

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170050-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Beschluss vom 5. Dezember 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Dietikon vom 21. Juli 2017 (EE170058-M)**

Rechtsbegehren:
(Urk. 29 sinngemäss)

Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit dem 7. Mai 2017 und weiterhin auf unbestimmte Zeit getrennt leben und es sei die Trennungsvereinbarung der Parteien vom 21. Juli 2017 zu genehmigen, soweit nicht davon Vormerk zu nehmen ist.

Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 21. Juli 2017:
(Urk. 35 = 41)

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien seit dem 7. Mai 2017 getrennt leben.
2. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2016, werden unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Die Vereinbarung der Parteien vom 21. Juli 2017 wird in Bezug auf die weiteren Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wird von der Vereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:

"1. Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes

Die Parteien stellen fest, seit 7. Mai 2017 getrennt zu leben und vereinbaren die Fortführung des Getrenntlebens auf unbestimmte Zeit.

2. Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht

a) Elterliche Sorge

Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes ändert nichts an der gemeinsamen elterlichen Sorge für die Kinder

- C._____, geboren am tt.mm.2011, sowie
- D._____, geboren am tt.mm.2016.

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel der Kinder grundsätzlich der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und den Kindern hat.

Der Vater ist ausdrücklich mit dem Umzug der Mutter mit den Kindern nach Australien einverstanden, sofern der Umzug frühestens per 15. September 2017 erfolgt.

b) Obhut

Die Parteien beantragen, es sei die Obhut für die Kinder der Mutter zuzuteilen.

c) Besuchsrecht

Der Vater ist berechtigt, die Kinder bis zum Umzug nach Australien wie folgt für jeweils 3 Stunden in Anwesenheit des Grossvaters der Kinder mütterlicherseits zu sehen, erstmals am Dienstag, 25. Juli 2017, hernach am Sonntag, 30. Juli 2017, am Sonntag, 6. August 2017 sowie am Sonntag, 13. August 2017.

Ab 20. August 2017 erfolgt das Besuchsrecht unbegleitet, jeweils wöchentlich am Sonntag (für 3 Stunden).

Nach dem Umzug nach Australien ist der Vater berechtigt, mit den Kindern wöchentlich, jeweils am Sonntag oder einem anderen einvernehmlich vereinbarten Wochentag ca. eine Stunde zu skypen bzw. anderweitig fernmündlich (wenn möglich mit Sichtkontakt) zu kommunizieren.

Sodann ist er berechtigt, die Kinder nach deren Umzug während 4 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten in Australien zu besuchen bzw. zu sich auf Besuch zu nehmen. Weitergehende oder abweichende Anordnungen der dann zumal zuständigen Behörden bleiben vorbehalten.

Die Mutter verpflichtet sich, gegenüber den australischen Einreisebehörden alle nötigen Erklärungen bzw. Empfehlungen abzugeben, damit der Vater für seine Besuche eine Einreisebewilligung erhält.

3. Kinderunterhalt

Der Vater verpflichtet sich, ab sofort und für die weitere Dauer des Getrenntlebens allfällige Familienzulagen für die Kinder an die Mutter weiterzuleiten. Darüber hinaus ist er mangels Leistungsfähigkeit derzeit nicht in der Lage, Kinderunterhalt zu bezahlen. Der Anspruch der Kinder wird auf CHF 3'200.– beziffert (davon je CHF 640.– Barunterhalt, Familienzulagen nicht abgezogen), ab deren Umzug nach Australien.

4. Ehegattenunterhalt

Der Bedarf der Ehefrau wäre bei vollständiger Zahlung des geschuldeten Kindesunterhalts gedeckt. Gestützt darauf stellen die Parteien fest, dass die Ehefrau keinen Anspruch auf weitergehenden persönlichen Ehegattenunterhalt hat.

5. Grundlagen der Unterhaltsberechnungen

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:
Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- Ehefrau: CHF 0.–
- Ehemann: CHF 3'000.– (hypothetisch; 100 % Pensum als selbständiger Taxiunternehmer)

- Kinder: je die Familienzulage von derzeit CHF 200.–

Vermögen:

- Ehefrau: CHF 0.–

- Ehemann: CHF 0.–

- C._____: CHF 0.–

- D._____: CHF 0.–

familienrechtlicher Bedarf:

- Ehefrau mit Kindern: CHF 3'200.– (in Australien; Bar- und
Betreuungsbedarf)

- Ehemann: CHF 3'540.– (inkl. Besuchsrechtskosten, exkl.
Kosten für Fahrzeug und Betrieb
Taxiunternehmen)

6. Wohnung

Die Ehefrau überlässt dem Ehemann die eheliche Wohnung am ...weg ... in
E._____ zu Benützung.

Die Ehefrau hat die Wohnung bereits verlassen.

Der Ehemann wird berechtigt erklärt, die eheliche Wohnung zu kündigen und
die Ehefrau verpflichtet sich, alle dazu nötigen Unterschriften auf erstes Ver-
langen zu leisten.

7. Mobiliar und Hausrat

Mobiliar und Hausrat bleiben in der ehelichen Wohnung. Die Ehefrau ist je-
doch berechtigt, ihre persönlichen Gegenstände und diejenigen der Kinder
(inkl. Spielsachen) mitzunehmen.

Über die Herausgabe einzelner Hausratsgegenstände verständigen sich die
Parteien aussergerichtlich.

8. Prozesskostenbeitrag

Die Gesuchstellerin zieht ihren Antrag um Zusprechung eines Prozesskos-
tenbeitrags zurück.

9. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten ge-
genseitig auf eine Parteientschädigung.

Die Mehrkosten für einen begründeten Entscheid trägt diejenige Partei, die
eine Begründung verlangt."

4. Die Entscheidungsgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 2'700.00; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 487.50 Dolmetscherkosten

Fr. 3'187.50 Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Kosten des unbegründeten Entscheids werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

Die Mehrkosten für den begründeten Entscheid werden dem Gesuchsgegner auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt auch diesbezüglich vorbehalten.

6. Vom Verzicht der Parteien auf eine Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
7. [Schriftliche Mitteilung.]
8. [Rechtsmittel: Berufung, Frist 10 Tage.]

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 40 S. 2 f):

1. Es sei das Urteil des Bezirksgerichts Dietikon EE170058-M vom 21. Juli 2017 vollumfänglich aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen unter neuer Gerichtsbesetzung zurückzuweisen.
2. *Eventualiter* zu vorstehendem Antrag Ziffer 1 sei Ziffer 3.2.a) letzter Absatz des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon EE170058-M vom 21. Juli 2017 ("Der Vater ist ausdrücklich mit dem Umzug der Mutter mit den Kindern nach Australien einverstanden, sofern der Umzug frühestens per 15. September 2017 erfolgt.") ersatzlos zu streichen;
und ferner Ziffer 3.2.c (Besuchsrecht) des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon EE170058-M vom 21. Juli 2017 wie folgt zu ersetzen:

"Die Parteien regeln die Betreuung der gemeinsamen Kinder durch den Vater von Fall zu Fall selbst. Im Streitfall soll Folgendes gelten:

Der Vater sei für berechtigt zu erklären und zu verpflichten, den gemeinsamen Sohn C._____ jeweils am Sonntag, von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr, und den gemeinsamen Sohn D._____ jeweils am Sonntag insgesamt drei Stunden auf eigene Kosten zu betreuen; erstmals am Sonntag, 20. August 2017.

