

ZH_OBERGERICHT LC090068 vom 17. August 2011

ZH Obergericht, 2011-08-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC090068

FR: ZH_OBERGERICHT LC090068 du 17 août 2011

IT: ZH_OBERGERICHT LC090068 del 17 agosto 2011

Erwägungen

E. 1

Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 134-149 aZGB anzuwenden.

- 13 -

E. 2

a) Mit der Anschlussberufungsbegründung machte die heute allein lebende Gesuchstellerin vorweg geltend, dass sie aus finanziellen Gründen nicht in der Lage sei, die Tochter abzuholen. Diese Auslagen würden ihr vom Sozialamt nicht vergütet. Zudem habe es beim Abholen Probleme gegeben, da der Gesuchsteller C._____ zu beeinflussen versucht habe. Seit ungefähr anfangs 2009 würde der Gesuchsteller C._____ nun abholen und wieder bringen. Dabei ergäben sich keinerlei Schwierigkeiten. Im Übrigen sei es auch dem Beistand - sollten wieder Probleme auftreten - nicht zuzumuten, für die Übergabe nach P._____ zu reisen (Urk. 57 S. 7). Anlässlich der Berufungsverhandlung hielt die Gesuchstellerin unter Hinweis auf die Wohnungswechsel des Gesuchstellers daran fest, dass eine Übergabe stets am selben Ort, nämlich an ihrem Wohnort, sinnvoll erscheine. Eine andere Regelung sei nicht praktikabel. Zudem könne der Beiständin nicht zugemutet werden, bei Problemen mit der Übergabe nach P._____ bzw. W._____ zu reisen (Prot. II S. 12). b) Die Beiständin äusserte sich im selben Sinne und empfahl ein Abholen und Bringen des Kindes durch den Gesuchsteller entsprechend der üblichen Praxis am Wohnort der Gesuchstellerin (Urk. 72 und 106 S. 2). Aus dem von der Beiständin eingereichten Schreiben an den Gesuchsteller vom 30. November 2010 geht hervor, dass letzterer wenigstens eine Übergabe an einem öffentlichen und verkehrstechnisch günstiger gelegenen Ort, nämlich am Bahnhof MN._____ gewünscht habe bzw. nach seinen Angaben (Urk. 98 S. 2) mit MN._____ als Übergabeort einverstanden gewesen wäre, was indes von der Gesuchstellerin abgelehnt werde (Urk. 93 und 97/2).

- 15 - c) Der Gesuchsteller machte dagegen geltend, es gebe keine finanziellen Gründe, wonach im Sinne des Antrages der Gesuchstellerin zu entscheiden sei und er die Tochter wieder zurückbringen müsse. Auch er sei nämlich auf Leistungen des Sozialamtes angewiesen. Die Vorinstanz habe zudem überzeugend dargelegt, weshalb die Gesuchstellerin das Kind bei Beendigung des Besuchsrechts am Sonntagabend an einem zu vereinbarenden Ort in der Umgebung des ...bahnhofs in P._____ abholen sollte. Dies sei eine praktikable Lösung, die schon Eheschutzverfahren angeordnet worden sei. Wenn es

früher Probleme bei der Übergabe gegeben habe, so sei das auf das Verhalten der Gesuchstellerin zurückzuführen gewesen. Es bedürfe keiner Einschaltung eines Beistandes. Der Entscheid sei daher in diesem Punkt zu bestätigen (Urk. 63 S. 5 f.). An diesem Antrag hielt der Gesuchsteller in der Anschlussberufungsduplik fest, wobei der Übergabeort bei der Rückkehr von C._____ zur Gesuchstellerin aufgrund seines neuen Wohnsitzes nach W._____ zu verlegen sei. Dies würde dazu führen, dass jede Partei je einen Gang unternehmen müsste. Die Empfehlung der Beiständin sei ohne Kontaktaufnahme mit dem Gesuchsteller erfolgt (Prot. II S. 13 f.).

