

ZH_OBERGERICHT LC120041 vom 4. Februar 2013

ZH Obergericht, 2013-02-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC120041

FR: ZH_OBERGERICHT LC120041 du 4 février 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LC120041 del 4 febbraio 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten am tt. September 1996 (Urk. 229 [Auszug aus dem Heiratseintrag 08/1996]). Aus ihrer Verbindung ging der Sohn C._____, geb. tt.mm.1997, hervor. Seit dem 24. Juni 2002 leben die Parteien getrennt. Das Getrenntleben wurde mit Verfügung des Eheschutzrichters vom 7. August 2002 geregelt (Urk. 17/1). Mit Verfügung vom 31. März 2005 überwies der Friedensrichter der Stadt F._____, der Vorinstanz das gemeinsame Scheidungsbegehren der Parteien (Urk. 1).

E. 1.1

Das Berufungsverfahren steht unter der Herrschaft der eidgenössischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber richtete sich das erstinstanzliche Verfahren noch nach dem zürcherischen Prozessrecht (ZPO/ZH, GVG/ZH).

E. 1.2

Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort und einer Stellungnahme der Kindesvertreterin verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

E. 2

Die Vorinstanz fällte am 18. Dezember 2006 ein erstes Scheidungsurteil, das am 18. Januar 2008 im Scheidungspunkt sowie hinsichtlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung und des Vorsorgeausgleichs in Rechtskraft erwuchs (Urk. 94/93, Urk. 94/114). Beide Parteien fochten dieses Urteil beim Obergericht des Kantons Zürich an. Mit Beschluss vom 10. August 2009 hob die I. Zivilkammer das Scheidungsurteil vom 18. Dezember 2006 insoweit auf, als die elterliche Sorge über den Sohn C._____, das Besuchsrecht des Gesuchstellers und Berufungsklägers (fortan Gesuchsteller), die Anordnung einer Beistandschaft, die Unterhaltsregelung und die Kostenfolgen betroffen waren. Das Verfahren wurde zur

- 6 - Ergänzung und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen (Urk. 94/154).

E. 2.1

Der Gesuchsteller rügt zunächst, die Vorinstanz sei jede Erklärung dafür schuldig geblieben, weshalb sie die im ersten Urteil vom 18. Dezember 2006 ur-

- 8 - sprünglich festgesetzten Besuche an jedem zweiten Wochenende, an verschiedenen Feiertagen und während der Schulferien massiv eingeschränkt habe. Das durchgeführte Beweisverfahren biete keinen Anlass für einen solchen Rückschritt. Da C._____ freitags bis 17 Uhr die Schule besuche und anschliessend Aufgaben machen müsse, könne auch das

Besuchsrecht am Freitagabend vom Gesuchsteller nicht ausgeübt werden, zumal er je nach Einsatzplan am Freitagnachmittag oder -abend arbeite. Die von der Vorinstanz vorbehaltenen weitergehenden Kontakte im gegenseitigen Einvernehmen änderten nichts daran, dass die vorinstanzliche Regelung ungenügend sei. Solche weitergehenden Besuche könne die Gesuchstellerin ohne weiteres verhindern. Sie manipulierte C._____ ganz gezielt und setze ihn unter Druck, damit er keinen Kontakt zu seinem Vater unterhalten könne. Somit hätten Vater und Sohn keine Möglichkeit, bei entsprechendem Willen Ferien und Feiertage miteinander zu verbringen (Urk. 246 S. 9 f.).

E. 2.2

C._____ ist mittlerweile 15 ½ Jahre alt. Entgegen der Auffassung des Gesuchstellers hat die Vorinstanz die Besuchsrechtsregelung ausführlich begründet. Sie erwog zusammengefasst, bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts komme dem Willen des (urteilsfähigen) Kindes herausragende Bedeutung zu. Ob das Kind beim Besuchsberechtigten übernachtete, hänge zudem von der Qualität der Beziehungen zwischen dem Elternteil und dem Kind ab (Urk. 247 S. 37 f. mit Verweis auf BSK ZGB I-Schwenzer, N 10 f. und N 13 zu Art. 273 ZGB). Bislang habe es nur zwei Übernachtungen von C._____ in G._____/H._____ bei seinem Vater gegeben, als sich die Gesuchstellerin im Februar 2008 für einen Tag in Haft befunden habe (Urk. 247 S. 45). Ein zu ausgedehntes Besuchsrecht würde dem mehrfach klar geäußerten Willen des Kindes widersprechen, zumal die Reise nach G._____ mit erheblichem zeitlichen Aufwand verbunden sei. C._____ wolle weder bei seinem Vater übernachten, noch zu Ferien verpflichtet werden (Urk. 247 S. 44). Die Kindesvertretung habe im Berufungsverfahren am 5. Mai 2009 ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende sonntags von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr sowie an den dazwischen liegenden Wochenenden am Freitag-nachmittag nach dem Basketballtraining beantragt, ohne ein Ferienbesuchsrecht zu empfehlen. Auch gegenüber der Kindesvertretung habe C._____ Besuche und Übernachtungen bei seinem Vater abgelehnt (Urk. 247 S. 42). Die Empfehlungen