Der Vater sei ferner für berechtigt zu erklären und zu verpflichten, die gemeinsamen Söhne während vier Wochen Ferien pro Jahr auf eigene Kosten zu betreuen. Die Eltern sprechen sich über die Betreuung während den Ferien jeweils rechtzeitig ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt das Entscheidungsrecht in Jahren mit gerader Jahreszahl dem Vater bzw. in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter zu.

Ist eine der Parteien aus welchen Gründen auch immer nicht in der Lage, die Betreuung gemäss dem hier vereinbarten Betreuungsplan selber zu übernehmen, ist sie verpflichtet, für eine angemessene Betreuung der gemeinsamen Kinder durch Drittpersonen auf eigene Kosten besorgt zu sein. Eine Anfrage an den anderen Elternteil ist möglich; dieser ist jedoch nicht verpflichtet, die Betreuung zu übernehmen."

3. Der Berufungskläger sei für die Dauer des Verfahrens für berechtigt zu erklären und zu verpflichten, den gemeinsamen Sohn C._____ jeweils am Sonntag, von 10.00 Uhr bis 19.00 Uhr, und den gemeinsamen Sohn D._____ jeweils am Sonntag insgesamt drei Stunden einstweilen auf eigene Kosten zu betreuen; erstmals am Sonntag, 20. August 2017.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) gemäss dem Ausgang des Verfahrens.

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 58 S. 2):

1. Die Berufungsanträge 1., 2. und 3. (Seite 2 und 3 oben der Berufung) seien abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8 % MwSt.) zu Lasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern der beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011 (6 Jahre alt), und D._____, geboren am tt.mm.2016 (1 Jahr alt). Mit Eingabe vom 31. Mai 2017 reichte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Dietikon (fortan: Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 1). Betreffend den erstinstanzlichen Prozessverlauf kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 41 S. 2 ff.). Die Parteien schlossen anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 21. Juli 2017 unter Mitwirkung des Gerichts eine Trennungsvereinbarung (Urk. 29). Am 21. Juli 2017 erliess die Vorinstanz den eingangs zitierten Endentscheid (Urk. 41).

2. Dagegen erhob der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan: Gesuchsgegner) am 14. August 2017 rechtzeitig Berufung und stellte die eingangs genannten Berufungsanträge (Urk. 40 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 17. August 2017 wurde der Gesuchstellerin Frist angesetzt, um zum Gesuch des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen (Urk. 46). Mit Eingabe vom 28. August 2017 erklärte die Gesuchstellerin, dass sie sich dem Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht widersetze. Gleichzeitig verlangte sie im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts für die beiden Kinder C._____ und D._____ sowie die Errichtung einer Besuchsrechtsbeistandschaft (Urk. 47). Mit Verfügung vom 4. September 2017 wurde der Berufung des Gesuchsgegners mit Ausnahme von Dispo-

sitiv-Ziffer 3.2 lit. c Absatz 2 die aufschiebende Wirkung erteilt (Urk. 52). Für die Dauer des Berufungsverfahrens wurde ausserdem das Besuchsrecht im Sinne einer superprovisorischen Massnahme wie folgt abgeändert:

"3.2 c) Besuchsrecht

[...]

Der Vater ist ab sofort berechtigt, die Kinder jeweils wöchentlich am Sonntag für 3 Stunden von 14.00 Uhr bis 17.00 Uhr in Begleitung des Grossvaters der Kinder mütterlicherseits zu sehen. Übergabeort ist der Treffpunkt am Hauptbahnhof Zürich.

[...]."

Darüber hinaus wurde beiden Parteien für die weitere Dauer des Berufungsverfahrens verboten, mit den Kindern C._____ und D._____ ins Ausland auszuwandern. Der Gesuchstellerin wurde alsdann Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten. Weiter wurde beiden Parteien Frist angesetzt, um zum jeweiligen Gesuch der Gegenpartei um Anordnung vorsorglicher Massnahmen sowie den prozessualen Anträgen Stellung zu nehmen (Urk. 52). Noch während laufender Frist des Gesuchsgegners zur Stellungnahme verlangte die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 13. September 2017, es sei das mit Verfügung vom 4. September 2017 superprovisorisch angeordnete begleitete Besuchsrecht abzuändern, für die beiden Kinder C._____ und D._____ ein begleitetes Besuchsrecht anzuordnen und eine Besuchsrechtsbeistandschaft zu errichten. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen an, der Grossvater mütterlicherseits könne die Begleitung der Besuche nicht länger übernehmen, da er Mitte September 2017 zurück nach Australien reise (Urk. 53). Das superprovisorische Abänderungsbegehren wurde mit Verfügung vom 15. September 2017 abgewiesen und die Eingabe dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme und zur freigestellten Stellungnahme zugestellt (Urk. 56). Am 18. September 2017 erstattete die Gesuchstellerin die Berufungsantwort (Urk. 58). Gleichentags ging hierorts die Stellungnahme des Gesuchsgegners zu den vorsorglichen Massnahmenbegehren der Gesuchstellerin ein (Urk. 61). Mit Verfügung vom 20. September 2017 wurden die Doppel der Berufungsantwort sowie der Stellungnahme zu den vorsorglichen

Massnahmebegehren der jeweiligen Gegenpartei zugestellt und es wurde den Parteien Frist zur Stellungnahme zu den Noven angesetzt (Urk. 67). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin datiert vom 4. Oktober 2017; der Gesuchsgegner reichte die Stellungnahme nach einmaliger Fristerstreckung unterm 13. Oktober 2017 ein (Urk. 69 f., 71, 74; mit Verfügung vom 16. Oktober zur Kenntnisnahme zugestellt, Urk. 77). Nach zwei weiteren unaufgeforderten Stellungnahmen der Parteien vom 24. Oktober 2017 und vom 1. November 2017 zeigte die beschliessende Kammer den Parteien mit Verfügung vom 2. November 2017 an, dass sie das Verfahren als spruchreif erachte und dieses in die Phase der Urteilsberatung übergehe (Urk. 80).

II.

1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Mit seiner Berufung ficht der Gesuchsgegner den vorinstanzlichen Entscheid vom 21. Juli 2017 vollumfänglich an bzw. verlangt dessen vollständige Aufhebung (Urk. 40 S. 2).

2. Die Berufungsinstanz wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Sie ist weder an die Begründung der Berufungsanträge noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Ihre Kognitionsbefugnis ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend. Aufgrund der allgemeinen Begründungspflicht der Berufung (Art. 311 ZPO) prüft das Berufungsgericht aber grundsätzlich nur die ihm vorgetragene Beanstandungen. Es ist nicht verpflichtet, den erstinstanzlichen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese von keiner Partei gerügt werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht offensichtlich verletzt worden und die Fehlerhaftigkeit trete klar zu Tage (ZK ZPO - Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Mit anderen Worten bedeutet dies, dass die Berufung führende Partei sich im Einzelnen sachbezogen mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Dieser Anforderung genügt eine Berufungspartei nicht,

wenn sie lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Parteien haben die von ihnen kritisierten Erwägungen des angefochtenen Entscheids wie auch die Aktenstücke, auf die sie ihre Kritik stützen, genau zu bezeichnen (BGE 138 III 374 E. 4.3.1.; BGer 4A_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2. [nicht publiziert in BGE 142 III 271]). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden.