E. 3

a) C._____ ist heute rund 7 1/2-jährig. Damit kann ihr noch nicht zugemutet werden, alleine von V._____ nach W._____ und zurück zu reisen. Sie ist daher entweder von einem Elternteil oder einer geeigneten Hilfsperson zu begleiten. Es ist demnach über das Abholen und Bringen anlässlich der Besuche beim Gesuchsteller zu befinden. Frühestens wenn die Tochter rund 10-jährig sein wird, kann von ihr verlangt werden, dass sie die Reise von V._____ nach W._____ und umgekehrt, die doch ein zumindest ein- oder zweimaliges Umsteigen bedingt, alleine zurücklegt (vgl. dazu Hegnauer, Berner Kommentar, N 81 zu Art. 273 ZGB). b) Es trifft zu, dass die Auffassung vertreten wird, es sei aus kinderpsychologischer Sicht empfehlenswert, wenn bei der Besuchsausübung jeweils der eine Elternteil das Kind zum andern bringt. Das mag dazu beitragen, dass das Kind erkennen kann, dass beide Eltern die Besuchsregelung mittragen und beide mitbeteiligt sind und weiterhin (zumindest) entsprechende Kontakte haben (Entscheid des Obergerichts des Kantons Luzern vom 20. August 2007 mit Hinweis auf: Reinhart Lempp, Gerichtliche Kinder- und Jugendpsychiatrie, S. 145, Urk.

- 16 - 15/3 S. 15; ebenso Hinweis in FamKomm Scheidung/Wirz N 25 zu Art. 273 ZGB auf Spangenberg, Kind-Prax 2004 S. 56 f.). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist es indes in strittigen Fällen bzw. wenn die obhutsberechtigte Partei nicht bereit ist, einen Beitrag zu leisten - auch bei grösseren Distanzen zwischen den Wohnorten der Parteien - Aufgabe des Besuchsberechtigten, das Kind auf seine Kosten abzuholen und es wieder zurückzubringen (BGE 98 II 385, insb. Erwägungen S. 388 f.). Dies entspricht denn auch der Mehrheit der Lehrmeinungen (FamKomm Scheidung/Wirz N 25 zu Art. 273 ZGB; Schwenger, Basler Kommentar, N 18 zu Art. 273 ZGB; Hegnauer, a.a.O., N 81 zu Art. 273 ZGB und Bühler/Spühler, Berner Kommentar N 342 zu Art. 156 aZGB). Das spricht dafür, den Gesuchsteller zu verpflichten, die Tochter C._____ jeweils abzuholen und sie auch zurückzubringen, nachdem die Gesuchstellerin nicht bereit ist, im Sinne der kinderpsychologischen Empfehlungen auch einen Beitrag zu leisten. Die Kosten für die Besuchsausübung sind unter diesen Umständen allerdings entsprechend im Bedarf des Gesuchstellers zu berücksichtigen. c) Im vorliegenden Verfahren rechtfertigt zudem das (auch mit Bezug auf die Besuchsausübung massgebliche und den Interessen der Eltern vorgehende) Kindeswohl ein Abholen und ein Bringen der Tochter durch den Gesuchsteller. Entscheidend ist nämlich, dass nach Darstellung der Gesuchstellerin der Gesuchsteller seit ungefähr anfangs 2009 die Tochter C._____ in V._____ abholt und auch wieder zurückbringt. Dies blieb unbestritten. Ebenso blieb aber unbestritten bzw. wurde vom Gesuchsteller ausdrücklich auch selber angeführt, dass es seither bei der Übergabe - im Gegensatz zu früher - zu keinen Problemen mehr gekommen sei (Urk. 57 S. 7 und Urk. 63 S. 5). Diese Regelung wurde denn auch im Frühjahr 2011 noch praktiziert und liess sich ohne besondere Aufwendungen und Kontakten zwischen den zerstrittenen Parteien

durchführen, indem C._____ selbständig an die Haustüre geht und dort vom Gesuchsteller abgeholt wird (Urk. 115 S. 1). 4.) Damit ist davon auszugehen, dass die von der Gesuchstellerin beantragte Regelung auch dem Kindeswohl entspricht. Die Übergabezeit für die Wochenendbesuche ist dabei in Beachtung des derzeitigen Fahrplanes der SBB bzw. des Post-