- 9 - des gerichtlichen Gutachters vom 27. Mai 2010 hätten im Wesentlichen denjenigen der Kindesvertretung entsprochen, wobei im Gutachten darauf hingewiesen worden sei, dass C._____ eine Übernachtung oder gemeinsamen Urlaub mit seinem Vater vehement ablehne und es bevorzuge, nicht nach G._____ zu fahren. Der Gutachter sei zum Schluss gekommen, es habe sich zwischen dem Gesuchsteller und C._____ keine emotional tragfähige Beziehung entwickelt (Urk. 247 S. 42 f., S. 45). In der Anhörung vom 1. Juni 2011 habe C._____ ausgeführt, sein Vater komme meistens nachmittags zu ihm, nachdem sie dies vorgängig am Telefon vereinbart hätten. Manchmal würden sie sich am Mittwochnachmittag sehen, ansonsten an ca. zwei Samstagen pro Monat. Er könne bestimmen, wann sein Vater ihn besuche, wobei dieser ihn meistens anrufe. Es "stresse" ihn manchmal, da er keine Lust habe, zum Vater nach H._____ zu fahren und dort zu bleiben. Vor zwei Monaten sei er dort gewesen, um seinem Vater einen Gefallen zu tun, damit dieser ihn nicht ständig darum bitte. Er übernachtete nicht bei seinem Vater. Er könne dort nichts machen. Er sei noch nie bei oder mit seinem Vater in den Ferien gewesen. Bis jetzt habe er kein Interesse daran. Er habe alle Sommerferien bei seiner Mutter verbracht, auch in I._____ [Staat in Südosteuropa] bei seiner Grossmutter, wo er gerne hinfahre. Er habe nicht das Bedürfnis, beim Gesuchsteller zu wohnen. Bei seinem Vater gefalle es ihm nicht wirklich. Er kenne dort niemanden und wünsche einfach, sein Vater würde verstehen, dass er nicht zu ihm gehen wolle, was dieser aber leider nicht tue (Urk. 247 S. 41 f.). Aufgrund

der Äusserungen C.____s hat die Vorinstanz sehr wohl erkannt, dass ein Abbruch der Beziehung droht, wenn der Entscheid über die Weiterführung der Kontakte gänzlich C.____ überlassen würde. Sie hat dies als nicht im Kindeswohl taxiert und entgegen dem Antrag der Gesuchstellerin ein Besuchsrecht (im mehrfach behördlich empfohlenen) Rahmen festgelegt (Urk. 247 S. 44). Den Willen von C.____ hat die Vorinstanz insofern respektiert, als sie keine Besuche mit Übernachtungen festsetzte. Es lasse sich – so die Vorinstanz – mit dem Kindeswohl und dem Persönlichkeitsrecht des Kindes nicht vereinbaren, solche Besuche oder Ferien mit dem Vater gegen den Willen des Kindes durchsetzen zu wollen (Urk. 247 S. 45).

- 10 -

E. 2.3

Angesichts des fortgeschrittenen Alters von C.____ hat die Vorinstanz dessen Wünschen und der Qualität der Vater-Sohn-Beziehung zu Recht ein starkes Gewicht beigemessen (BK-Hegnauer, N 74 und N 77 zu Art. 273 ZGB). C.____ verfügte bereits im Zeitpunkt seiner Begutachtung und seiner (letzten) Anhörung durch die Vorinstanz über genügende Reife, um sich über die Ausgestaltung des Verkehrs eine eigene Meinung zu bilden und seine diesbezüglichen Wünsche klar zu äussern. Der Gutachter hat überzeugend dargelegt, weshalb C.____ seinen Vater als "stressig" erlebt und keine emotionale Verbundenheit zwischen Vater und Sohn besteht (Urk. 144 S. 2, S. 18, S. 22 f., S. 24). Der Wille C.____s kann nicht einfach als nicht nachvollziehbar oder irrational abgetan werden. Der Gutachter empfahl, das Besuchsrecht solle weiter an jedem 2. Wochenende am Sonntag von 11-17 Uhr beibehalten werden mit der Möglichkeit, C.____ an den Wochenenden dazwischen jeweils am Freitagnachmittag zu treffen oder diese Zeit für den regelmässigen Telefonkontakt zu nutzen (Urk. 144 S. 25 f.). In der Berufungsbegründung trägt der Gesuchsteller keine spezifischen Einwendungen gegen die gutachterlichen oder gerichtlichen Erwägungen vor. Er zweifelt auch nicht die Authentizität und die Ernsthaftigkeit des geäusserten Kindeswillens an, mag dieser auch teilweise durch mütterliche Beeinflussung mitgeprägt sein (Urk. 144 S. 28). Sein Einwand, das Beweisverfahren rechtfertige eine Einschränkung des (eheschutzrichterlich und im ersten Urteil der Vorinstanz festgesetzten) Besuchsrechts nicht, erscheint pauschal und unsubstanziert. Wenn der Gesuchsteller ausführt, Vater und Sohn hätten keine Möglichkeit, bei entsprechendem Willen Ferien und Feiertagsbesuche durchzuführen (Urk. 246 S. 10), übersieht er, dass bei seinem bald sechzehnjährigen Sohn dieser Wille gerade nicht vorhanden ist. Der Vorinstanz ist auch zu folgen, wenn sie dafürhält, Besuche (mit Übernachtungen) oder Ferien gegen den Willen des Kindes liessen sich mit dessen Persönlichkeitsrecht nicht vereinbaren. Zwar ist der Wille des Kindes nur soweit zu berücksichtigen, soweit dies mit seinem Wohl vereinbar ist. Der Gesuchsteller tut aber nicht dar, inwiefern der Wunsch, Besuche entgegen einer jahrlangen Praxis auf Übernachtungen, Ferien und Feiertage auszudehnen, dem Wohl C.____s förderlich wäre, obwohl dieser sich dagegen stemmt (vgl. BSK ZGB I-Schwenzer,