3.1. Mit Schreiben vom 26. Juli 2017 stellte der Gesuchsgegner ein Ausstandsbegehren gegen die Vorderrichterin (Urk. 34). Da das Ausstandsbegehren nach erstinstanzlicher Verfahrenserledigung datierte, sah die Vorinstanz davon ab, ein förmliches Ausstandsverfahren durchzuführen, und verwies den Gesuchsgegner auf das Rechtsmittelverfahren (Urk. 38).

3.2. Mit seiner Berufung vom 14. August 2017 wiederholt der Gesuchsgegner das Ausstandsbegehren gegenüber der Vorderrichterin und verlangt, dass das Verfahren an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen sei, welche dieses unter kompletter Neubesetzung neu zu führen habe. Die vorinstanzliche Richterin sei offensichtlich nicht neutral bzw. befangen gewesen und hätte in den Ausstand treten müssen. Gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK habe jede Person ein Recht darauf, dass ein unabhängiges und unparteiisches Gericht urteile und ihr ein faires Verfahren zukomme. Die Vorinstanz habe mit ihren krassen Verfahrensfehlern und ihrem jeglicher Menschlichkeit spottenden Entscheid gegen wesentliche verfassungs- und völkerrechtliche Bestimmungen verstossen. Damit habe insbesondere die Einzelrichterin F._____ gezeigt, dass sie nicht über die notwendige Unabhängigkeit und Fairness verfüge, sondern in geradezu feindseliger Art und Weise gegen den Gesuchsgegner und die beiden Kinder eingestellt gewesen sei (Urk. 40 S. 2 und S. 10 f.).

3.3. Nach Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch darauf, dass ihre Streitsache von einem unbefangenen, unvoreingenommenen und un-

parteiischen Richter beurteilt wird. Es soll garantiert werden, dass keine sachfremden Umstände, die ausserhalb des Prozesses liegen, in sachwidriger Weise zugunsten oder zulasten einer Partei auf das gerichtliche Urteil einwirken. Art. 30 Abs. 1 BV soll zu der für einen korrekten und fairen Prozess erforderlichen Offenheit des Verfahrens im Einzelfall beitragen und damit ein gerechtes Urteil ermöglichen. Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wird verletzt, wenn bei objektiver Betrachtung Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit oder die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinne werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umstände Gegebenheiten vorliegen, die geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken. Dabei ist nicht auf das subjektive Empfinden einer Partei abzustellen. Art. 47 ZPO umschreibt die Ausstandsgründe auf Gesetzesebene. Neben den persönlichen Interessen und Beziehungen gemäss Abs. 1 lit. a-e, die ohne weiteres einen Ausstand zu begründen vermögen, umschreibt Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO eine Generalklausel "aus anderen Gründen" (BGer 4A_118/2016 vom 15. August 2016, E. 3.3.).

3.4. Der Gesuchsgegner tut weder dar, auf welchen Ausstandstatbestand er sich konkret berufen will, noch inwiefern das Verhalten der Vorderrichterin diesen erfüllen soll. Soweit er pauschal moniert, die Vorderrichterin sei nicht neutral, feindselig gegen den Gesuchsgegner eingestellt und damit offensichtlich befangen gewesen, zeigt er nicht auf, woraus er eine Befangenheit der Vorderrichterin ableitet. Jedenfalls vermag die pauschale Rüge der Befangenheit den Begründungsanforderungen an eine Berufung nicht zu genügen (vgl. vorstehend E. II.2.), zumal das bloss subjektive Empfinden einer Partei bei der Beurteilung der Frage der Befangenheit nicht massgeblich sein kann. Auch soweit der Gesuchsgegner vorbringen lässt, es habe ein nötigendes Verhalten der Vorinstanz stattgefunden (Urk. 40 S. 11 ff.), sucht man vergeblich nach entsprechenden Äusserungen oder Handlungen der Vorderrichterin. Viel naheliegender scheint, dass der Gesuchsgegner ab der plötzlichen Ankündigung der Gesuchstellerin anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung, mit den Kindern nach Australien reisen zu wollen, derart überrumpelt war, dass er sich unter Druck gesetzt fühlte. Dennoch tat er of-

fenbar weder der Vorinstanz noch seiner damaligen Rechtsvertreterin gegenüber kund, dass er sich überfordert oder unter Druck gesetzt fühlte. Aus dem Umstand, dass der Gesuchsgegner vor Vorinstanz bereit war, eine Trennungsvereinbarung zu unterzeichnen, die er im Nachhinein nicht mehr zu halten gewillt ist, lässt sich jedenfalls kein Ausstandsgrund ableiten.

4.1. Der Gesuchsgegner beantragt mit der Berufung, es sei den beiden Kindern C._____ und D._____ eine unentgeltliche Kindsvertretung zu bestellen (Urk. 40 S. 3 und S. 23). Die Kinder hätten Anspruch auf persönlichen Verkehr mit dem Vater. Wenn ein Entscheid wie vorliegend Konsequenzen mit präjudizieller Wirkung habe, so sei es unabdingbar, dass die Rechte der Kinder wahrgenommen würden und ihnen eine Vertretung beizugeben sei (Urk. 40 S. 22).

4.2. Gemäss Art. 299 Abs. 1 ZPO ordnet das Gericht wenn nötig die Vertretung der Kinder an und bezeichnet als Beiständin oder Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person. Die Anordnung einer Kindsvertretung scheint dann notwendig, wenn im Prozess eine Schutz- bzw. Vertretungsbedürftigkeit des Kindes und dadurch eine Gefährdung des Kindeswohls besteht, was bei einem Interessenkonflikt zwischen dem Kind und einem oder beiden Eltern oder bei einem Interessenkonflikt zwischen Kind und/oder Eltern einerseits und den Kindesschutzbehörden andererseits gegeben sein dürfte (ZK ZPO - Schweighauser, Art. 299 N 11). Das Gericht prüft eine Anordnung insbesondere, wenn die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen (Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO). Gefordert ist ein objektiver Massstab. Die Kindsvertretung ist anzuordnen, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls sachlich geboten scheint (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 299 N 3).

4.3. Im vorinstanzlichen Verfahren wurde den Kindern kein Prozessbeistand bestellt. Dazu sah sich die Vorinstanz nicht veranlasst, waren doch im vorinstanzlichen Verfahren weder die elterliche Obhut strittig noch wurde von den Parteien ein Antrag auf Einsetzung eines Kindsvertreters gestellt. Wie noch zu zeigen sein wird, ist das vorliegende Verfahren zur Vervollständigung des Sachverhalts, insbesondere zur Anhörung der Parteien und von C._____ an die Vorinstanz zurück-

zuweisen (vgl. nachstehend E. IV.5.). Entsprechend wird die Vorinstanz aufgrund der Anhörung der Parteien bzw. von C._____ zu beurteilen haben, ob sie die Einsetzung eines Kindsvertreters als notwendig erachtet (Art. 299 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 ZPO). Vor diesem Hintergrund erübrigt sich die Bestellung eines Kindsvertreters für das vorliegende Berufungsverfahren, weshalb der Antrag des Gesuchsgegners abzuweisen ist.

III.