- 17 - autos in V._____ (Abfahrt MN._____ 18.04 Uhr) auf spätestens 18.15 Uhr festzulegen, beim Feiertagsbesuchsrecht ist die Übergabezeit auf spätestens 19.15 Uhr (Abfahrt MN._____ 19.04 Uhr) festzulegen. Disp. Ziff. 4 des erstinstanzlichen Entscheides ist damit entsprechend abzuändern. Es erscheint im Übrigen als sinnvoll und zweckmässig, wenn die Beiständin abklärt und darauf hinwirkt, dass C._____ - jedenfalls für die Wochenendbesuche - mit dem Postauto alleine von V._____ nach MN._____ fährt und so vom Gesuchsteller in MN._____ abgeholt und wieder zurückgebracht werden könnte (vgl. dazu Urk. 115 S. 2). Die entsprechende kurze Fahrt sollte C._____ bald alleine zugemutet werden können. III. 1. a) Das Gericht hat die Unterhaltspflicht desjenigen Elternteils, dem die elterliche Sorge nicht zugeteilt wird, nach den Bestimmungen des Kindesrechts zu regeln (Art. 133 ZGB). Danach haben grundsätzlich beide Elternteile für den Unterhalt der Kinder aufzukommen (Art. 276 Abs. 1 ZGB), wobei für denjenigen Elternteil, dem die Kinder nicht anvertraut sind, ein Geldbetrag festzusetzen ist (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Die Unterhaltspflicht dauert auch über die Mündigkeit hinaus, und zwar so lange, bis eine angemessene Ausbildung ordentlicherweise abgeschlossen werden kann (Art. 277 Abs. 2 ZGB). Nach Art. 285 Abs. 1 ZGB soll sodann der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes entsprechen. Für letztere sind sowohl die Einkommens- als auch die Vermögensverhältnisse des beitragspflichtigen Elternteils massgebend. Angesichts der grundsätzlichen Unterhaltspflicht des Beklagten ist es seine Aufgabe, alle erdenklich möglichen Anstrengungen zu unternehmen, um für den Bedarf seiner Tochter aufkommen zu können. Entscheidend ist die Leistungsfähigkeit der Eltern, welche im Übrigen durchaus auch Mehranstrengungen und Überstunden umfassen kann. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Einkommen des Pflichtigen, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abgewichen und statt dessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zu-

- 18 - zumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Nur wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche ausser Betracht bleiben. Diesen Grundsatz hat das Bundesgericht für sämtliche eherechtlichen Verfahren festgehalten (so in BGE 117 II 16 S. 17 f. E. 1b für den Eheschutz). Aus welchem Grund ein Ehegatte auf das ihm angerechnete höhere Einkommen verzichtet, ist im Prinzip unerheblich. Unterlässt es ein Ehegatte aus bösem Willen oder aus Nachlässigkeit oder verzichtet er freiwillig darauf, ein für den Familienunterhalt ausreichendes Einkommen zu erzielen, kann auf das Einkommen abgestellt werden, das er bei gutem Willen verdienen könnte. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hat keinen pönalen Charakter. Es geht vielmehr darum, dass der Unterhaltspflichtige dasjenige Einkommen zu erzielen hat, das ihm zur Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich möglich und zumutbar ist (BGE 128 III 4 S. 5 f. E. 4a; BGE 5P.35/2002 E. 2.2; BGE 5P.255/2003 E. 4.3.1). b) Nach Art. 125 Abs. 1 ZGB hat der eine Ehegatte dem anderen einen angemessenen Beitrag zu leisten, sofern diesem nicht zuzumuten ist, selbst für den eigenen Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge aufzukommen.

Art. 125 Abs. 2 ZGB führt die wichtigsten Gesichtspunkte auf, die der Richter beim Entscheid in Erwägung zu ziehen hat, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe und Dauer ein Unterhaltsbeitrag zuzusprechen ist. Art. 125 ZGB ist zum Einen Ausdruck des Prinzips der nach Beendigung der Ehe beiden Gatten obliegenden Eigenversorgung, zum Andern konkretisiert diese Bestimmung aber auch den Gedanken der nahehelichen Solidarität, der namentlich Bedeutung erlangt, wenn es einem Ehegatten durch eine ehebedingte Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit nicht zumutbar ist, nach Auflösung der Ehe selbst für seinen Unterhalt aufzukommen (BGE 127 III 138 mit weiteren Hinweisen). Voraussetzung und Grenze der Beitragsverpflichtung bildet schliesslich auf der einen Seite der Bedarf des auf den Unterhaltsbeitrag angewiesenen Gatten, auf der anderen Seite die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Beitragspflichtigen. Einerseits hat nach der Scheidung jeder Ehegatte für seinen Lebensunterhalt möglichst selbst besorgt zu sein und muss die dazu notwendige Eigenständigkeit an-