- 11 - N 11 zu Art. 273 ZGB; ferner Johannsen/Henrich/Jäger, Familienrecht, § 1684 Rn 41; Staudinger/Rauscher (2006) § 1684 BGB Rn 282 ff., Rn 299 f.). Schliesslich taugt auch der Einwand, das Besuchsrecht könne am Freitagabend nicht ausgeübt werden, weil C.____ nach Schulschluss um 17 Uhr Aufgaben machen müsse, nicht zur Ausdehnung des Besuchsrechts im Sinne der Berufungsanträge. Nach allgemeiner Lebenserfahrung dürften am ehesten am Freitagabend keine Hausaufgaben bewältigt werden, weil das Wochenende

bevorsteht; jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, ein anderer Wochentag oder das Wochenende sei in dieser Hinsicht besser geeignet. Ab dem Sommer 2013 dürfte sich C._____ ohnehin in der Lehre befinden (Prot. I S. 30). Der Eintritt in die Lehre und der Umstand, dass der Gesuchsteller zuweilen am Freitagnachmittag oder -abend arbeitet, führt auch nicht dazu, dass ihm ein ganzes Wochenende mit Übernachtungen, Feiertagen oder Ferien zuzugestehen wären.

E. 2.4

Die gegen Dispositiv Ziffer 2 gerichtete Berufung erweist sich damit als unbegründet.

E. 3

Sowohl bis zur Rechtskraft im Scheidungspunkt als auch nach rechtskräftiger Auflösung der Ehe galt bzw. gilt weiterhin die vom Eheschutzgericht mit Verfügung vom 7. August 2002 getroffene Regelung (BGE 137 III 616, 129 III 61 f.; ZR 106 [2007] Nr. 63; Art. 137 Abs. 2 aZGB und Art. 276 Abs. 2 und 3 ZPO). Darin war der Gesuchsteller verpflichtet worden, ab 1. August 2002 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 750.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) für seinen Sohn C._____ sowie persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'000.– pro Monat für die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) zu bezahlen (Urk. 17/1).

E. 3.1

Der Gesuchsteller beanstandet in finanzieller Hinsicht, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht (rückwirkend) ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'000.– angerechnet und ihn zu Unterhaltsleistungen verpflichtet. Das Gutachten habe bestätigt, dass er in seiner angestammten Tätigkeit als Bauhilfsarbeiter zufolge Behinderung des Bewegungsapparates (rechter Ellbogen und Handgelenk) und Veränderungen der Brust- und Lendenwirbelsäule zu 100% arbeitsunfähig sei. Zwar hätten die Gutachter ausgeführt, dass in einer dem Leiden angepassten Tätigkeit, welche die Behinderung des Bewegungsapparates berücksichtige, von einer vollen Arbeitsfähigkeit auszugehen sei. Welche Tätigkeit der Gesuchsteller konkret ausüben könne, hätten die Gutachter aber nicht näher ausgeführt. Tatsächlich gäbe es für den Gesuchsteller denn auch reichlich wenig Einsatzmöglichkeiten. Die von der Vorinstanz vorgeschlagenen Arbeiten in der Disposition, als Magaziner oder in administrativen Tätigkeiten im Transport seien für den Gesuchsteller mit seinen körperlichen und geistigen Einschränkungen absolut unmöglich. Sowohl bei Dispositionsarbeiten als auch bei administrativen Tätigkeiten fehle ihm die nötige Intelligenz; auch die sprachlichen Einschränkungen wür-

- 12 - den solche Tätigkeiten verunmöglichen. Gemäss Gutachten käme für ihn lediglich eine Tätigkeit in Frage, die im Wechsel zwischen Sitzen, Stehen und Gehen ausgeführt werden könne, was bei den vorgenannten Tätigkeiten nicht möglich sei. Auch als Magaziner sei der Gesuchsteller nicht nützlich, da er keine Lasten tragen dürfe.