1. Vorsorgliche Massnahmen betreffend Kinderbelange können unter den allgemeinen Voraussetzungen nach Art. 261 ff. ZPO grundsätzlich auch im Eheschutzverfahren erlassen werden (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 14 f.). Sie regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens und müssen daher umgehend erlassen werden. Bereits das Eheschutzverfahren dient der schnellen Schaffung einer einstweiligen Regelung und zielt nicht auf die endgültige Regelung der Verhältnisse ab. Dies gilt für vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren noch stärker; es besteht eine noch stärkere zeitliche Dringlichkeit und deren erwartete Geltungsdauer ist noch kürzer. Im Eheschutzverfahren geht es darum, möglichst rasch eine optimale Situation für die Kinder zu schaffen (BGer 5A_57/2014 vom 16. Mai 2014, E. 4.6). Daher müssen vorsorgliche Massnahmen, die von Gesetzes wegen sofort vollstreckbar sind (Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO), grundsätzlich zulässig sein, um einer möglichen Kindeswohlgefährdung zu begegnen bzw. den Anspruch des Kindes auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem Gesuchsgegner zu schützen.

Dabei ist der besondere eherechtliche Kontext zu beachten. Wie auch bei vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren kommt dem Kriterium des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) in Eheschutzverfahren eine geringe Bedeutung zu, geht es doch darum, die möglichen Konfliktpunkte zwischen den Parteien sofort durch eine "Friedensordnung" zu beseitigen. Insofern genügt es zu prüfen, ob das Anliegen der gesuchstellenden Partei berechtigt ist. Des Nachweises eines nicht leicht wieder gutzumachenden

Nachteils im engeren Sinne von Art. 261 ZPO bedarf es dazu nicht (FamPra.ch 2013, S. 214). Die weiteren glaubhaft zu machenden Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sind das Vorliegen eines materiellen Anspruchs zivilrechtlicher Natur, eine Gefährdung oder Verletzung dieses Anspruchs sowie das Bestehen einer zeitlichen Dringlichkeit. Schliesslich ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten; die Massnahme soll nicht weiter gehen, als es zum Schutz des Anspruchs notwendig ist (ZK ZPO - Huber, Art. 261 N 17 ff.). Letztere ist vorliegend gewahrt, da die beantragten vorsorglichen Massnahmen nur für eine sehr beschränkte Dauer gelten, nämlich höchstens bis zum Abschluss des hängigen Eheschutzverfahrens.

2.1. Die Parteien vereinbarten anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung am 21. Juli 2017 bezüglich des Besuchsrechts des Gesuchsgegners gegenüber den beiden Kindern C._____ und D._____ was folgt (Urk. 29 Ziff. 2.):

"c) Besuchsrecht

Der Vater ist berechtigt, die Kinder bis zum Umzug nach Australien wie folgt für jeweils 3 Stunden in Anwesenheit des Grossvaters der Kinder mütterlicherseits zu sehen, erstmals am Dienstag, 25. Juli 2017, hernach am Sonntag, 30. Juli 2017, am Sonntag, 6. August 2017 sowie am Sonntag, 13. August 2017.

Ab 20. August 2017 erfolgt das Besuchsrecht unbegleitet, jeweils wöchentlich am Sonntag (für 3 Stunden).

Nach dem Umzug nach Australien ist der Vater berechtigt, mit den Kindern wöchentlich, jeweils am Sonntag oder einem anderen einvernehmlich vereinbarten Wochentag ca. eine Stunde zu skypen bzw. anderweitig fernmündlich (wenn möglich mit Sichtkontakt) zu kommunizieren.

Sodann ist er berechtigt, die Kinder nach deren Umzug während 4 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten in Australien zu besuchen bzw. zu sich auf Besuch zu nehmen. Weitergehende oder abweichende Anordnungen der dannzumal zuständigen Behörden bleiben vorbehalten.

Die Mutter verpflichtet sich, gegenüber den australischen Einreisebehörden alle nötigen Erklärungen bzw. Empfehlungen abzugeben, damit der Vater für seine Besuche eine Einreisebewilligung erhält."

Mit vorinstanzlichem Urteil vom 21. Juli 2017 wurde die Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Kinderbelange und damit auch in Bezug auf das Besuchsrecht des Gesuchsgegners genehmigt (Urk. 41 S. 16 f.).

2.2. Die Vorinstanz erwog zum Besuchsrecht des Gesuchsgegners in ihrem Entscheid vom 21. Juli 2017 unter anderem, der Gesuchsgegner habe die Kinder unbestrittenermassen seit dem überstürzten Auszug der Gesuchstellerin aus der ehelichen Wohnung im Mai 2017 nicht mehr gesehen. Insbesondere angesichts des Alters der Kinder sei diese lange Zeitdauer als Kindeswohlabträglich zu qualifizieren und es sei unverzüglich wieder ein Rapport zwischen dem Vater und seinen Söhnen herzustellen. Nach dem langen Unterbruch schein es angemessen, die Besuche die ersten Male in Begleitung einer Vertrauensperson der Kinder durchzuführen. Der hierfür von den Parteien vorgeschlagene Grossvater mütterlicherseits schein geeignet, kenne er doch sowohl die Kinder als auch den Gesuchsgegner. Hernach aber seien dem Gesuchsgegner unbegleitete Besuche zu ermöglichen, da den Vorbringen der Parteien nichts zu entnehmen sei, was auf eine Kindeswohlgefährdung durch den Vater hinweisen würde. Bei den Vorbringen der Gesuchstellerin handle es sich um reine Spekulation. Dass der Gesuchsgegner auf vielfachem Weg versucht habe, den Aufenthaltsort der Kinder zu eruiieren, sei seiner nachvollziehbaren und authentisch wirkenden Sorge um diese zuzuschreiben (Urk. 41 S. 12).

3.1. Mit Eingabe vom 28. August 2017 beantragte die Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für berechtigt zu erklären, die beiden Kinder C._____ und D._____ während der Dauer des Berufungsverfahrens jeweils wöchentlich am Sonntag von 14.00 Uhr bis 17.00 Uhr begleitet zu betreuen. Für die Organisation der Besuche und die Überprüfung, dass beide Parteien die Vorgaben einhielten und dass die Besuche kindgerecht verliefen, sei eine Besuchsbeistandschaft zu errichten (Urk. 47 S. 10).

