urteil vom 1. Februar 2023

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 3. Oktober 2022 (EE210043-F)**

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin (Urk. 26 S. 2 f.):

- "1. Es sei der Gesuchstellerin das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit zu bewilligen.
2. Es seien die gemeinsamen Kinder C._____, geb. am tt.11.2003, D._____, geb. am tt.01.2005, und E._____, geb. am tt.mm.2011, für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Es sei in Bezug auf die Töchter C._____ und D._____ aufgrund ihres Alters auf die Besuchsregelung zu verzichten.
4. Es sei der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, E._____ jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Weiter sei der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, E._____ (während den Schulferien) für drei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin die gewünschten Termine mindestens drei Monate im Voraus schriftlich bekanntzugeben hat.
5. Es sei die eheliche Wohnung, F._____ ... in G._____, samt Hausrat und Mobiliar (mit Ausnahme der persönlichen Gegenstände des Gesuchsgegners) für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung für sich und die Kinder zuzuweisen. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die Wohnung unter Mitnahme seiner persönlichen Gegenstände und Abgabe der Wohnungsschlüssel innert 10 Tagen unter Androhung von Straffolgen gemäss Art. 292 StGB zu verlassen.
6. Das Gemeindeammannamt des Bezirks G._____ sei gestützt auf Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 343 Abs. 1 lit. d ZPO i.V.m. § 147 Abs. 1 lit. b GOG anzuweisen, die Räumung der ehelichen Wohnung durch den Gesuchsgegner gemäss Ziffer 5 der Rechtsbegehren auf erstes Verlangen der Gesuchstellerin durchzuführen und ihm sämtliche Schlüssel abzunehmen und der Gesuchstellerin zu übergeben.
7. Es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes für sie persönlich und die gemeinsamen Kinder einen monatlichen Unterhalt von CHF 5'524.50 zu bezahlen, im Voraus, jeweils auf den Ersten jeden Monats zusammengesetzt aus:
 - 7.1. CHF 598.10 für C._____ zuzüglich allfälliger Familienzulage und der AHV/IV-Kinderrente,

- 7.2. CHF 564.80 für D._____, zuzüglich allfälliger Familienzulage und der AHV/IV-Kinderrente,
- 7.3. CHF 3'244.20 (wovon CHF 2'886.15 Betreuungsunterhalt sind) für E._____ bis zum tt.mm.2021, zuzüglich allfälliger Familienzulage und der AHV/IV-Kinderrente,
- 7.4. CHF 1'117.40 für die Gesuchstellerin persönlich.

[...]

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Gesuchsgegners."

des Gesuchsgegners (Urk. 28 S. 12 f.):

- "1. Es sei den Parteien das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit zu bewilligen.
 2. Es seien die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.11.2003, D._____, geb. tt.1.2005 und E._____, geb. tt.mm.2011 für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut des Gesuchsgegners zu stellen.
 3. Für den Fall der Obhutzuteilung an die Gesuchstellerin sei eine Erziehungsbeistandschaft anzuordnen mit der Weisung der intensiven Familienbetreuung.
 4. Es sei in Bezug auf die Töchter aufgrund Ihres Alters auf eine ausdrückliche Besuchsrechtsregelung zu verzichten.
 5. Es sei die Gesuchstellerin für berechtigt und verpflichtet zu erklären, den gemeinsamen Sohn E._____ jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend auf eigene Kosten zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen. Weiter sei die Gesuchstellerin für berechtigt zu erklären, den Sohn E._____ während dessen Schulferien für drei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei die Gesuchstellerin dem Gesuchsgegner die gewünschten Termine mindestens 3 Monate im Voraus schriftlich bekanntzugeben hat.
 6. Es sei dem Gesuchsgegner die eheliche Wohnung F._____ ... in G._____ samt Hausrat und Mobiliar (mit Ausnahme der persönlichen Gegenstände der Gesuchstellerin) für die Dauer des Getrenntlebens zur alleinigen Benutzung für sich und die Kinder zuzuweisen.
 7. Es sei gegenseitig auf persönlichen Unterhalt zu verzichten.
- [...]
9. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 3. Oktober 2022:**

(Urk. 105 S. 76 ff. = Urk. 108 S. 76 ff.)

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt.
2. Die Kinder, D._____, geboren am tt. Januar 2005, und E._____, geboren am tt.mm.2011, werden unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen.
3. Die Kinder, D._____, geboren am tt. Januar 2005, und E._____, geboren am tt.mm.2011, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
4. Der Antrag der Gesuchstellerin, das Kind C._____, geboren am tt. November 2003, unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin zu stellen, wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
5. In Bezug auf D._____, geboren am tt. Januar 2005, wird auf die Regelung des persönlichen Verkehrs verzichtet.
6. Der Gesuchsgegner wird, sofern ihm dies aus gesundheitlichen Gründen möglich ist, berechtigt und verpflichtet, den Sohn, E._____, geboren am tt.mm.2011, auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen:
 - an jedem zweiten Wochenende jeweils ab Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Sonntagabend, 18.00 Uhr;
 - jeden Dienstagabend von 17.30 Uhr bis 20.30 Uhr;
 - in Jahren mit gerader Jahreszahl,
 - über die Pfingstfeiertage, vom Freitag vor Pfingsten, 17.30 Uhr, bis Pfingstmontag, 12.00 Uhr,
 - am 25. Dezember von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr,
 - am 31. Dezember von 18.00 Uhr bis am 1. Januar, 18.00 Uhr;
 - in Jahren mit ungerader Jahreszahl,

- über die Osterfeiertage, von Karfreitag, 17.30 Uhr, bis Ostermontag, 12.00 Uhr,
- am 26. Dezember von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr,
- am 1. Januar von 18.00 Uhr bis am 2. Januar, 18.00 Uhr.

Sodann wird der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet, E._____ für die Dauer von fünf Ferienwochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich beziehungsweise mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die Ferienbetreuung mindestens drei Monate vor dem geplanten Ferienbeginn schriftlich anzumelden und mit der Gesuchstellerin abzusprechen. Die gemeinsame Entscheidung der Parteien muss bis spätestens acht Wochen vor Ferienbeginn gefällt werden. Kommt es zwischen den Parteien zu keiner Einigung, gelangt die folgende Ferienbetreuungsregelung zum Zuge, bei welcher der Gesuchsgegner berechtigt und verpflichtet wird, E._____ jedes Jahr wie folgt auf eigene Kosten zu sich beziehungsweise mit sich in die Ferien zu nehmen:

- in Jahren mit gerader Jahreszahl;
 - in den Sportferien, von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 12.00 Uhr,
 - in der ersten Frühlingsferienwoche, von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 12.00 Uhr,
 - in den ersten zwei Sommerferienwochen, von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 12.00 Uhr.
- in Jahren mit ungerader Jahreszahl;
 - in der zweiten Woche der Sportferien, von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 12.00 Uhr,
 - in den drei letzten Sommerferienwochen, von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 12.00 Uhr,
 - in der ersten Woche der Herbstferien, von Samstagmorgen, 10.00 Uhr, bis Sonntag, 12.00 Uhr.