- 19 - streben. Andererseits wird der andere Ehegatte zur finanziellen Unterstützung verpflichtet, da diese Autonomie durch die Ehe allenfalls eingeschränkt war. Es ist von der während der Ehe gelebten Aufgabenteilung auszugehen. Die Höhe des Beitrags hängt wesentlich davon ab, ob es dem berechtigten Ehegatten möglich ist, einen Verdienst zu erzielen oder die während der Ehe aufgegebenen Erwerbstätigkeit wieder aufzunehmen. Die Unterhaltspflicht richtet sich somit in erster Linie nach den Bedürfnissen des unterhaltsberechtigten Ehegatten, sie hängt vom Grad der Selbständigkeit ab, die man von ihm erwarten darf, das heisst von seiner Fähigkeit, berufstätig zu sein, um für den ihm gebührenden Unterhalt aufzukommen (Pra 92, 2003, Nr. 175). Der Richter hat bei der Festsetzung des Beitrages von den nicht abschliessenden Kriterien des Art. 125 Abs. 2 ZGB auszugehen, wobei ihm im Einzelfall ein gewisses Ermessen zusteht. Bei den verfügbaren Mitteln ist auf das tatsächliche und mit gutem Willen erzielbare Einkommen abzustellen (BGE 127 III 136 E 2a und 3a, 127 III 289 E 2a/aa; vgl. überdies ZR 106 Nr. 16). Welcher Unterhalt "gebührend" ist, bestimmt sich daran, ob die Ehe lebensprägend war oder nicht. Letzterenfalls, was regelmässig bei sogenannten Kurzen (d.h. Ehen die weniger als fünf Jahre gedauert haben) zutrifft, sind die vor-ehelichen wirtschaftlichen Verhältnisse massgebend. Von einer Lebensprägung ist dagegen auszugehen, wenn die Ehe lange (d.h. in der Regel mehr als zehn Jahre) gedauert hat, wenn aus ihr Kinder hervorgegangen sind oder wenn der angesprochene Ehegatte mit der Heirat aus seinem bisherigen Kulturkreis entwurzelt worden ist; diesfalls wird angenommen, dass das Vertrauen auf den Weiterbestand der bisherigen, frei vereinbarten Aufgabenteilung objektiv schutzwürdig ist, und der unterhaltsberechtigte Teil hat grundsätzlich Anspruch auf die Fortsetzung des zuletzt gemeinsam gelebten Standards. Für die Bestimmung des massgeblichen Einkommens gelten auch hier die unter der Unterhaltspflicht für Kinder festgehaltenen Grundsätze. c) Zusammengefasst ist nochmals festzuhalten, dass für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen das Einkommen des Unterhaltsschuldners dessen Existenzminimum gegenüber zu stellen ist. In Bezug auf

- 20 - das Einkommen ist - wie bereits erwähnt - primär auf das tatsächlich erzielte Einkommen abzustellen. Allerdings ist von einem hypothetisch höheren Einkommen auszugehen, wenn ein entsprechendes Einkommen möglich ist. Ein solches hypothetisches Einkommen kann grundsätzlich nur für die Zukunft und nach einer angemessenen Umstellungsfrist angenommen werden. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint; Tatfrage bildet

hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das zumutbare Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 137 III 118 mit weiteren Hinweisen). 2. a) Im erstinstanzlichen Verfahren waren beide Parteien arbeitslos und auf Stellensuche (Urk. 48 S. 15). Mit Bezug auf den Gesuchsteller nahm die Vorinstanz an, dass er in der Lage sein werde, per 1. Januar 2010 eine Anstellung zu finden, bei der er mindestens Fr. 8'500.– netto pro Monat verdienen werde (vgl. die ausführliche Begründung in Urk. 48 S. 17-21). Für die Gesuchstellerin erachtete die Vorinstanz gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Aufnahme der Erwerbstätigkeit im Umfang von 50% ab dem vollendeten 10. Altersjahr von C._____ als angemessen, ab dem 16. Altersjahr von C._____ eine volle Erwerbstätigkeit (Urk. 48 S. 15 f.). Damit schloss sie, dass die Gesuchstellerin ab März 2020 in der Lage sein werde, für ihren Unterhalt selbst aufzukommen. Zuvor sei sie jedoch auf Unterhaltsbeiträge des Gesuchstellers angewiesen. Der Gesuchsteller sei mit seinem erzielbaren Einkommen in der Lage, die beantragten Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.– für C._____ und Fr. 3'000.– für die Gesuchstellerin persönlich zu bezahlen. Letztere seien per Ende Februar 2014 auf Fr. 1'500.– zu reduzieren, da die Gesuchstellerin ab diesem Zeitpunkt in der Lage sein werde, zumindest Fr. 2'000.– monatlich (Einkommen abzüglich Berufsauslagen) zu verdienen (Urk. 48 S. 16 f. und 21). b) Der Gesuchsteller hielt mit der Berufung fest, es sei unbestritten, dass er ein Einkommen von jährlich zumindest Fr. 100'000.– verdienen könnte, wenn er eine Anstellung finden würde. Es sei auch klar, dass er ein derartiges Einkommen haben möchte. Tatsache sei jedoch, dass er trotz Bemühungen keinerlei Aussichten auf eine derartige Anstellung habe. Er habe zwar eine gute