Die Gesuchstellerin begründet ihr Massnahmenbegehren folgendermassen: Weil die Parteien vor Vorinstanz davon ausgegangen seien, dass der Aufenthalt der Gesuchstellerin mit den Kindern in der Schweiz nur noch kurze Zeit dauern würde, hätten sie bezüglich Besuchsrecht lediglich festgehalten, dass dies wöchent-

lich am Sonntag für drei Stunden, und zwar einige Male begleitet und einige Male unbegleitet, stattfinden solle. Dies habe der Gesuchsgegner zum Anlass genommen, die Gesuchstellerin fast täglich mehrmals zu kontaktieren, obwohl sie ihm immer wieder mitgeteilt habe, dass sie seine Anrufe nicht wünsche. Der Gesuchsgegner habe Übergabezeit und -ort mehrfach geändert, um mit ihr zu telefonieren (Urk. 47 S. 3; Urk. 71 S. 3). Hinzu komme, dass ihr Vater der Überzeugung sei, dass der Gesuchsgegner mit den Besuchen und insbesondere mit unbegleiteten Besuchen überfordert sei. Es fehle ihm an Erfahrung, sich alleine um die Kinder zu kümmern. Der Gesuchsgegner sei emotional mit der Trennungssituation noch völlig beschäftigt und beeinflusse die Kinder, was ihren zukünftigen Wohnort betreffe (Urk. 47 S. 4). Als Beispiel führt die Gesuchstellerin an, dass der Gesuchsgegner zusammen mit den Kindern und ihrem Vater anlässlich des Besuchstermins vom 13. August 2017 zufällig Freunde getroffen habe. Der Gesuchsgegner habe sich etwa 40 Minuten mit diesen unterhalten und dabei nicht bemerkt, wie D._____ von ihm weg in Richtung der belebten und verkehrsreichen ...strasse gekrochen sei. Ausserdem habe er gegen Ende des Besuches ihrem Vater vor den Kindern damit gedroht, dass er sich umbringen würde, wenn die Gesuchstellerin zurück nach Australien reise. Ihr Vater komme zum Schluss, dass der Gesuchsgegner zu stark mit sich selber beschäftigt sei und nicht genügend auf Gefahren achte, denen die Kinder ausgesetzt sein könnten. Zudem missbrauche er die Besuchstreffen, um die Kinder zu beeinflussen und davon abzuhalten, mit ihrer Mutter nach Australien zu reisen (Urk. 47 S. 5). In der Folge habe der erste unbegleitete Besuch am 20. August 2017 abgebrochen werden müssen. Weil C._____ Angst davor gehabt habe, alleine mit dem Gesuchsgegner mitzugehen, sei es vor den Kindern zu erheblichen Diskussionen zwischen den Parteien gekommen (Urk. 47 S. 6). Ein unbegleitetes Besuchsrecht scheine illusorisch, weil C._____ nicht alleine mit dem Gesuchsgegner mitgehe (Urk. 71 S. 4 f.). Für das Wohl der Kinder sei es wichtig, dass eine Besuchsrechtsbeistandschaft eingerichtet werde. Die Parteien hätten erhebliche Schwierigkeiten, miteinander zu kommunizieren (Urk. 47 S. 7).

3.2. Der Gesuchsgegner hält dem in seiner Stellungnahme vom 18. September 2017 entgegen, es seien die vorsorglichen Massnahmenbegehren der Gesuch-

stellerin abzuweisen und er sei ab sofort für berechtigt zu erklären, die Kinder C._____ und D._____ für die Dauer des Berufungsverfahrens wöchentlich am Samstag oder Sonntag für drei Stunden unbegleitet zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen, eventualiter in Begleitung der befreundeten Familie G._____ zu besuchen (Urk. 61 S. 2). Noch anlässlich des vorinstanzlichen Verfahrens hätten sich beide Parteien damit einverstanden erklärt, dass die Besuche ab dem 20. August 2017 unbegleitet stattfinden sollten. Nunmehr erfinde die Gesuchstellerin fadenscheinige Behauptungen, um den Gesuchsgegner zu denunzieren und ihn so hinzustellen, als dass er nicht alleine auf die gemeinsamen Kinder aufpassen könne. Dies werde bestritten. Da anlässlich des erstinstanzlichen Verfahrens weder Treffpunkt noch Zeitpunkt für die Übergaben vereinbart worden seien, verstehe es sich von selbst, dass er die Gesuchstellerin habe kontaktieren müssen. Diese habe wiederholt das Telefon nicht abgenommen (Urk. 61 S. 4). Unzutreffend sei, dass er mit unbegleiteten Besuchen völlig überfordert sei. Auch er habe sich vor der Trennung um die Kinder gekümmert, sei oft zuhause gewesen, habe mit den Kindern gespielt, sie gefüttert, gewaschen und zu Bett gebracht. Die Behauptungen der Gesuchstellerin seien reine Unterstellungen und dienten hauptsächlich dazu, die Kinder vom Vater zu entfremden und einen Weg zu finden, so rasch wie möglich mit diesen nach Australien auszuwandern (Urk. 61 S. 5 und 7). Völlig unhaltbar seien die Behauptungen, dass es ihm an Ideen fehle, wie er die drei Stunden mit den Kindern gestalten soll, dass er die Kinder beeinflusse und davon abzuhalten versuche, mit ihrer Mutter nach Australien auszuwandern (Urk. 61 S. 6). Das begleitete Besuchsrecht sei an strenge Voraussetzungen gebunden und restriktiv anzuwenden, welche Voraussetzungen vorliegend überhaupt nicht gegeben seien. Es brauche ganz konkrete und nicht bloss abstrakte Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Kindeswohls (Urk. 61 S. 7 f.). Grundsätzlich brauche es daher nach dem Ausgeführten keine Begleitung der Besuche. Damit eine rasche und unkomplizierte Lösung gefunden werden könne, könne er sich jedoch vorstellen, dass er die wöchentlichen Besuche am Sonntag bei einem gemeinsamen Freund der Parteien, G._____, durchführe und die Kinder zu dieser Familie nach Hause nehme oder mit ihnen den Nachmittag verbringe (Urk. 61 S. 9).

4.1. Ein begleitetes Besuchsrecht ist als Alternative zur Verweigerung des Besuchsrechts zu verstehen und nicht als solche zum ordentlichen, unbegleiteten Besuchsrecht (BSK ZGB I - Schwenger/Cottier, Art. 273 N 26). Denn ein Besuch unter Aufsicht einer Begleitperson hat nicht denselben Wert wie ein unbegleiteter, der in der Regel ungezwungener erfolgt. Die Anordnung eines begleiteteten Besuchsrechts bedarf konkreter Anhaltspunkte für die Gefährdung des Kindeswohls. Eine bloss abstrakte Gefahr einer möglichen ungünstigen Beeinflussung des Kindes reicht nicht aus, um den persönlichen Verkehr nur in begleiteter Form ausüben zu lassen. Es ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Anordnung dieser Massnahme am Platz (BGer 5A_102/2017 vom 13. September 2017, E. 4). Das begleitete Besuchsrecht ist insbesondere indiziert bei Verdacht auf sexuelle Übergriffe, Gewaltanwendungen, Entführungsfahr, Suchtabhängigkeit oder psychischer Erkrankung, negativer Beeinflussung des Kindes, Überforderungen und Ängsten des Kindes sowie bei stark gestörtem Verhältnis unter den Eltern (BSK ZGB I - Schwenger/Cottier, Art. 273 N 26). Es ist insbesondere auch in Fällen zweckmässig, in denen es nach fehlendem Kontakt um das erneute Anbahnen einer Beziehung zwischen dem Kind und einem Elternteil geht (FamKomm Scheidung / Schreiner, Anh. Psych N 274).