7. Die eheliche Wohnung, F._____ ..., G._____, samt Hausrat und Mobiliar, wird für die Dauer des Getrenntlebens der Gesuchstellerin zur alleinigen Benützung zugewiesen.
8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die eheliche Wohnung, F._____ ..., G._____, unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten bis 31. Dezember 2022 zu verlassen.
9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab Aufnahme des Getrenntlebens, d.h. ab 1. Januar 2023 bis 31. Juli 2023 für E._____, geboren am tt.mm.2011, monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'998.60 (davon Fr. 387.45 Barunterhalt [inkl. Überschussanteil] und Fr. 3'611.15 Betreuungsunterhalt), zuzüglich allfälliger an ihn ausgerichteter gesetzlicher und/oder vertraglicher Kinder- und Familienzulagen sowie zuzüglich allfällige an ihn ausgerichtete gesetzliche Kinderrenten, zu bezahlen.

Der Gesuchsgegner wird ferner verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. August 2023 für E._____, geboren am tt.mm.2011, monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'558.60 (davon Fr. 747.45 Barunterhalt [inkl. Überschussanteil] und Fr. 1'811.15 Betreuungsunterhalt), zuzüglich allfälliger an ihn ausgerichteter gesetzlicher und/oder vertraglicher Kinder- und Familienzulagen sowie zuzüglich allfällige an ihn ausgerichtete gesetzliche Kinderrenten, zu bezahlen.

Die zukünftigen Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab Aufnahme des Getrenntlebens, d.h. ab 1. Januar 2023, allfällige an ihn für D._____, geboren am tt. Januar 2005, ausgerichtete gesetzliche Kinderrenten, zu bezahlen.
11. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab Aufnahme des Getrenntlebens, d.h. ab 1. Januar 2023, bis Juli 2023 für sich persönlich monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 725.60 zu bezahlen.

Der Gesuchsgegner wird ferner verpflichtet, der Gesuchstellerin ab 1. August 2023 für sich persönlich monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von Fr. 1'445.60 zu bezahlen.

Die zukünftigen Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

12. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, C._____ ab Aufnahme des Getrenntlebens, d.h. ab 1. Januar 2023, allfällige an ihn C._____, geboren am tt. Januar 2005, ausgerichtete gesetzliche Kinderrenten, zu bezahlen.
13. Im Übrigen werden die Anträge der Parteien abgewiesen.
14. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
Fr. 5'000.-; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 870.- Dolmetscherkosten
Fr. 5'870.- Total
15. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
16. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
17. [Mitteilung]
18. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 107 S. 2 ff.):

- "1. Es seien die Ziff. 3 sowie Ziff. 6 bis 12 des angefochtenen Urteils aufzuheben.
2. Es sei der vorliegenden Berufung die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.
3. Es seien die Kinder D._____, geboren am tt. Januar 2005, und E._____, geboren am tt.mm.2011, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien zu belassen.

4. Es seien die Kinder D._____, geboren am tt. Januar 2005, und E._____, geboren am tt.mm.2011, für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut des Berufungsklägers zu stellen.
5. Es sei die Berufungsbeklagte zu berechtigen und zu verpflichten, den Sohn E._____, geboren am tt.mm.2011, auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen:
 - An jedem zweiten Wochenende jeweils ab Samstagmorgen, 10:00 Uhr, bis Sonntagabend, 18:00 Uhr
 - Jeden Dienstagabend von 17:30 Uhr bis 20:30 Uhr
 - In Jahren mit gerader Jahreszahl:
 - über die Pfingstfeiertage, vom Freitag vor Pfingsten, 17:30 Uhr bis Pfingstmontag, 12:00 Uhr
 - Am 25. Dezember von 10:00 Uhr bis 18:00 Uhr
 - Am 31. Dezember von 18:00 Uhr bis am 1. Januar, 18:00 Uhr
 - In Jahren mit ungerader Jahreszahl:
 - Über die Osterfeiertage, von Karfreitag, 17:30 Uhr, bis Ostermontag, 12:00 Uhr
 - Am 26. Dezember von 10:00 Uhr bis 18:00 Uhr
 - Am 1. Januar von 18:00 Uhr bis am 2. Januar, 18:00 Uhr
6. Sodann sei die Berufungsbeklagte zu berechtigen und zu verpflichten, den gemeinsamen Sohn E._____ für die Dauer von fünf Ferienwochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich, beziehungsweise mit sich in die Ferien zu nehmen.
7. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die Ferienbetreuung mindestens drei Monate vor dem geplanten Ferienbeginn schriftlich anzumelden und mit dem Berufungskläger abzusprechen. Die gemeinsame Entscheidung der Parteien soll bis spätestens acht Wochen vor Ferienbeginn gefällt werden. Kommt es zwischen den Parteien zu keiner Einigung, gelangt die folgende Ferienbetreuungsregelung zum Zuge, bei welcher die Berufungsbeklagte berechtigt und verpflichtet wird, E._____ jedes Jahr wie folgt auf eigene Kosten zu sich, beziehungsweise mit sich in die Ferien zu nehmen:
 - In Jahren mit gerader Jahreszahl:
 - In den Sportferien, von Samstagmorgen, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 12:00 Uhr
 - In der ersten Frühlingsferienwoche, von Samstagmorgen, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 12:00 Uhr

- In den ersten zwei Sommerferien Wochen, von Samstagmorgen, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 12:00 Uhr
 - In Jahren mit ungerader Jahreszahl:
 - In der zweiten Woche der Sportferien, von Samstagmorgen, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 12:00 Uhr
 - In den drei letzten Wochen der Sommerferien, von Samstagmorgen, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 12:00 Uhr
 - In der ersten Woche der Herbstferien, von Samstagmorgen, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 12:00 Uhr.
8. Es sei die eheliche Wohnung, F._____, ..., G._____, samt Hausrat und Mobiliar, für die Dauer des Getrenntlebens dem Berufungskläger zur alleinigen Benutzung zuzuweisen.
9. Die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, die eheliche Wohnung, F._____, ..., G._____, unter Mitnahme ihrer persönlichen Effekten sobald als möglich zu verlassen.
10. Es sei gegenseitig auf die Ausrichtung von persönlichem Unterhalt zu verzichten.
11. Die Kosten des Verfahrens seien unter den Parteien je hälftig aufzuteilen, und es sei gegenseitig auf die Ausrichtung einer Prozessschädigung zu verzichten."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien haben gemäss den unangefochten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz am tt. Oktober 2003 geheiratet. Der Ehe entsprangen drei gemeinsame Kinder, C._____, geboren am tt. November 2003, D._____, geboren am tt. Januar 2005, und E._____, geboren am tt.mm.2011. Die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Gesuchstellerin) ist Brasilianerin und der Gesuchsgegner und Berufungskläger (nachfolgend: Gesuchsgegner) Italiener. Die Parteien sowie die drei Kinder verfügen jeweils über eine Niederlassungsbewilligung C (Urk. 108 S. 5; siehe Urk. 107 S. 6 ff.).

2. Mit Eingabe vom 25. Juni 2021 machte die Gesuchstellerin das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 1). Hinsichtlich der Prozessgeschichte kann auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden (Urk. 108 S. 5 ff.). Dieser erging am 3. Oktober 2022 (Urk. 105 = Urk. 108).

3. Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner innert Frist (siehe Urk. 106/2) Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 107). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2022 setzte der Kammerpräsident der Gesuchstellerin Frist an, um sich zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu äussern; gleichzeitig setzte er dem Gesuchsgegner Frist an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 5'500.– zu leisten (Urk. 112). Mit Eingabe vom 22. Dezember 2022 liess der Gesuchsgegner die E-Mail eines Arztes nachreichen (Urk. 113 f.). Gleichentags ging der Kostenvorschuss ein (Urk. 121). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin zur aufschiebenden Wirkung datiert vom 23. Dezember 2022 (Urk. 116). Mit Eingabe gleichen Datums reichte der Gesuchsgegner einen onkologischen Kurzbericht ein (Urk. 119 f.). Mit Verfügung vom 3. Januar 2023 wurde dem Gesuchsgegner die Auszugsfrist gemäss Dispositiv-Ziffer 8 des vorinstanzlichen Urteils bis zum 28. Februar 2023 verlängert; im Mehrumfang wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 122).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1–106). Da die Berufung offensichtlich unzulässig respektive offensichtlich unbegründet ist, kann darauf verzichtet werden, eine Berufungsantwort einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

II. Beurteilung der einzelnen Rügen

1. Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten sind die Dispositiv-Ziffern 1 (Bewilligung des Getrenntlebens), 2 (elterliche Sorge), 4 (Obhut über C.____), 5 (Regelung des persönlichen Verkehrs bezüglich D.____) und 13 (Abweisung der übrigen Anträge; Urk. 107 S. 2; Urk. 108 S. 76 ff.). Diese Ziffern sind somit in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

1.2. D._____ ist am tt. Januar 2023 volljährig geworden (Art. 14 ZGB). Die Regelung der Obhutszuteilung über sie ist daher gegenstandslos geworden (Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Urteils).

1.3. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1).

1.4. In der Berufungsschrift ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (siehe BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (siehe BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und 5). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 5.1). Die einleitenden Bemerkungen (Urk. 107 S. 6 f.) lassen keinen Bezug zum angefochtenen Entscheid erkennen.

Darauf ist nicht einzugehen. Letzteres gilt auch hinsichtlich der Ausführungen zum Getrenntleben und zur elterlichen Sorge (Urk. 107 S. 8); die entsprechenden Dispositiv-Ziffern blieben nämlich unangefochten (E. II.1.1.).

1.5. Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend unter anderem zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien zudem im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 147 III 301 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

2. Anwendbares Recht

2.1. Die Parteien und deren Kinder sind ausländische Staatsangehörige (E. I.1.). Art. 82 Abs. 2 IPRG knüpft an die ausländische Staatsangehörigkeit Rechtswirkungen an, sodass in Bezug auf die Beziehungen zwischen Eltern und Kind ein internationaler Sachverhalt vorliegt. Fraglich ist, ob das Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ; SR 0.211.231.011) anwendbar ist. Die Konvention, die von der Schweiz und Italien (nicht aber Brasilien) ratifiziert wurde, ist zeitlich auf Massnahmen anzuwenden, die in einem Staat getroffen werden, nachdem das Übereinkommen für diesen Staat in Kraft getreten ist (Art. 53 Abs. 1 HKsÜ). Der sachliche Anwendungsbereich erstreckt sich unter anderem auf Massnahmen zum Schutz der Person des Kindes (Art. 1 Abs. 1 lit. a HKsÜ). Dazu gehören insbesondere die Regelung der elterlichen Obhut und des persönlichen Verkehrs (Art. 3 lit. a und b HKsÜ; BGer 5A_744/2016 vom 28. März 2017, E. 5.1). Das Haager Kindesschutzübereinkommen ersetzt im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten das Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (MSA; SR 0.211.231.01; Art. 51 HKsÜ), welches Brasilien

ebenfalls nicht ratifiziert hat. In der Schweiz trat das Haager Kinderschutzübereinkommen am 1. Juli 2009 in Kraft. Da E. _____ seinen gewöhnlichen Aufenthalt in G. _____ hat, sind die dortigen Gerichte örtlich zuständig (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ; diese Vorschrift ist auch im Eheschutzverfahren anwendbar: BGer 5A_262/2019 vom 30. September 2019, E. 3.3). Die Behörden der Vertragsstaaten wenden bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit nach den Art. 5 ff. HKsÜ ihr eigenes Recht an (Art. 15 Abs. 1 HKsÜ). Zwischen der Schweiz und Brasilien besteht kein Staatsvertrag, welcher das anwendbare Recht bezüglich Obhut und Betreuung regeln würde. Auch Art. 82 Abs. 1 IPRG verweist jedoch auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes. Daher ist schweizerisches Recht anzuwenden.

2.2. Da die Art. 47 f. IPRG bezüglich der Wirkungen der Ehe Rechtsfolgen an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, liegt auch diesbezüglich ein internationaler Sachverhalt vor. In Ermangelung eines Staatsvertrages ist gestützt auf Art. 48 Abs. 1 IPRG schweizerisches Recht anwendbar, soweit es um die Zuteilung der ehelichen Wohnung geht.

2.3. Bezüglich des Unterhalts verweisen Art. 49 IPRG und Art. 83 Abs. 1 IPRG auf das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973 (HUntÜ; SR 0.211.213.01). Die Schweiz wendet diesen Staatsvertrag in Unterhaltssachen somit erga omnes (das heisst gegenüber jedem beliebigen ausländischen Staat) an. Er ersetzt darüber hinaus das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956 (SR 0.211.221.431; Art. 18 Abs. 1 HUntÜ). Italien hat beide Staatsverträge ratifiziert, Brasilien keinen davon. Letzteres spielt jedoch aufgrund des Verweises in Art. 49 IPRG und Art. 83 Abs. 1 IPRG keine Rolle. Art. 5 HUntÜ knüpft an die Staatsangehörigkeit Rechtswirkungen an, sodass ein qualifizierter Auslandsbezug vorliegt. Bezüglich des Ehegatten- und Kinderunterhalts ist das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der unterhaltsberechtigten Person massgebend (Art. 4 Abs. 1 HUntÜ). Anzuwenden ist daher schweizerisches Recht.

3. Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin

3.1. Die Vorinstanz erwog, während beide Parteien dem jeweils anderen Elternteil zumindest teilweise die Fähigkeit absprächen, sich angemessen um die Kinder kümmern zu können, beschränkten sie sich bei der Begründung grösstenteils auf reine Behauptungen. Objektive Belege oder sonstige Beweismittel, welche klar gegen die Erziehungsfähigkeit der einen oder anderen Partei sprechen würden, lägen nicht vor. Insbesondere habe der Gesuchsgegner hinsichtlich seiner zahlreichen, zum Teil schwerwiegenden Vorwürfe kein einziges dahingehendes Beweismittel offeriert. Vor allem aber hätten die Kinder die Behauptungen des Gesuchsgegners anlässlich der Kinderanhörung nicht bestätigt. Sie hätten ausgeführt, dass sie, das heisst insbesondere E._____, jeweils durch den Gesuchsgegner betreut würden, wenn die Gesuchstellerin abends oder am Wochenende arbeite. Dass die Kinder nie von der Gesuchstellerin betreut würden oder dass der Gesuchsgegner deren einzige Bezugsperson sei, gehe aus der Kinderanhörung nicht ansatzweise hervor. Zudem hätten die Kinder ausgeführt, dass es in der Zeit, in welcher der Gesuchsgegner aufgrund des eskalierenden Elternkonflikts kurzfristig ausgezogen sei, zu Hause gut geklappt habe. Einzig mit dem Einkaufen hätten sie Probleme gehabt, da sie die schweren Einkäufe ohne die Hilfe des Gesuchsgegners nur schwer hätten transportieren können. Aus den Ausführungen der Kinder gehe somit nicht hervor, dass die Gesuchstellerin in dieser Zeit mit der Kinderbetreuung oder der Haushaltsführung überfordert gewesen oder ihr diese zu viel geworden sei. Zwar seien die Kinder damals noch jünger gewesen, weshalb zweifelhaft sei, ob sie sich tatsächlich an alles erinnern könnten; es sei aber davon auszugehen, dass insbesondere die älteste Tochter C._____, welche im Jahr 2016 bereits 12 Jahre alt gewesen sei, eine Überforderung seitens der Gesuchstellerin mitbekommen hätte. Ausserdem hätten die Kinder ausgeführt, dass beide Eltern Haushaltsaufgaben übernähmen. Somit sei auch der Vorwurf des Gesuchsgegners, wonach die Gesuchstellerin nie einen Beitrag zur Haushaltsführung leiste, nicht durch die Kinder bestätigt worden. Die Kinder hätten sodann in Übereinstimmung mit der Gesuchstellerin ausgeführt, dass diese nur aufgrund des Elternkonfliktes alleine esse. Auch daraus könne somit nicht geschlossen werden, dass sich die Gesuchstellerin nicht um die Kinder kümmern oder sich

nicht mit diesen abgeben würde (Urk. 108 S. 25 f.). Hinzu komme, dass der Gesuchsgegner gemäss unbestritten gebliebener Darstellung der Gesuchstellerin seit Dezember 2021 mehrmals habe hospitalisiert werden müssen und seither zumindest in einem gewissen Umfang pflegebedürftig sei. Dass sich die Gesuchstellerin während dieser Zeit nicht hätte um die Kindern kümmern können, habe der Gesuchsgegner nicht geltend gemacht und es bestünden auch keine Anzeichen dafür (Urk. 108 S. 26).

3.2. Der Gesuchsgegner bringt vor, hinsichtlich der Erziehungsfähigkeit seien die Parteien lediglich persönlich befragt worden. Es sei kein Erziehungsfähigkeitsgutachten in Auftrag gegeben worden (Urk. 107 S. 9). Es sei aufgrund der Befragung der Kinder und der Parteien sehr deutlich geworden, dass sich die Gesuchstellerin seit Jahren sehr im Hintergrund aufhalte und sich nur minimal um den Haushalt und um die Kinderbetreuung kümmere. Sie koche zwar manchmal, allerdings nur für sich. Zudem verpflege sie sich in einem separaten Zimmer fast ausschliesslich alleine (Urk. 107 S. 9 f.). Es sei fast erschreckend, wie leichtfertig die Vorinstanz den Umstand überfliege, wonach die Gesuchstellerin die meiste Zeit alleine in ihrem Zimmer verbringe, ohne am Familienleben teilzunehmen. Das Gericht schreibe dies primär dem Elternkonflikt zu. Dabei sei gemeinsames Essen sehr wichtig (Urk. 107 S. 15–17). Das Gericht konzentriere sich bei der Begründung darauf, dass zumindest bis zur Hospitalisierung des Gesuchsgegners beide Parteien die Kinder betreut hätten, in ihr Leben involviert gewesen seien und sich um diese gekümmert hätten. Dies sei offensichtlich aktenwidrig. Beide Parteien würden einander vorwerfen, nicht am Familienleben teilgenommen zu haben. Effektive Beweise seien in solchen Situationen nicht zu erwarten. Nur schon der Umstand, dass die Gesuchstellerin anlässlich eines der wichtigsten Momente im Tagesablauf, der gemeinsamen Einnahme des Essens, nicht anwesend sei und dies auch nicht wolle, sei alarmierend. Offensichtlich habe sich die Vorinstanz nicht die grundlegende Frage gestellt, wie die Gesuchstellerin, welche sich vorwiegend in ihrem Zimmer aufhalte und auch sonst nicht oft zu Hause sei, sich um die Kinder kümmern solle und wolle (Urk. 107 S. 17). Die Vorinstanz setze vor allem E._____ Gefahren aus, wenn er ausschliesslich von der Gesuchstellerin betreut werden solle. Letztere werde ihre Aufgaben nicht pflichtgemäss überneh-

men, sondern darauf vertrauen, dass sich jemand anders werde darum kümmern müssen. So sei dies nämlich auch während der Zeit gewesen, als der Gesuchsgegner hospitalisiert gewesen sei: Sehr oft hätten die gemeinsamen Töchter die Aufgaben als Erzieher und Betreuer übernehmen müssen, da die Gesuchstellerin überfordert gewesen sei und ihre gewohnte Freiheit wieder habe erlangen wollen. Zudem sei eine Cousine des Gesuchsgegners aus Italien gekommen. Diese habe sich nicht nur um den Haushalt gekümmert, sondern auch um die Kinder, um so die Mutter zu entlasten (Urk. 107 S. 18 f.).

3.3. Es ist anhand der Ausführungen des Gesuchsgegners nicht ersichtlich, ob er die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin (noch) in Frage stellt. Er blendet sodann die Kinderanhörungen aus, welche in die vorinstanzliche Würdigung mit-einfließen. Der pauschale Hinweis, dass die Ausführungen der Kinder zu relativieren seien, da sie sich ohnehin in einem Interessenkonflikt befänden (Urk. 107 S. 18), stellt keine rechtsgenügende Auseinandersetzung dar. In seinen weit-schweifigen Ausführungen zur Bedeutung des gemeinsamen Essens (Urk. 107 S. 15–17) setzt sich der Gesuchsgegner nicht mit dem vorinstanzlichen Beweis-ergebnis auseinander, wonach die Abwesenheit der Gesuchstellerin im elterlichen Konflikt begründet sei (Urk. 108 S. 26). Er bringt sodann vor, dass die Töchter die Aufgabe als Erzieher und Betreuer für E._____ hätten wahrnehmen müssen, als er hospitalisiert gewesen sei (Urk. 107 S. 19). Die Gesuchstellerin sah sich vor Vorinstanz aufgrund der Krankheit des Gesuchsgegners zu einer Eingabe veran-lasst. Sie führte aus, dass sie E._____ während der Ausübung ihrer Tätigkeit als Reinigungskraft unter der Woche (abends zwischen 18.00 Uhr und circa 20.30 Uhr) nicht betreuen könne; E._____ werde in dieser Zeit durch seine Schwestern sowie eine aus Italien angereiste Nichte des Gesuchsgegners be-treut. Diese Lösung könne man jedoch nicht langfristig aufrechterhalten, weshalb sie sich gezwungen sehe, die Arbeitsstelle am Abend auf den nächsten Termin zu kündigen (jene am Wochenende sei bereits gekündigt worden; Urk. 66 S. 2). Den Umstand, dass die Gesuchstellerin arbeitstätig war (dazu E. II.4.4.) und E._____ nicht gleichzeitig betreuen konnte, blendet der Gesuchsgegner aus. Generell be-gnügt er sich damit, seine Sicht der Dinge zu schildern, ohne mit präzisen Ver-weisen auf die vorinstanzlichen Akten aufzuzeigen, inwiefern der Entscheid man-

gelhaft sein soll. Damit genügt er den Begründungsanforderungen nicht (E. II.1.4.).