- 21 - Ausbildung, doch habe er seit dem Zusammenbruch des IT-Booms nichts mehr verdient. Seine ehemals guten Verdienste datierten im Übrigen aus der Zeit, bevor er die Gesuchstellerin kennen gelernt habe. Er habe sich in den Jahren 2002 und 2003 nicht weniger als 200 Mal erfolglos für eine Stelle beworben. Aufgrund dieser erfolglosen Bemühungen habe er - allerdings auch dies ohne Erfolg - versucht, wieder als selbständig Erwerbender Fuss zu fassen. Auch weitere Suchbemühungen seien ohne Erfolg geblieben. Er habe seit 2001 nie mehr ein steuerbares Einkommen gehabt, das höher als Fr. 12'600.– gelegen sei. Anfangs 2009 habe er sich schliesslich beim Sozialamt melden müssen, da er als selbständig Erwerbender keine Arbeitslosenunterstützung erhalten habe. Da die Sozialbehörde prüfen müsse, ob es ihm möglich wäre, ein Einkommen zu erzielen, gehe es nicht an, dass ihm trotzdem ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde. Damit würden in unzulässiger Weise die Erkenntnisse der Sozialbehörde ausgehebelt. Die aktuelle Stellensituation gebiete vielmehr, dass ihm kein hypothetisches Einkommen "untergeschoben" werden könne, solange er auf Sozialhilfe angewiesen sei und solche auch beziehe und in diesem Zusammenhang persönliche Suchbemühungen habe nachweisen müssen (Urk. 53). Anlässlich der Berufungsverhandlung wies der Gesuchsteller erneut darauf hin, dass er trotz der ständigen Bemühungen lange Zeit keine Stelle gefunden habe. Ab Juni 2010 habe er einen Job zu einem tiefen Lohn angenommen, in der Hoffnung später zu einem höheren Einkommen zu gelangen. Diese Anstellung sei indes schon wieder hinfällig. Er sei nach W._____ gezogen, da dort die Lebenshaltungskosten tiefer seien (Prot. II S. 8 f. und 13). Mit Eingabe vom 1. Oktober 2010 machte der Gesuchsteller geltend, er habe auch im August und September 2010 nur Absagen erhalten (Urk. 84). Mit einer weiteren Eingabe vom 16. Januar 2011 wies der Gesuchsteller darauf hin, dass er - nachdem er in W._____ Sozialleistungen habe beziehen müssen - von den W._____ Behörden verpflichtet worden sei, ab 1. November 2010 bei der Z._____ eine (befristete) Arbeitsstelle anzutreten. Dieses Arbeitsprogramm ersetze den Bezug von Sozialleistungen

und gewähre einen Bruttolohn von Fr. 3'000.– pro Monat. Er hätte gerne eine andere Arbeitsstelle angetreten, doch sei dies trotz weiterer Suchbemühungen nicht gelungen (Urk. 102). Mit Eingabe vom 2. Mai 2011 führte der Gesuchsteller an, dass er weiterhin

- 22 - Sozialhilfeempfänger sei, auch weitere Stellenbemühungen seien erfolglos geblieben. Zudem seien inzwischen erfolglose Pfändungen ergangen (Urk. 116). Am

E. 8

Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.

E. 9

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Ausländeramt des Kantons H._____, in den Erwägungen unter Ziff. II und in Disp. Ziff. 1 an die Vormundschaftsbehörde V._____, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 6. Abteilung, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 10

Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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

- 39 - und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid in einer nichtvermögensrechtlichen Streitigkeit. Soweit dabei (auch) vermögensrechtliche Fragen umstritten sind, liegt der Streitwert über Fr. 30'000.–.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH I.
Zivilkammer Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: Oberrichter Dr. R. Klopfer lic. iur. S.
Subotic versandt am: mc

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