4.2. Es ist allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Eltern-Kind-Verhältnisses die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig und von hohem Wert ist und bei der Identitätsfindung des Kindes eine entscheidende Rolle spielen kann. Andererseits darf das Kindeswohl durch Besuchskontakte nicht gefährdet werden. Mit Verfügung vom 4. September 2017 betreffend supervisorische Massnahmen wurde aufgrund der glaubhaften Schilderungen der Gesuchstellerin davon ausgegangen, dass zwischen den Parteien erhebliche Kommunikationsprobleme und ein hohes Konfliktpotential betreffend die Besuchskontakte beständen, weshalb es sich mit Blick auf das Kindeswohl rechtfertigte, das Besuchsrecht einstweilen weiterhin lediglich in Begleitung des Grossvaters der Kinder stattfinden zu lassen (Urk. 52 S. 3). Mittlerweile ist der Grossvater mütterlicherseits offenbar nach Australien zurückgekehrt (Urk. 66/1-2), weshalb das begleitete Besuchsrecht seit Mitte September 2017 nicht mehr durchgeführt werden konnte (Urk. 74 S. 6, S. 14 und Urk. 79). Auch wenn bei der Gesuchstelle-

rin viel Misstrauen gegenüber dem Gesuchsgegner vorhanden sein mag, ist es wichtig, so rasch als möglich eine vertrauensvolle Beziehung zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern wieder zu stärken und zu vertiefen und damit die Bedenken der Gesuchstellerin zu verringern. Konkrete Hinweise darauf, dass es den Kindern bei ihrem Vater nicht gut gehen oder dieser sie nicht ihrem Alter oder ihren Bedürfnissen entsprechend betreuen würde, liegen keine vor. Vor diesem Hintergrund ist es sinnvoll, die begleiteten Besuche so rasch als möglich fortzuführen und so die Wiederannäherung zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern in Überwachung eines Beistands zu fördern, und zwar wöchentlich am Sonntag für drei Stunden von 14.00 bis 17.00 Uhr (vgl. Urk. 29). Wie bereits die Vorinstanz festhielt, ist den Parteivorbringen bis auf die zwischen ihnen bestehenden Kommunikationsschwierigkeiten nichts zu entnehmen, was auf eine Kindeswohlgefährdung durch den Vater hinweisen würde (Urk. 41 S. 12). Das begleitete Besuchsrecht kann daher grundsätzlich nur eine Übergangslösung darstellen und ist für eine begrenzte Dauer anzuordnen (BGer 5A_728/2015 vom 25. August 2016, E. 2.2.). Ziel der Anordnung ist wie gesagt, die Wiederannäherung zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern zu erreichen (Urk. 47 S. 6, Urk. 55/2, Urk. 58 S. 11, Urk. 71 S. 6). Es erscheint daher angemessen, die ersten sieben Besuchsrechtskontakte zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern begleitet durchzuführen. Dies entspricht einem persönlichen Verkehr von 21 Stunden, was für eine Annäherung und die Wiederaufnahme der Vater-Kind-Beziehung ausreichend erscheint. Bei durchschnittlich vier Besuchen pro Monat wird diese begleitete Übergangsphase maximal zwei Monate dauern. Anschließend, d.h. ab dem achten Besuchsrechtskontakt ist der Gesuchsgegner für berechtigt zu erklären, die Kindern jeweils am Sonntagnachmittag von 14.00 Uhr bis 17.00 Uhr unbegleitet zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Das begleitete Besuchsrecht ist von der zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) umgehend zu installieren. Die KESB wird zu entscheiden haben, ob das begleitete Besuchsrecht in einem Besuchstreff, in Begleitung einer gemeinsamen Vertrauensperson der Parteien oder durch eine von ihr zu beauftragende – und von den Parteien je hälftig zu bezahlende (Art. 276 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 308 Abs. 2 ZGB) – professionelle Kontaktbegleitung erfolgen soll.

5.1. Gemäss Art. 315a Abs. 1 ZGB trifft das Gericht, welches für die Eheschutzmassnahmen zuständig ist und die Beziehung der Eltern zu den Kindern gestaltet, auch die nötigen Kindesschutzmassnahmen und betraut die Kinderschutzbehörde mit dem Vollzug. Erfordern es die Verhältnisse, so wird dem Kind ein Beistand ernannt. Dem Beistand können dabei besondere Befugnisse und Aufgaben übertragen werden, insbesondere die Überwachung des persönlichen Verkehrs (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Ordnet der Richter eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB an, so hat er die Pflichten des Beistandes klar zu umschreiben (BGE 118 II 241 E. 2; BGer 5C.68/2004 vom 26. Mai 2004, E. 2.4). Der Beistand kann mit der Überwachung des persönlichen Verkehrs im Sinne der Regelung von Über- und Rückgaben der Kinder im einzelnen betraut werden (BGE 118 II 241 E. 2). Er hat im Rahmen der gerichtlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung die für einen reibungslosen Verlauf der einzelnen Besuche nötigen Modalitäten so festzusetzen, dass Spannungen abgebaut, negative Beeinflussungen vermieden und die Beteiligten bei Problemen beraten werden (BSK ZGB I - Breitschmid, Art. 308 N 14).

5.2. Wie sich den Akten und Eingaben der Parteien entnehmen lässt, bestehen zwischen diesen Kommunikationsprobleme in Bezug auf die gemeinsamen Kinder C._____ und D._____, die einer reibungslosen Kindsübergabe entgegenstehen und das Wohl der Kinder beeinträchtigen (Urk. 40 S. 6 ff., Urk. 47 S. 2 ff., Urk. 55/2, Urk. 61 S. 4). Aufgrund der Geschehnisse und des bisherigen Verhaltens beider Parteien können Zweifel an einer Beruhigung der Situation nicht vollständig ausgeräumt werden. Es wird daher an den Parteien sein, im Rahmen des noch laufenden Eheschutzverfahrens den Nachweis zu erbringen, dass sie im Stande sind, ihre Konflikte zum Wohl ihrer Kinder in den Hintergrund zu stellen, künftige Kindsübergaben ohne Auseinandersetzungen durchzuführen und einen kontinuierlichen und reibungslosen Kontakt des Gesuchsgegners zu seinen Kindern aufzubauen. Um den Parteien eine gewisse Hilfestellung zu gewähren und die Möglichkeit weiterer Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit den Kindsübergaben zu reduzieren, erscheint unter den gegebenen Umständen die Anordnung einer Besuchsbeistandschaft angemessen. Der Beistand ist damit zu beauftragen, die Wiederaufnahme der Kontakte von C._____ und D._____ zum

Gesuchsgegner im Rahmen des anzuordnenden Kontaktrechts zu organisieren. Weiter hat er die begleiteten Treffen insoweit zu überwachen, als er in regelmässigen Abständen die Einhaltung und die Durchführung der Besuche bei der zuständigen Stelle oder Drittperson in Erfahrung bringt.

IV.

1. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet das vorinstanzliche Urteil (Urk. 41), mit welchem die anlässlich der Verhandlung vom 21. Juli 2017 geschlossene, eingangs zitierte Trennungsvereinbarung der Parteien genehmigt wurde (Urk. 29).

2.1. Der Gesuchsgegner macht mit Berufung geltend, die zwischen den Parteien vor Vorinstanz geschlossene Vereinbarung sei unter "krassesten Verfahrensmängeln" zustande gekommen (Urk. 40 S. 9) und hätte von der Vorinstanz nicht genehmigt werden dürfen (Urk. 40 S. 16 ff.). Im Hauptantrag verlangt er daher die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung (Urk. 40 S. 2). Unter anderem bringt er vor, es hätte keine Anhörung der Parteien stattgefunden, obwohl es um wesentliche Kinderbelange gegangen sei. Weder er noch die Gesuchstellerin seien zu den Kindern befragt worden. So habe kein rechtsgenügender Eindruck eingeholt werden können, wie er sich zum geplanten Wegzug der Gesuchstellerin mit den Kindern äussere noch wie seine Beziehung zu den Kindern sei (Urk. 40 S. 24). Der Wegzug der Gesuchstellerin mit den Kindern nach Australien liege nicht im Kindeswohl und die Vorinstanz habe es unterlassen, die notwendigen Abklärungen zu treffen (Urk. 40 S. 22). Indem die Vorinstanz keine Anhörung der Parteien durchgeführt habe, habe sie das rechtliche Gehör des Gesuchsgegners und damit seine verfassungsmässigen Rechte und die allgemeinen Verfahrensgarantieren gemäss Art. 29 Abs. 2 BV verletzt (Urk. 40 S. 25; Urk. 74 S. 3 und S. 20).