3.4. Auch inhaltlich erweisen sich die Rügen als unbegründet: Dr. med. H._____, Assistenzärztin im Fachbereich Psychiatrie und Psychotherapie am Universitätsspital Zürich, behandelt die Gesuchstellerin seit Ende November 2018 (Urk. 44 S. 1). Sie bestätigte gegenüber der Vorinstanz, dass die Gesuchstellerin an einer posttraumatischen Belastungsstörung leide und Schlafstörungen habe. Sie leide an starker Angespanntheit, Alpträumen und Schreckhaftigkeit, insbesondere, wenn der Ehemann zu Hause sei (Urk. 44 S. 2). Wenn letzterer in den Ferien sei, wirke die Gesuchstellerin ruhiger (Urk. 44 S. 4). Auch wenn sich Dr. med. H._____ hauptsächlich auf die Schilderungen der Gesuchstellerin abgestützt haben dürfte, so handelt es sich bei der Aussage, die Gesuchstellerin wirke bei ferienbedingter Abwesenheit des Gesuchsgegners ruhiger, um eine Beobachtung. Die Kinder bestätigten anlässlich ihrer Anhörung vom 4. November 2021, dass ihre Mutter nicht mehr nach Italien in die Ferien mitgekommen sei, nachdem die Streitereien zwischen den Eltern begonnen hätten (Urk. 47 S. 2). Aufgrund des Elternkonflikts esse die Mutter auch alleine (Urk. 47 S. 3). D._____ gab zu Protokoll, dass die Mutter hauptsächlich den Haushalt sowie die Wäsche mache und staubsauge; der Vater würde hingegen einkaufen und beispielsweise den Boden mit dem Swiffer reinigen. Insgesamt bestätigten die Kinder, dass sich die Eltern die Haushaltsaufgaben teilten (Urk. 47 S. 3).

3.5. Zusammenfassend sind keine Gründe ersichtlich, welche zu Zweifeln an der Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin Anlass gäben.

4. Gesuchstellerin als Hauptbezugsperson der Kinder

4.1. Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner werfe der Gesuchstellerin vor, sie sei nicht gewillt, sich mit den Kindern abzugeben beziehungsweise diese zu betreuen. Dies sei insbesondere aufgrund der Ausführungen der Kinder anlässlich der Kinderanhörung nicht glaubhaft. Zudem werde aus dem telefonischen Gespräch mit Dr. med. H._____ deutlich, dass die Gesuchstellerin darum bemüht sei, sich Hilfe im Umgang mit den Kindern mit der Situation zu Hause zu holen.

Dr. med. H._____ habe diesbezüglich ausgeführt, dass die Gesuchstellerin einen Zwischenweg zu finden versuche, um für ihre Kinder da zu sein und ihnen die Situation zu erklären, sie aber auch nicht zu stark damit zu belasten. Die Gesuchstellerin würde sich wohl kaum Hilfe holen, wäre sie nicht daran interessiert, sich mit den Kindern abzugeben (Urk. 108 S. 30). Beide Parteien schienen grundsätzlich gewillt zu sein, die Kinder zu betreuen. Ob es dem Gesuchsgegner indessen möglich sei, diesen ursprünglich und möglicherweise auch heute noch bestehenden Willen tatsächlich umzusetzen, erscheine aufgrund der seit Ende Dezember 2021 erfolgten mehreren Hospitalisierungen und der sich daraus ergebenden Folgen, wie sie von der Gesuchstellerin dargestellt worden und unbestritten geblieben seien, zumindest als fraglich (Urk. 108 S. 30). Ob eine der Parteien die Kinder in der arbeitsfreien Zeit der Gesuchstellerin intensiver betreue als die andere, lasse sich vorliegend nicht abschliessend beurteilen. Zwar sei dem Gesuchsgegner darin zuzustimmen, dass die Gesuchstellerin alleine esse; dies liege jedoch primär am Elternkonflikt. Zumindest die Kinder hätten das so bestätigt. Entsprechend bestünden keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass diese Situation nach der Durchführung der Trennung der Eltern so fortbestehen würde. Abgesehen von diesem Umstand habe keine der Parteien Belege einreichen oder Zeugen offerieren können, welche über die Betreuungssituation differenziert Auskunft geben könnten. Es sei somit davon auszugehen, dass – zumindest bis zur Hospitalisierung des Gesuchsgegners Ende Dezember 2021 – beide Parteien die Kinder betreut hätten, in ihr Leben involviert gewesen seien und sich um diese gekümmert hätten (Urk. 108 S. 31).

4.2. Der Gesuchsgegner wendet ein, die Gesuchstellerin sei bis zu Beginn des Eheschutzverfahrens einer Teilzeitarbeit nachgegangen. Diese habe sie dazu benutzt, die eheliche Wohnung täglich und regelmässig zu verlassen. Ihrer Arbeitstätigkeit sei sie in der Regel nachmittags oder am Abend nachgegangen, so dass sie tagsüber oder am Vormittag verfügbar gewesen sei. Sie sei meist nach 10 Uhr aufgestanden und habe alleine das Frühstück eingenommen. Aufgrund der fortgeschrittenen Stunde habe sie sich nicht um die Anliegen und Bedürfnisse der Kinder kümmern können und wollen. Von Beginn an habe sich der Gesuchsgegner hauptsächlich und fürsorglich um die Kinder gekümmert, die Gesuchstelle-

rin habe nie Interesse dafür gezeigt. Oft habe sie ihre Zeit zu Hause alleine in einem separaten Zimmer verbracht und selten am Familienleben teilgenommen. So sei es fast ausschliesslich der Gesuchsgegner gewesen, welcher den Sohn geweckt, für ihn das Frühstück zubereitet und sichergestellt habe, dass Hygienerituale durchgeführt und die Kleidung entsprechend den Temperaturen angepasst werde. Der Gesuchsgegner sei pensioniert und habe keine weiteren Aufgaben. Er habe sich schon immer fürsorglich um die Betreuung der Kinder gekümmert und werde dies unbesehen vom Ausgang des Verfahrens auch weiterhin tun (Urk. 107 S. 10 f.). Der Umstand, wonach der Gesuchsgegner zwischenzeitlich das 78. Altersjahr erreicht habe, dürfe nicht darüber hinwegtäuschen, dass er trotz seiner aktuellen Behandlung in medizinischer Sicht sehr rüstig sei. Die Gesuchstellerin habe sich dagegen um keines der Kinder gekümmert, wie dies von einer Mutter zu erwarten wäre. Der Gesuchsgegner sei vor 13 Jahren pensioniert worden und habe erfolgreich die Vater- und die Mutterrolle übernommen (Urk. 107 S. 11 f.). Die Kinder hätten anlässlich ihrer persönlichen Befragung indirekt bestätigt, dass die Gesuchstellerin nie ihre Hauptbetreuungsperson gewesen sei, sondern eben gerade der Gesuchsgegner. Es komme höchst selten vor, dass die Gesuchstellerin mit E._____ etwas unternehme, mit ihm einkaufen oder ins Schwimmbad gehe. Sie wisse zwar, dass E._____ ein begeisterter Fussballer sei. Sie habe ihn aber noch nie zu einem Training begleitet, geschweige denn eines seiner Fussballspiele verfolgt. Dies sei eine Aufgabe, welche ausschliesslich der Vater mit Stolz übernehme. Seit Jahren sei die Gesuchstellerin mit den Kindern nicht mehr in die Ferien gereist. E._____ und D._____ hätten die gesamten letzten fünfwöchigen Sommerferien im Jahr 2021 mit dem Gesuchsgegner in Italien verbracht (Urk. 107 S. 12).