Schliesslich gebe es auch im Detailhandel keine Stellen, welche eine behinderungsangepasste Tätigkeit erlauben würden. Die Annahme der Vorinstanz, der Gesuchsteller könne im Detailhandel ein Einkommen von Fr. 4'000.– netto erzielen, sei willkürlich und unhaltbar. Nachdem der Gesuchsteller seit 2002 keine Festanstellung mehr inne habe, massive gesundheitliche, sprachliche und intelligenzmässige Einschränkungen aufweise und heute 52 Jahre alt sei, könne von ihm nicht erwartet werden, rückwirkend ein Einkommen von Fr. 4'000.– zu erzielen. Seine tatsächliche Leistungsfähigkeit sei gesundheitsbedingt – wie das Beweisverfahren gezeigt habe – derart eingeschränkt, dass er

nicht einmal in der Lage sei, seinen eigenen Notbedarf von Fr. 2'925.70 zu decken. Sei auf seiner Seite vom tatsächlichen Einkommen als Aushilfschauffeur bei den H._____ Verkehrsbetrieben von Fr. 2'125.15 pro Monat (Durchschnitt 2005 - 2011) auszugehen, könne er nicht zu Unterhaltsleistungen für Frau und Kind verpflichtet werden (Urk. 246 S. 15 ff.). Desweiteren ist der Gesuchsteller der Ansicht, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht die Krankenkassenbeiträge gekürzt, da er im Jahre 2009 keine individuelle Prämienverbilligung erhalten habe, so dass sich sein Notbedarf auf Fr. 2'925.70 erhöhe (Urk. 246 S. 17). Demgegenüber habe die Vorinstanz bei der Gesuchstellerin die individuelle Prämienverbilligung trotz einem entsprechendem Zugeständnis nicht berücksichtigt (Urk. 246 S. 19). Auch habe die Gesuchstellerin ihr Einkommen mit Fr. 3'000.– pro Monat angegeben, wobei davon auszugehen sei, dass die Gesuchstellerin mehr verdiene und ihren Notbedarf samt Kind zu decken vermöge. Sie sei daher nicht auf Unterhaltsbeiträge angewiesen (Urk. 246 S. 18 f.).

E. 3.2

Die Vorinstanz setzte den Beginn des nahehelichen Unterhalts – trotz immer noch geltender eheschutzrechtlicher Unterhaltsregelung – auf den 1. Februar 2008 fest (Rechtskraft der Scheidung per 18. Januar 2008). Die Unterhalts-

- 13 - pflicht für C._____ läuft demgegenüber "ab Rechtskraft des Scheidungsurteils" (Urk. 247 S. 75). Aus den Erwägungen ergibt sich, dass mit dem Scheidungsurteil das angefochtene Urteil über die noch strittigen Nebenfolgen (Rentenurteil) gemeint ist und ein unterschiedlicher Beginn von Ehegatten- und Kinderunterhaltspflicht von der Vorinstanz gewollt war (Urk. 247 S. 70 Erw. 7.3, S. 71 f. Erw. 7.4.2 und 7.4.3).

E. 3.3

Die Vorinstanz hat dem gegenwärtigen Arbeitgeber des Gesuchstellers, den Verkehrsbetrieben H._____, die Frage unterbreitet, ob für den Gesuchsteller die Möglichkeit bestehe, das Arbeitspensum auszudehnen (Urk. 147). Sodann hat die Vorinstanz den Gesuchsteller einer internistischen und orthopädischen Begutachtung unterzogen, um seinen gesundheitlichen Zustand und das Ausmass seiner Arbeitsfähigkeit zu eruieren (Urk. 178).

E. 3.3.1

Der Gesuchsteller versieht bei den Verkehrsbetrieben H._____ als Kinobuschauffeur ein Arbeitspensum von 20 bis 30% (Prot. II S. 28). Durch die schriftliche Auskunft der Verkehrsbetriebe H._____ vom 13. Juni 2010 ist belegt, dass der Gesuchsteller sein Arbeitspensum bei seinem jetzigen Arbeitgeber nicht wesentlich ausbauen kann (Urk. 148). Die Vorinstanz hat daraus geschlossen, der Gesuchstellerin sei der Beweis dafür, dass der Gesuchsteller sein Arbeitspensum als Buschauffeur auf 100% steigern könne, nicht gelungen (Urk. 247 S. 55). Nachzutragen ist, dass gemäss Abklärung der Orthopädischen Universitätsklinik J._____ vom 10. Oktober 2008 die Arbeit als Chauffeur für den Gesuchsteller ohnehin nicht ideal ist (Urk. 195 S. 21, Urk. 113/23 S. 2) und gemäss dem Hausarzt Dr. K._____ eine Tätigkeit als Chauffeur nur insofern zumutbar erscheint, als der Gesuchsteller kürzere Fahrten durchführen müsse, dazwischen Pausen einlegen könne und nicht beim Be- und Entladen des Fahrzeugs mit Heben und Tragen von schweren Lasten beschäftigt sei (Urk. 195 S. 22, Urk. 113/10).