2.2. Die Gesuchstellerin teilt die Kritik des Gesuchsgegners am Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens nicht. Im vorliegenden Fall sei eine Anhörung der Par-

teien nicht nötig gewesen. Es sei völlig unerfindlich, was der Gesuchsgegner noch hätte sagen können, um das Gericht zu veranlassen, die von ihm unterzeichnete Vereinbarung nicht zu genehmigen (Urk. 58 S. 32).

2.3. Ein Blick in das vorinstanzliche Protokoll zeigt, dass die an der Hauptverhandlung anwesenden Parteien von der Vorinstanz nicht befragt wurden (Prot. I S. 5 ff.). Auch finden sich in den übrigen Vorakten keine Hinweise auf eine gerichtliche Anhörung der Parteien. Das Eheschutzverfahren ist – von klaren und unbestrittenen Verhältnissen abgesehen – mündlich und die Parteien haben persönlich zu erscheinen (Art. 273 Abs. 1 und 2 ZPO). Nebst den Urkunden dienen die Parteiverhöre in erster Linie als Beweismittel (Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 9). Erst der direkte Kontakt ermöglicht dem Gericht, einen persönlichen Eindruck von den Parteien zu erhalten, und dient der Prozessbeschleunigung, was dem Charakter des summarischen Verfahrens entspricht (ZK ZPO - Sutter-Somm/Hostettler, Art. 273 N 5). Eine Parteibefragung ist in der Regel auch deshalb zweckmässig, weil die Parteien meist mehr wissen, als sich aus den Vorträgen ihrer Anwälte ergibt. Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, ergibt sich die Pflicht zur Anhörung der Eltern direkt aus dem Gesetz (Art. 297 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Sie dient folglich einerseits der Sachverhaltsfeststellung und ist in Kinderbelangen eine Konsequenz der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime. Andererseits wird damit ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Eltern konkretisiert. Dadurch werden in einem besonders delikaten Bereich erhöhte Anforderungen an das rechtliche Gehör gestellt. Anzuhören sind die Eltern persönlich, nicht nur ihre Vertreter (BSK ZPO - Steck, Art. 297 N 7). Es ist somit generell von einem Obligatorium der Anhörung der Eltern im strittigen Eheschutzverfahren auszugehen (*OGer ZH LE170017 vom 11. Oktober 2017, E. III.2.3.; OGer ZH LE150044 vom 09.10.2015, E. III./5.2.1; OGer ZH LE140020 vom 20.11.2014, E. II./3.1; OGer ZH LE130028 vom 26.11.2013, E. II./3.4.a*). Unterbleiben darf die Anhörung eines Elternteils höchstens bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit (beispielsweise wegen unbekanntem Aufenthalts, Urteilsunfähigkeit, Krankheit; BK ZPO II - Spycher, Art. 297 N 10). Allenfalls ist die obligatorische Anhörung in solchen Fällen umständehalber ausnahmsweise schriftlich durchzuführen (BSK ZPO - Steck, Art. 297 N 10). Ein Ver-

zucht auf die Anhörung der Eltern kommt grundsätzlich nicht in Frage. Unterbleibt die persönliche Anhörung der Eltern, ist dies als Rechtsverletzung anfechtbar (BSK ZPO - Steck, Art. 297 N 11).

2.4. Darüber hinaus ist die Bedeutung der im Bereich der Kinderbelange geltenden sogenannten uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO besonders hervorzuheben. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um die prozessrechtliche Grundnorm zur Ermittlung des Sachverhalts bezüglich der Kinderbelange. Das Gericht hat auch ohne Parteiantrag sämtliche Tatsachen, die für die Anordnung über die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln. Wegleitend ist die Erkenntnis, dass in familienrechtlichen Angelegenheiten für die Kinder ein verstärktes Bedürfnis nach Schutz und ein erhöhtes Interesse an der materiellen Wahrheit besteht, deren Findung gefördert werden soll (BSK ZPO - Steck, Art. 296 N 3). Das Gericht ist dabei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, alle nötigen Abklärungen zu treffen. Es muss daher – unabhängig von Kostenüberlegungen oder Arbeitsbelastung – jede Sachverhaltsabklärung vornehmen, die notwendig oder geeignet ist, den massgeblichen Sachverhalt zu erstellen. Es hat insbesondere durch Befragung der Parteien nachzuprüfen, ob ihre Vorbringen und Beweisofferten vollständig sind (ZK ZPO - Schweighauser, Art. 296 N 11; BSK ZPO - Steck, Art. 296 N 12). Als Beweismittel zur "Erforschung" des Sachverhalts zu nennen sind in erster Linie die Anhörung der Eltern und (je nach Alter) der Kinder (vgl. Art. 297 ZPO) sowie die förmliche Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO (*OGer ZH LE170017 vom 11. Oktober 2017, E. III.2.4.*; *OGer ZH LE150044 vom 09.10.2015, E. III./5.2.1*). Denkbar sind jedoch auch diverse andere Beweiserhebungen (Befragung von Lehr- oder Vertrauenspersonen, Abklärungsberichte von Fachpersonen, Gutachten, angeordnete Beratungen, Beizug eines Sachverständigen etc.). Dabei sind die Gerichte gemäss ausdrücklicher Bestimmung nicht an die Beweismittel der Zivilprozessordnung gebunden (Art. 168 Abs. 2 ZPO; sog. Freibeweis). Das Gericht entscheidet zudem ohne Bindung an die Parteianträge (sog. *Offizialmaxime*; Art. 296 Abs. 3 ZPO).

2.5. Vorliegend hat die Vorinstanz die Parteien insbesondere nie zu den Kinderbelangen befragt. Persönliche Aussagen der Parteien zur aktuellen gesundheitlichen Situation der Kinder, zur schulischen Situation von C._____ und zum streitgegenständlichen Aufenthaltsbestimmungsrecht fehlen gänzlich. Vielmehr genehmigte die Vorinstanz die Vereinbarung der Parteien vom 21. Juli 2017, ohne diese anzuhören. Zwar stellte die Vorinstanz den Parteien anlässlich der Verhandlung zur Wahl, ob sie angesichts der fortgeschrittenen Zeit basierend auf der Einschätzung des Gerichts zur Sach- und Rechtslage Konventionsgespräche führen wollten oder ob die Verhandlung abgebrochen und zur Fortsetzung der Verhandlung mit Replikrecht und Parteibefragung erneut vorgeladen werden sollte (Prot. I S. 18). Dies vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die Vorinstanz die Parteien trotz Unterzeichnung einer vollständigen Trennungsvereinbarung zur Durchführung einer Parteibefragung erneut hätte vorladen müssen, um die Angemessenheit der Vereinbarung zu überprüfen und diese zu genehmigen. Wie dargelegt, kommt ein Verzicht auf die Anhörung der Eltern grundsätzlich nicht in Frage (vgl. vorstehend E. IV.2.3.).