4.3. Der Gesuchsgegner begnügt sich damit, dem vorinstanzlichen Entscheid seine Sicht der Dinge entgegenzustellen. Er setzt sich nicht mit der Feststellung auseinander, wonach die Gesuchstellerin aufgrund des Elternkonflikts alleine isst (Urk. 108 S. 31). Er zeigt nicht auf, wo genau die Kinder indirekt ausgesagt haben sollen, dass nur er (und nicht die Mutter) sie hauptsächlich betreut habe (Urk. 107 S. 12). Es fehlen präzise Hinweise auf die vorinstanzlichen Akten.

Insgesamt genügt der Gesuchsgegner den Begründungsanforderungen nicht (E. II.1.4.).

4.4. Auch inhaltlich erweisen sich seine Rügen als unbegründet: So ist mit Blick auf die Ausführungen von Dr. med. H._____ glaubhaft, dass die Gesuchstellerin an einer posttraumatischen Belastungsstörung leidet. Wenn sie alleine isst und nicht an den gemeinsamen Ferien teilnimmt, so liegt dies nicht an fehlendem Interesse an den Kindern; es ist vielmehr in der Anwesenheit des Gesuchsgegners begründet (E. II.3.4.). Es ist unbestritten, dass die Gesuchstellerin Teilzeit (nämlich Samstag ganztags und von Montag bis Freitag jeweils von 18 bis 20 Uhr) arbeitete und der Gesuchsgegner die Kinder in dieser Zeit allein betreute (Urk. 26 Rz. 12; siehe Urk. 28 S. 5). Auch die Kinder bestätigten dies (Urk. 47 S. 3). Insgesamt war das Arbeitspensum der Gesuchstellerin aber derart gering, dass sie – neben dem Gesuchsgegner – gleichwohl als Hauptbezugsperson der Kinder anzusehen ist. Dies scheint auch E._____ so wahrzunehmen: Er führte aus, dass ihn die ganze Situation traurig mache. Er wolle am liebsten mit beiden Elternteilen zusammenwohnen (Urk. 47 S. 6).

5. Krankheit des Gesuchsgegners und Druckausübung

5.1. Die Vorinstanz erwog, im Rahmen der Kinderanhörung sei der Eindruck entstanden, dass der Gesuchsgegner aufgrund des hängigen Eheschutzverfahrens einen gewissen Druck auf die Kinder ausübe. So habe er sie immer wieder gefragt, bei welchem Elternteil sie nach der Trennung lieber wohnen wollten. Dies habe bei D._____ eine gewisse Abwehrhaltung ausgelöst und zumindest einmal zu einem Streit zwischen den beiden geführt. Die Fragerei scheine die Kinder, insbesondere E._____, zudem in einen Loyalitätskonflikt zu drängen und ihn sehr traurig zu machen. Zwar habe sich die Gesuchstellerin ebenfalls nach den Wünschen der Kinder erkundigt, jedoch habe sie dies scheinbar weniger intensiv getan. Der Gesuchstellerin sei somit darin zuzustimmen, dass der Gesuchsgegner nicht immer das Kindeswohl vor Augen zu haben scheine und bisweilen ungeduldig mit den Kindern umgehe (Urk. 108 S. 28). Der Gesuchsgegner habe Ende Dezember 2021 hospitalisiert werden müssen. Nach seiner Entlassung habe die Gesuchstellerin ihn zu Hause pflegen müssen. Auch im

Jahr 2022 sei es zu mehreren Spitalaufenthalten gekommen (Urk. 108 S. 28). Entsprechend erscheine es fraglich, ob es dem Gesuchsgegner im aktuellen Zeitpunkt tatsächlich möglich wäre, insbesondere den Sohn E._____ angemessen persönlich zu betreuen. Dies bestätige sich sodann darin, dass die Gesuchstellerin gemäss unbestritten gebliebener Darstellung sogar ihre Teilzeiterwerbstätigkeit habe aufgeben müssen, um neben der Betreuung der unmündigen Kinder, insbesondere des Sohns E._____, auch die Pflege des Gesuchsgegners sicherstellen zu können (Urk. 108 S. 29). Die Pflegebedürftigkeit nach seiner Hospitalisation im Dezember 2021 sowie die weiteren Spitalaufenthalte hätten es dem Gesuchsgegner über mehrere Monate verunmöglicht, E._____ zu betreuen. Vor diesem Hintergrund und aufgrund der glaubhaft gemachten Druckausübung auf die Kinder seitens des Gesuchsgegners scheine die Gesuchstellerin die den Kindern nächstliegende und primäre Bezugsperson zu sein (Urk. 108 S. 31).

5.2. Der Gesuchsgegner bringt vor, Ende Dezember 2021 seien bei ihm ein Hirnschlag, ein Hirntumor und Krebszellen im Lungenbereich diagnostiziert worden. Mehrere Operationen und Spitalaufenthalte seien notwendig gewesen. Auch aktuell werde er behandelt und stehe laufend in Untersuchung. Die Krebsbehandlung spreche sehr gut an. Nichtsdestotrotz werde Anfang Januar [2023] eine letzte Operation zur Entfernung von Metastasen notwendig sein. Darauf werde eine etwa dreiwöchige Rehabilitation folgen. Spätestens ab Mitte Februar 2023 werde der Gesuchsgegner wieder vollumfänglich in der Lage sein, sich um sich selber und um E._____ zu kümmern (Urk. 107 S. 15). Im Rahmen des Eheschutzverfahrens müsse eine der Parteien die eheliche Wohnung verlassen. Daher habe sich der Gesuchsgegner zu Recht bei den Kindern nach ihren Wünschen und Bedürfnissen erkundigt. Dies sei nicht geschehen, um die Kinder unter Druck zu setzen (Urk. 107 S. 14).

5.3. Der Gesuchsgegner zeigt nicht auf, wer E._____ in der Zeit der Operation und Rehabilitation betreuen soll. Auch führt er nicht aus, wie die Betreuung aussehen soll, falls sein Gesundheitszustand anders als erhofft eine eigene Betreuung verunmöglichen sollte. Auch aus den Noveneingaben vom 22. Dezember 2022 (Urk. 113) und vom 23. Dezember 2022 (Urk. 119) geht dies nicht hervor.