E. 3.3.2

Das Gutachten vom 18. April 2011 bescheinigt dem Gesuchsteller eine vollständige Arbeitsunfähigkeit für eine Tätigkeit als Hilfsarbeiter auf dem Bau. Wörtlich führten die Gutachter sodann aus (Urk. 195 S. 24):

- 14 - "In einer dem Leiden angepassten Tätigkeit, welche seine Behinderung von Seiten des Bewegungsapparates berücksichtigt, ist Herr A. _____ zu 100% arbeitsfähig, das heisst 8.4 Stunden täglich. Ein invalidisierendes Leiden ist nicht ausgewiesen. [...] Die Tätigkeiten, die er ausführen kann, umfassen Arbeiten, die im Wechsel zwischen Sitzen, Stehen und Gehen ausgeführt werden können ohne Heben und Tragen von Lasten über der Horizontalen. Es dürfen keine Arbeiten in Zwangsstellungen sowie mit häufigem Beugen ausgeführt werden. Er darf mittelschwere Lasten (bis 15 kg) tragen und heben sowohl körpernah als auch körperfern. Die Tätigkeiten sollen in temperierten Räumlichkeiten ausgeführt werden." Für die vom Gesuchsteller im Berufungsverfahren behaupteten geistigen Einschränkungen, die quasi jede Erwerbstätigkeit erschweren sollen, finden sich im Gutachten keine Anhaltspunkte (vgl. insbesondere Urk. 195 S. 19: "Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit"). Der Gesuchsteller zeigt auch nicht auf, an welcher Stelle er bereits im vorinstanzlichen Verfahren auf geistige Defizite hingewiesen hat. Aktenkundig sind lediglich mangelhafte Deutschkenntnisse, denen Rechnung getragen wurde. Auch übt der Gesuchsteller gegenwärtig eine Erwerbstätigkeit aus (Buschauffeur), die sich mit Blick auf die dafür benötigten geistigen Anforderungen ohne weiteres mit dem Detailhandel vergleichen lässt.

E. 3.3.3

Unter Hinweis auf eine Meinungsäusserung des Hausarztes (Dr. K. _____) verwies die Vorinstanz den Gesuchsteller zunächst auf Arbeiten in der Disposition, als Magaziner oder in administrativen Tätigkeiten im Transport oder Import/Export, wo die ... Sprachkenntnisse [des südeuropäischen Staates L. _____] von Nutzen sein könnten (Urk. 247 S. 56, Urk. 195 S. 21). Aufgrund der medizinischen Begutachtung hielt sie insbesondere aber auch eine Tätigkeit als Angestellter im Detailhandel bei einem der diversen Grossverteiler in Abteilungen ohne grossen Kundenkontakt und ohne spezielle Ausbildung, Berufserfahrung und Anforderungen an die Sprachkenntnisse für möglich. Gemäss Lohnstrukturerhebung 2010 des Bundesamtes für Statistik könne der Gesuchsteller – so die Vorinstanz – im Detailhandel bei einfacher, repetitiver Tätigkeit, ohne Kaderfunktion, ohne abgeschlossene Berufsausbildung und Berufserfahrung mit einem 100%-Pensum ein Nettolohn von Fr. 4'000.– erzielen. Demnach habe der Gesuchsteller zwar den Beweis dafür, dass seine Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei,

- 15 - geleistet. Dies betreffe aber nur seinen angestammten Beruf im Freien. Den Beweis, dass es ihm trotz seiner Bemühungen nicht möglich sei, ein Einkommen von mehr als Fr. 1'200.– zu erzielen, habe er indes nicht erbracht. Demgegenüber sei der Gesuchstellerin der Beweis insofern gelungen, als der Gesuchsteller in einer leidensangepassten Tätigkeit im vorstehend dargelegten Sinne zu 100% arbeitsfähig sei. Da sich der Gesuchsteller seit Jahren in völlig unzulänglicher Weise mit einem stark reduzierten Arbeitspensum von 20 bis 30% als Teilzeitchauffeur begnüge, sei ihm ein hypothetisches Erwerbseinkommen von Fr. 4'000.– netto pro Monat anzurechnen (Urk. 246 S. 56 ff. mit Verweis auf Urk. 230 f.).

E. 3.4

Im Rückweisungsbeschluss vom 10. August 2009 wurde erwogen, dem Gesuchsteller sei die Möglichkeit zu bieten, seine Behauptung, wonach seine Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei und wonach es ihm trotz Bemühungen nicht möglich sei, ein Einkommen von Fr. 4'000.– zu erzielen, zu beweisen. Falls er hierfür keine genügenden Beweise erbringen könne, sei allerdings mit der Vorinstanz (Urk. 93 S. 22-27) von einem hypothetischen Einkommen von netto Fr. 4'000.– auszugehen (Urk. 92 S. 20). Die Vorinstanz war – unter Vorbehalt eines geänderten Sachverhaltes – an diese Rechtsauffassung gebunden (§ 104 Abs. 1 und 3 GVG/ZH). Die Vorinstanz begründete das hypothetische Einkommen von Fr. 4'000.– in ihrem ersten Urteil vom 18. Dezember 2006 mit der Möglichkeit des Gesuchstellers, eine Anstellung in der Baubranche oder im Bereich "öffentlicher Verkehr" mit einem entsprechenden Nettolohn zu finden (Urk. 93 S. 24 ff.). Demgegenüber veranschlagte die Vorinstanz in ihrem zweiten Urteil das hypothetische Einkommen des Gesuchstellers gestützt auf eine 100%ige Restarbeitsfähigkeit für eine leidensangepasste Tätigkeit mit einer Anstellungsmöglichkeit im Detailhandel. Insofern liegt dem zweiten Urteil ein geänderter Sachverhalt zugrunde, der eine Bindung an die obergerichtliche Vorgabe des Nettoeinkommens grundsätzlich entfallen liess. 3.5.1 In der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 20. Oktober 2011 liess der Gesuchsteller ausführen, der Gutachter habe keine konkrete Tätigkeit nennen können, die er tatsächlich ausüben könne. Die vom Gutachter beschriebene Tätigkeit gebe es nämlich auf dem freien Arbeitsmarkt nicht; auch eine geschützte