3.1. Der Gesuchsgegner beanstandet weiter, dass die Vorinstanz C._____, geboren am tt.mm.2011, nicht angehört habe. Trotz des für die Kinder einschneidenden Entscheids, ob sie ihr Leben in der Schweiz in ihrer gewohnten Umgebung und mit einem vorzüglichen Schulsystem weiterführen dürfen oder ob sie in ein ihnen trotz früherer Besuche letztlich fremdes und fernes Land ziehen sollen, seien die Interessen der Kinder im vorinstanzlichen Verfahren nicht gewahrt worden. Ihnen sei weder ein Kinderanwalt zugeteilt noch sei C._____ angehört worden (Urk. 40 S. 22; Urk. 74 S. 3). Die Gesuchstellerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass weder die Bestellung eines Kindsvertreters noch die Anhörung von C._____ bei vorliegender Ausgangslage notwendig erscheine (Urk. 58 S. 27 und S. 32).

3.2. Soweit der Gesuchsgegner moniert, es sei den Kindern kein Prozessbeistand bestellt worden, kann auf die vorstehenden Erwägungen (vgl. E. II.4.) verwiesen werden. Auch wenn die Parteien vor Vorinstanz die Anhörung von C._____ nicht beantragt hatten, hat eine Kinderanhörung grundsätzlich in allen

familienrechtlichen Verfahren stattzufinden (ZK ZPO - Schweighauser, Art. 298 N 24). Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, so ist das Kind gemäss Art. 298 Abs. 1 ZPO durch das Gericht oder eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich anzuhören, sofern sein Alter oder andere wichtige Gründe nicht dagegen sprechen. Dies gilt insbesondere auch, wenn über den Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes zu befinden ist. Das Bundesgericht geht im Sinne einer Richtlinie davon aus, dass die Anhörung des Kindes in der Regel ab dem sechsten Altersjahr möglich ist (BGE 131 III 663 E. 1.2.3.). Ob die Vorinstanz den am tt.mm.2011 geborenen, im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids knapp sechsjährigen C._____ hätte anhören müssen, kann offengelassen werden, nachdem er jedenfalls im heutigen Zeitpunkt die massgebliche Altersgrenze überschritten hat.

4. Nach dem Gesagten verletzte die Vorinstanz das rechtliche Gehör, indem sie die Parteien zu den Kinderbelangen nicht anhörte. Die im Rahmen der Befragung gemachten Aussagen der Parteien stellen ein zulässiges Mittel der Glaubhaftmachung von Parteivorbringen dar. Das Recht auf Beweis bildet das Korrelat zur Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast. Indem zu den umstrittenen Kinderbelangen keine Anhörung der Parteien stattgefunden hat, wurde den Parteien die Möglichkeit verwehrt, ihrer Glaubhaftmachungspflicht nachzukommen. Die Vorinstanz wird jedenfalls eine Anhörung gemäss Art. 297 Abs. 1 ZPO und allenfalls auch eine Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO durchzuführen haben. Weiter wird sie auch den sechsjährigen C._____ anzuhören haben. Alsdann wird sie zu entscheiden haben, ob das Verfahren spruchreif ist oder ob weitere Beweissmassnahmen zu treffen sind und ob die von den Parteien anlässlich der Verhandlung vom 21. Juli 2017 getroffene Vereinbarung genehmigungsfähig ist.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verfahren nicht spruchreif ist. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO - Reetz/Hilber, Art. 318 N 35). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt keine Anhörung bzw. Parteibefragung stattgefunden hat und die Berufungsinstanz daher durch eine nachträgliche Parteibefragung im Rechtsmittelverfahren faktisch

die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen würde. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Rückweisung des Entscheids an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung des Sachverhalts (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

6. Nach dem Gesagten ist das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 21. Juli 2017 aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts gemäss den vorstehenden Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen des Gesuchsgegners einzugehen.

V.

1. Zufolge der Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren nicht abschliessend geregelt werden. Die Vorinstanz wird die Gerichtsgebühr neu festzusetzen und die Kosten neu zu verteilen haben. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Gerichtskosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Endentscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b und § 12 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

2.1. Schliesslich sind die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu beurteilen. Eine gesuchstellende Partei hat dann Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Es besteht zudem ein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der gesuchstellenden Partei notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.2. Die Vorinstanz gewährte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 41 S. 15). Deren finanzielle Situation hat sich seither nicht verbessert. Die Gesuchstellerin ist nicht erwerbstätig, erhält aktuell vom Gesuchsgegner keine Unterhaltsbeiträge und wird von den Sozialbehörden unterstützt (Urk. 47 S. 8 f.). Der Gesuchsgegner erzielt unbestrittenermassen gemäss vorinstanzlichem Entscheid ein Einkommen als selbständiger Taxichauffeur von ca. Fr. 3'000.– pro Monat, wobei er weder in der Lage scheint, für seine eigenen Lebenshaltungskosten im Umfang von Fr. 3'540.– noch für diejenigen der Gesuchstellerin und der Kinder aufzukommen (Urk. 41 S. 14 und Urk. 40 S. 27). Nach dem Gesagten sind beide Parteien als mittellos zu betrachten und bedürfen – auch für das Berufungsverfahren – eines Rechtsvertreters. Ihre Standpunkte im Berufungsverfahren sind sodann nicht als im armenrechtlichen Sinne aussichtslos anzusehen. Es ist daher für das Berufungsverfahren beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Es wird beschlossen:

1. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin Dr. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Der Antrag des Gesuchsgegners auf Bestellung eines Kindsvertreters für die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2016, wird abgewiesen.
4. Der Gesuchsgegner wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens für berechtigt erklärt, C._____ und D._____ wöchentlich am Sonntagnachmittag von 14.00 bis 17.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Das vorgenannte Besuchsrecht des Gesuchsgegners wird für die ersten 7 Besuchstreffen dahingehend eingeschränkt, als es der Gesuchsgegner nur in Begleitung ausüben darf. Die Kosten des begleiteten Besuchsrechts sind von den Parteien je hälftig zu tragen.

5. Für die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2011, und D._____, geboren am tt.mm.2016, wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die weitere Dauer des Eheschutzverfahrens eine Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet.

Der Beistand wird damit beauftragt.

- die schrittweise Wiederaufnahme der Kontakte des Gesuchsgegners zu den Kindern C._____ und D._____ im Rahmen des vorstehend unter Dispositiv-Ziffer 4 angeordneten Besuchsrechts zu organisieren;
- die Durchführung der begleiteten Besuchstreffen insoweit zu überwachen, als er in regelmässigen Abständen die Einhaltung und die Durchführung der Besuche bei der zuständigen Fachstelle oder Drittperson in Erfahrung zu bringen hat;
- nötige weitergehende Massnahmen zu beantragen.

Die KESB Dietikon wird mit dem Vollzug der Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB beauftragt.

6. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 21. Juli 2017 wird aufgehoben und die Sache wird zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
7. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
8. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens wird dem Endentscheid der Vorinstanz vorbehalten.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Dietikon sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

10. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
bz