Damit genügt der Gesuchsgegner den Begründungsanforderungen nicht (E. II.1.4.).

5.4. Ob er mit Blick auf seinen Gesundheitszustand in der Lage sein wird, E._____ zu betreuen (siehe Urk. 114; Urk. 120), kann offenbleiben. Der Gesuchsgegner bestreitet nämlich nicht, die Kinder darauf angesprochen zu haben, bei wem sie wohnen wollten (Urk. 107 S. 14). Ein Kind sollte sich nicht für oder gegen einen Elternteil entscheiden müssen. Mangels weiterer Rügen bleibt es bei der vorinstanzlichen Feststellung, wonach der Gesuchsgegner die Kinder eher einem Loyalitätskonflikt aussetzt als die Gesuchstellerin (Urk. 108 S. 28). Dasselbe gilt für die vorinstanzliche Feststellung, wonach eine alternierende Obhut mit Blick auf die mangelnde Kommunikation und Kooperation nicht angezeigt sei (Urk. 108 S. 24). Es ist vor diesem Hintergrund im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Obhut der Gesuchstellerin zugeteilt hat.

6. Besuchsrecht

6.1. Die Vorinstanz sprach dem Gesuchsgegner ein Besuchsrecht zu (Urk. 108 S. 76 f.).

6.2. Der Gesuchsgegner ist der Ansicht, dass bei "der Obhutzuteilung von E._____ an die Berufungsbeklagte" (gemeint wohl: den Berufungskläger) umgekehrt dieselbe Regelung angewandt werden solle (Urk. 107 S. 19).

6.3. Soweit der Gesuchsgegner die Zuteilung der Obhut an die Gesuchstellerin rügt, genügt er den Begründungsanforderungen nicht (E. II.3.–II.5.). Auf seine diesbezüglichen Ausführungen ist nicht einzutreten. Der Gesuchsgegner hat im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht keine Rügen für den Fall vorgebracht, dass es bei der Obhutzuteilung an die Gesuchstellerin bleibt; damit ist seine Berufung, soweit sie sich gegen das Besuchsrecht richtet, abzuweisen.

7. Zuweisung der ehelichen Wohnung

7.1. Die Vorinstanz erwog, vorliegend werde der Gesuchstellerin die alleinige Obhut über D._____ und E._____ zugesprochen. E._____ besuche noch die

obligatorische Schule und sei somit eng mit G._____ verbunden. Bereits aus diesem Grund sei die eheliche Wohnung der Gesuchstellerin zuzusprechen. Hinzu komme, dass es dem Gesuchsgegner auch eher zumutbar sei, die eheliche Wohnung zu verlassen: Er sei eine Einzelperson und die Gesuchstellerin verfüge im Gegensatz zu ihm – mit Ausnahme der zukünftigen Unterhaltsleistungen – über kein wesentliches Einkommen (Urk. 108 S. 41 f.). Vorliegend könnte man aufgrund der angespannten familiären Situation argumentieren, dass sich ein Auszug des Gesuchsgegners innert 14 Tagen rechtfertige. Gleichzeitig sei jedoch die Lage auf dem Wohnungsmarkt in G._____ und Umgebung zu berücksichtigen. Gestützt auf die unbestritten gebliebene Darstellung der Gesuchstellerin in deren Eingabe vom 18. August 2022 bestünden sodann keine Hinweise dafür, dass dem Gesuchsgegner für einen Auszug eine besonders lange Frist zur Verfügung gestellt werden müsste. Es rechtfertige sich somit, ihm eine Frist bis Ende des nächsten Monats, das heisst bis zum 31. Dezember 2022 anzusetzen, um aus der Wohnung auszuziehen (Urk. 108 S. 42).

7.2. Der Gesuchsgegner bringt vor, im Falle der Zuteilung der Obhut über E._____ an ihn sei es der Gesuchstellerin eher zuzumuten, die eheliche Wohnung zu verlassen. So oder anders sei nicht zu unterschätzen, dass er alleiniger Eigentümer der Liegenschaft sei und die Gesuchstellerin, auch in güterrechtlicher Hinsicht, keinen Anspruch darauf habe. Somit werde sie nach der Scheidung, spätestens in zwei Jahren, die eheliche Wohnung ohnehin verlassen müssen (Urk. 107 S. 20 f.). Die Vorinstanz verkenne offensichtlich, dass E._____ in zwei Jahren immer noch mit G._____ verbunden sein werde und dies für ihn allenfalls in zwei Jahren ein Problem sein werde. Die Lösung werde nicht aufgehoben, sondern lediglich aufgeschoben. Der Gesuchsgegner habe eine Frist von nicht einmal einem Monat, um die eheliche Wohnung zu verlassen. Hinzu komme, dass das Auszugsdatum per 31. Dezember 2022 angesetzt worden sei. Offensichtlich sei es der Vorinstanz nicht geläufig, dass es sich bei Weihnachten und Neujahr um eine relativ bedeutende Festlichkeit handle. Andererseits sei es der Vorinstanz offensichtlich völlig unbekannt, dass die meisten Liegenschaftsverwalter keine Kündigungen auf Ende Jahr akzeptierten und der Gesuchsgegner ein Ho-

telzimmer beziehen müsste, um alsdann eine definitive Lösung zu finden (Urk. 107 S. 21).

7.3. Die Vorinstanz hat die Zuteilungskriterien zutreffend wiedergegeben (Urk. 108 S. 40 f.), sodass darauf verwiesen werden kann. Zu betonen ist, dass die Frage, wem die Wohnung gehört, von untergeordneter Bedeutung ist (BGer 5A_78/2012 vom 15. Mai 2012, E. 3.1). Es ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die eheliche Wohnung bereits allein aufgrund der Obhutszuteilung der Gesuchstellerin zugewiesen hat. Ob und wann es zur Scheidung kommt, ist zurzeit offen. Festzuhalten ist jedenfalls, dass die Zuteilungskriterien des Eheschutzes auch für die Dauer des Scheidungsverfahrens gelten (Art. 276 Abs. 1 ZPO).

7.4. Der Gesuchsgegner kritisiert die kurze Auszugsfrist (Urk. 107 S. 21). Er zeigt jedoch nicht auf, welche Auszugsfrist für den Fall, dass er die Wohnung verlassen muss, angemessen wäre. Damit genügt er den Begründungsanforderungen nicht (E. II.1.4.). Nun wurde dem Gesuchsgegner die Auszugsfrist jedoch mit Verfügung vom 3. Januar 2023 bis zum 28. Februar 2023 verlängert (Urk. 122). Der Gesuchsgegner musste nicht damit rechnen, dass bereits vorher ein Endentscheid vorliegen würde. Aufgrund des Vertrauensschutzes ist Dispositiv-Ziffer 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 3. Oktober 2022 aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

"Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die eheliche Wohnung, F.____ ..., G.____, unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten bis zum 28. Februar 2023 zu verlassen."