- 16 - Arbeitsinstitution der IV könne keine solche Tätigkeit anbieten. Die leidensangepasste Tätigkeit sei derart unrealistisch, dass davon ausgegangen werden müsse, dass es keine solche Tätigkeit gebe. Es sei somit konkret davon auszugehen, dass dem Gesuchsteller keine weitergehende Erwerbstätigkeit und damit auch kein weitergehendes als das bereits heute erzielte Erwerbseinkommen angerechnet werden könne (Urk. 213 S. 9). Diese Stellungnahme wurde der Gesuchstellerin von der Vorinstanz nie zugestellt (vgl. die Mitteilungssätze in Urk. 216, Urk. 221 und Urk. 240 sowie die entsprechenden Empfangsscheine); beide Exemplare von Urk. 213 befinden sich noch bei den Akten. Die Gesuchstellerin konnte daher zur nachträglichen Behauptung des Gesuchstellers, wonach sich eine leidensangepasste Tätigkeit gar nicht in eine berufliche Tätigkeit umsetzen lasse, nicht Stellung nehmen. 3.5.2 Der Gesuchsteller hat in der Berufungsschrift daran festgehalten, dass ihm die Ausübung der von der Vorinstanz vorgeschlagenen Tätigkeiten (in der Disposition, in der Administration im Transport oder als Magaziner) mit seinen Einschränkungen nicht möglich sei und es im Detailhandel keine Tätigkeit gebe, die sich mit seinen behinderungsbedingten Einschränkungen vereinbaren lasse (Urk. 246 S. 16). Die Gesuchstellerin hat sich demgegenüber mit dem vorinstanzlichen Entscheid – und daher auch mit den von der Vorinstanz getroffenen Annahmen – identifiziert, indem sie dafürhielt, das vorinstanzliche Urteil sei in sich geschlossen und die Berufung des Gesuchstellers abzuweisen (Urk. 252 S. 3). Damit hat sie implizit auch die Behauptung des Gesuchstellers, eine Tätigkeit im Detailhandel sei ihm nicht möglich, bestritten. 3.6.1 Die Behauptung des Gesuchstellers, wonach sich eine leidensangepasste Tätigkeit im Sinne der gutachterlichen Umschreibung gar nicht in eine berufliche Tätigkeit umsetzen lasse und insbesondere der Detailhandel für ihn aus gesundheitlichen Gründen nicht in Frage komme, stellt eine Tatsachenbehauptung dar. Es handelt sich um ein echtes Novum, das durch die Einschätzung des Gutachters bzw. durch das vorinstanzliche Urteil (das den Detaillisten ins Spiel brachte) veranlasst worden ist. Hätte die Vorinstanz die Behauptung in der Stellungnahme zum Beweisergebnis zur Kenntnis genommen, wäre sie gestützt auf

- 17 - § 115 Abs. 3 und 4 ZPO/ZH zuzulassen gewesen. Hernach wäre der Gegenpartei Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen gewesen (Frank/Sträuli/Messmer, N 6 zu § 115 ZPO/ZH), wobei nunmehr aufgrund der Stellungnahme zum Armen- rechtsgesuch feststeht, dass sich die Gesuchstellerin im ablehnenden Sinn ge- äussert hätte. Selbst im Berufungsverfahren müsste die Behauptung, im Detail- handel finde sich für den Gesuchsteller kein Verweisungsberuf, noch beachtet werden, da eine solche Tätigkeit erstmals im erstinstanzlichen Entscheid themati- siert worden ist (Art. 99 BGG analog; BK-Sterchi, N 10 zu Art. 317 ZPO). Der Ge- suchsteller rügt im Berufungsverfahren indes weder eine Verletzung seines No- venrechts noch der Untersuchungsmaxime. 3.6.2 Der ärztliche Gutachter kann nur zu medizinischen Fragestellungen fachkundige Aussagen treffen, berufskundliche Kenntnisse hat er im allgemeinen nicht. Der Gutachter M._____, Facharzt für Innere Medizin FMH, und seine von ihm beigezogene Hilfsperson N._____, Facharzt für Orthopädische Chirurgie FMH, äusserten sich denn auch nicht dazu, in welchen Verweisungsberufen die von ihnen beschriebene leidensangepasste Tätigkeit ausgeübt werden könnte. Der Gesuchsteller hat für sein neues Vorbringen weder in der Stellungnahme zum Beweisergebnis noch in der Berufungsschrift Beweismittel (z.B. ein berufskundli- ches Gutachten) bezeichnet. Weitere Beweiserhebungen erscheinen auch nicht mehr durch die in der Beweisantwort offerierte "amtsärztliche Begutachtung" oder die wenig später ersatzweise offerierten Auskünfte der Hausärzte gedeckt (Urk. 112 S. 7 f., Urk. 170). In einem normalen Zivilprozess könnten diese Unter- lassungen nicht mehr behoben werden. Es wäre vielmehr davon auszugehen, dass der – in dieser Hinsicht beweisbelastete – Gesuchsteller seine Arbeitsfähig- keit nicht genügend ausschöpft resp. für den Detailhandel in Betracht kommt. Zwar bestand für die nachträgliche Beweisantwort gemäss § 138 ZPO/ZH keine eigentliche Nachfrist (Frank/Sträuli/Messmer, N 1 zu § 138 ZPO/ZH). Doch wer- den gemäss Art. 317 ZPO neue Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch be- rücksichtigt, wenn sie im Berufungsverfahren unverzüglich vorgebracht werden und – bei zumutbarer Sorgfalt – nicht schon vor erster Instanz vorgebracht wer- den konnten. Nicht in Frage gestellt wurde seitens des Gesuchstellers, dass im