8. Einkommen der Gesuchstellerin (Ehegattenunterhalt)

8.1. Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass ihr die Arbeitsstelle beim Praxiszentrum I.____ GmbH per 31. Dezember 2021 gekündigt worden sei. Ab Januar 2022 habe sie lediglich in der Schule in J.____ geputzt und monatlich Fr. 688.– verdient. Darüber hinaus habe sie gemäss ebenfalls unbestritten

gebliebener Darstellung ihre Anstellung bei der Schule J._____ auf den nächstmöglichen Termin kündigen müssen, da der Gesuchsgegner aufgrund seiner Hospitalisationen seit Dezember 2021 nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Kinder und insbesondere E._____ zu betreuen. Gemäss Austrittsbericht des ...-Spitals sei der Gesuchsgegner vom 15. bis 30. Dezember 2021 hospitalisiert gewesen. Entsprechend sei davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin die Kündigung ihrer Anstellung bei der Schule J._____ bereits im Dezember 2021 ausgesprochen habe. Damit falle dieses Einkommen spätestens per Ende März 2021 [recte: 2022] weg (Urk. 108 S. 49 f.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei einem Elternteil ein Arbeitspensum von 50 % zuzumuten, sobald das jüngste Kind, welches unter seiner Obhut stehe, eingeschult sei. Dies sei vorliegend der Fall, weswegen der Gesuchstellerin ein Arbeitspensum von 50 % zuzumutbar sei. Die Gesuchstellerin verfüge weder über eine Ausbildung noch relevante Berufserfahrung. Sie sei sodann keiner der Landessprachen mächtig. Realistischerweise sei deshalb zumindest für das vorliegende summarische Eheschutzverfahren davon auszugehen, dass sie primär als Reinigungskraft Verdienstmöglichkeiten finden dürfte. Selbst bei einem 50 %-Pensum sei auch unter Anbetracht ihres bisherigen Verdienstes nicht davon auszugehen, dass sie dabei einen höheren Verdienst als die bisher etwa Fr. 1'800.– erwirtschaften könnte. Es sei ihr deshalb ein hypothetisches Einkommen von Fr. 1'800.– anzurechnen (Urk. 108 S. 50).

8.2. Der Gesuchsgegner rügt, die Gesuchstellerin habe eine Teilzeitstelle gehabt, welche sie im Laufe des Verfahrens und angeblich wegen seiner Erkrankung aufgegeben habe. Bereits zu Beginn des Verfahrens sei der Gesuchstellerin bekannt und bewusst gewesen, dass sie aufgrund der Situation mit der Pflicht einer Erwerbstätigkeit hätte rechnen müssen. Die Aufgabe der Erwerbstätigkeit infolge der Erkrankung des Gesuchsgegners sei lediglich ein Vorwand gewesen, der schamlos ausgenutzt worden sei. Die Gesuchstellerin habe sich nämlich nicht um den Gesuchsgegner gekümmert, sondern dessen Cousine habe dies gemacht. Entsprechend solle der Gesuchstellerin ab sofort eine Erwerbstätigkeit von 100 % angerechnet werden, "allenfalls im Sinne eines hypothetischen Einkommens" (Urk. 107 S. 20).

8.3. Der Gesuchsgegner äussert sich nicht zur Höhe des Einkommens. Er zeigt sodann nicht auf, weshalb die Vorinstanz nicht habe annehmen dürfen, dass die Gesuchstellerin die Stelle wegen seiner Erkrankung aufgegeben habe. Zudem ist nicht ersichtlich, ob der anwaltlich vertretene Gesuchsgegner ein tatsächliches oder ein hypothetisches Einkommen geltend macht und ob es sich im letzteren Fall um ein zukünftiges oder ein rückwirkendes hypothetisches Einkommen handelt. Und schliesslich begründet er nicht, weshalb der Gegenseite ein Pensum von 100 % anzurechnen sei. Erneut begnügt sich der Gesuchsgegner damit, seine Sicht der Dinge darzulegen, ohne anhand präziser Verweise auf die vorinstanzlichen Akten aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid falsch sei. Damit genügt er den Begründungsanforderungen nicht (E. II.1.4.).

8.4. Zusammenfassend ist auf die Berufung nicht einzutreten, soweit sie sich gegen die Zusprechung von Ehegattenunterhaltsbeiträgen richtet.

9. Kinderunterhaltsbeiträge und Kinderrenten

9.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner in Urteilsdispositiv-Ziffer 9, der Gesuchstellerin für E._____ Kinderunterhaltsbeiträge sowie eine allfällige Kinderrente zu bezahlen. Weiter verpflichtete sie ihn in Urteilsdispositiv-Ziffer 10, der Gesuchstellerin allfällige an ihn für D._____ bestimmte Kinderrenten zu bezahlen (Urk. 108 S. 78). Schliesslich verpflichtete sie ihn in Urteilsdispositiv-Ziffer 12, C._____ allfällige ihr zustehende Kinderrenten zu bezahlen (Urk. 108 S. 79).

9.2. Der Gesuchsgegner verlangt die Aufhebung der entsprechenden Urteilsdispositiv-Ziffern (Urk. 107 S. 2). Eine Begründung für diesen Antrag ist seiner Berufung jedoch nicht zu entnehmen, weshalb darauf nicht einzutreten ist (E. II.1.4.).

10. Mitteilung

Die Kinder C._____ und D._____ haben das 14. Altersjahr vollendet, weshalb ihnen der vorliegende Entscheid mitzuteilen ist, soweit sie davon betroffen sind (Art. 301 lit. b ZPO).

III. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens

Trifft die Berufungsinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 5'000.– fest. Sie auferlegte den Parteien die Gerichtskosten (inklusive der Dolmetscherkosten von Fr. 870.–) je zur Hälfte und sprach keine Parteientschädigungen zu (Urk. 108 S. 79). Dies blieb unangefochten und ist nicht zu beanstanden. Die Dispositiv-Ziffern 14 bis 16 des angefochtenen Urteils sind daher zu bestätigen.

2. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

2.1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG sowie § 5 Abs. 1 GebV OG, § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsgegner kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO) Die Entscheidgebühr ist dem Gesuchsgegner aufzuerlegen. Sie ist mit seinem Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 5'500.– (Urk. 121) zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die Gesuchstellerin musste sich lediglich zur aufschiebenden Wirkung äussern (Urk. 116). Der Gesuchsgegner ist daher zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 800.– (§ 2 Abs. 1 AnwGebV) inklusive Mehrwertsteuer (siehe Urk. 116 S. 2) zu bezahlen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 3. Oktober 2022 betreffend die Dispositiv-Ziffern 1, 2, 4, 5 und 13 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die Regelung der Obhut über D._____ wird als gegenstandslos abgeschrieben.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 8 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 3. Oktober 2022 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die eheliche Wohnung, F.____ ..., G.____, unter Mitnahme seiner persönlichen Effekten bis zum 28. Februar 2023 zu verlassen."

2. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 3. Oktober 2022 wird bestätigt, soweit es nicht in Rechtskraft erwachsen bzw. gegenstandslos geworden ist.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt. Sie werden vollumfänglich mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 800.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an C.____ und D.____ hinsichtlich der vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffern 2 bis 5, 10 und 12, hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 des Beschlusses und der Dispositiv-Ziffern 2, 6 und 7 des Urteils, sowie an das Migrationsamt des Kantons Zürich mit Formular sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 BGG und 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, 1. Februar 2023

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am:
st