- 18 - Detailhandel für ungelernete Mitarbeitende ein Einkommen von Fr. 4'000.–/Monat zu erzielen ist.

E. 3.7

Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstin- stanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteils- beratung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat indes eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festge- halten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 f. Erw. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Doch können die Parteien geltend ma- chen, der erstinstanzliche Richter habe die (eingeschränkte) Untersuchungsma- xime verletzt, indem er gewisse Tatsachen unberücksichtigt gelassen hat. Gleich verhält es sich, wenn der Prozess der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime unterworfen ist, d.h. insbesondere dort, wo Kinderbelange zu beurteilen sind (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel, welche die Parteien in den Prozess einbringen wollen, müssen die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllen. Rügen die Parteien, der

erstinstanzliche Richter habe in Verletzung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gewisse Tatsachen übergangen, können diese auch noch im Berufungsverfahren beachtet werden, wenn die Rüge zu Recht erhoben wird (Hohl, Procédure civile, Tome II, Bern 2010, N 2414 f.). Im Übrigen gilt die Pflicht des Richters, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, nicht absolut; die Parteien sind weiterhin gehalten, aktiv am Verfahren mitzuwirken, indem sie Hinweise zum Sachverhalt machen oder Beweise bezeichnen. Diese Pflicht drängt sich umso mehr auf, wenn der Unterhaltsverpflichtete eine Herabsetzung des von ihm geschuldeten Unterhaltsbeitrags erreichen will (BGer 5A_485/2012 Erw. 5; BGE 128 III 411 Erw. 3.2.1).

E. 3.8

Vorliegend hat der Gesuchsteller nicht vorgebracht, die Vorinstanz hätte in Nachachtung der Untersuchungsmaxime weitere Beweismittel abnehmen sollen. Wenn es nach ihm gegangen wäre, hätte der vorinstanzliche Richter sogar

- 19 - auf die von ihm ursprünglich beantragte amtsärztliche Begutachtung verzichten und sich mit Berichten seiner Hausärzte begnügen sollen (Urk. 170). Der Gesuchsteller hat auch in der Berufungsbegründung keine neuen Beweismittel genannt, die noch abzunehmen wären. Damit geht seine Rüge, es gebe (im Detailhandel) keine Tätigkeit, die ihm ein Einkommen von Fr. 4'000.– verschaffe, ins Leere. Es bleibt auch unter Geltung der Untersuchungsmaxime dabei, dass der Gesuchsteller trotz seiner gesundheitsbedingten Einschränkungen als ungelernter Detailhandelsangestellter mit einem Einkommen von Fr. 4'000.– rechnen könnte. Die Aufnahme einer solchen Verweisungstätigkeit wäre dem Gesuchsteller mit anderen Worten möglich. Sie wäre dem Gesuchsteller auch zumutbar. Der Verweis der Vorinstanz auf das Lohnniveau des Detailhandelsangestellten gemäss Lohnstrukturerhebung 2010 blieb wie bereits erwähnt unangefochten.

E. 3.9

Bei minderjährigen Kindern gelten besonders hohe Anforderungen für die Obliegenheit zur Übernahme von Erwerbstätigkeiten (BGE 137 III 118; BK-Hegnauer, N 63 zu Art. 285 ZGB; CHK-Roelli/Meuli-Lehni, N 2 zu Art. 276 ZGB). Die Vorinstanz erwog, die Bemühungen des Gesuchstellers um eine Erwerbstätigkeit seien seit Jahren ungenügend. Obwohl der Gesuchsteller aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sei, eine Vollzeitstelle als Chauffeur auszuüben, würden sich die meisten seiner Bewerbungen an solche Arbeitgeber richten. Einige weitere Bewerbungen hätten Tätigkeiten mit Kundenkontakt betroffen, die er insbesondere aufgrund seiner sprachlichen Unzulänglichkeiten nicht versehen könne (Urk. 247 S. 57 mit Verweis auf Urk. 113/25). Mit dem Vorwurf der Vorinstanz, er habe mit seinen Bewerbungen nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft, um eine ihm zumutbare Erwerbstätigkeit zu finden (Erw. 6.3.5), setzte sich der Gesuchsteller in der Berufungsbegründung nicht auseinander. Er beschränkte sich auf das Argument, er könne gesundheitsbedingt im Detailhandel und für andere Arbeiten nicht eingesetzt werden. Es ist daher auch im Berufungsverfahren davon auszugehen, dass der Gesuchsteller keine ausreichenden Arbeitsbemühungen dargetan hat. Es kann folglich nicht gesagt werden, dass bei dauerhaft forcierten Bemühungen und breiterer Streuung der Bewerbungen keine reale Beschäftigungschance besteht. Jedenfalls hat der Gesuchsteller weder dargelegt noch bewiesen, dass solche Bemühungen chancenlos gewesen wären. Schliess-

- 20 - lich hat der Gesuchsteller auch nicht beanstandet, dass ihm die Vorinstanz keine (weitere) Übergangsfrist zur Erzielung eines hypothetischen Einkommens gewährt hat (Erw. 6.3.7). Demzufolge ist ein von der Vorinstanz inskünftig angerechnetes Nettoeinkommen von Fr. 4'000.– nicht zu beanstanden. Ein unzulässiger Eingriff in das Existenzminimum des Gesuchstellers liegt damit nicht vor (BGE 123 III 1, 135 III 66). 3.10.1 Der Gesuchsteller beanstandet überdies, die Vorinstanz habe ihm rückwirkend ein Einkommen von Fr. 4'000.– und eine individuelle Prämienverbilligung, die er nie erhalten habe, angerechnet. Weder könne er rückwirkend ein solches Einkommen erzielen, noch könne er rückwirkend Prämienverbilligungen geltend machen (Urk. 246 S. 17). 3.10.2 Eine rückwirkende Verpflichtung des Gesuchstellers nahm die Vorinstanz nur insoweit vor, als der naheheliche Unterhalt betroffen ist (Erw. III/2). Diesen setzte sie mit Wirkung ab 1. Februar 2008 (Rechtskraft im Scheidungspunkt: 18. Januar 2008) fest. Ungeachtet dessen verlangt der Gesuchsteller auch die Befreiung von jeglichen Unterhaltszahlungen an C._____ ab Februar 2008. 3.10.3 Das Bundesgericht hat für sämtliche Matrimonialsachen festgehalten, dass von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden darf, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr verdienen könnte, als er effektiv verdient. Indes unterliegt eine solche Aufrechnung einer Beschränkung: Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche ausser Betracht bleiben. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens darf also nur zugelassen werden, sofern der Unterhaltsschuldner die Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit rückgängig machen kann, und zwar gilt dies auch bei verschuldeter oder böswilliger Vermögensentäusserung, also bei Rechtsmissbrauch (BGE 128 III 5 f., 119 II 317, 117 II 17). Diese Rechtsprechung hat zur Folge, dass im Scheidungsfall rückwirkend kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann. Immerhin relativierte das Bundesgericht in einem neueren Fall seine Rechtsprechung. Demzufolge ist es nicht unhaltbar, einem Rentenschuldner, der freiwillig sein Einkommen vermindert, obwohl er weiss oder wissen muss, dass ihm die Bestreitung von Un-

- 21 - terhaltungspflichten obliegt, rückwirkend auf den Tag der Einkommensverminderung das bisher erzielte Einkommen anzurechnen (unpubl. Erw. 6.2 von BGE 137 III 614 = BGer 5A_317/2011). 3.10.4 Es gilt jedoch zu beachten, dass der vorliegende Fall besonders gelagert ist. Es entspricht der üblichen Gerichtspraxis, dass der Beginn der nahehelichen Unterhaltungspflicht (Art. 126 ZGB) auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Rentenurteils festgesetzt wird (BGer 5A_589/2009 Erw. 4.3; 5A_732/2012 Erw. 3.2). Freilich steht es dem Sachrichter frei, dem Pflichtigen rückwirkend auf den Zeitpunkt des Eintritts der Teilrechtskraft eine naheheliche Unterhaltungspflicht aufzuerlegen, und zwar unabhängig davon, ob für die Zeit nach Eintritt der Teilrechtskraft schon gestützt auf einen Massnahmeentscheid eine Unterhaltungspflicht besteht. Im Falle einer vorsorglichen Regelung gilt, dass erstens Unterhaltsbeiträge, die der Pflichtige aufgrund eines Massnahmeentscheids bezahlt hat, auf den im Rentenurteil festgelegten Unterhalt angerechnet werden können und zweitens zu viel bezahlter vorsorglicher Unterhalt nicht mehr zurückbezahlt werden muss (BGE 128 III 123 mit Verweis auf Amtl. Bull SR 1996 S. 766: Votum SR Beerli). Dies bedeutet im Ergebnis, dass bis zur Rechtskraft des Rentenurteils mindestens der im Massnahmeentscheid festgelegte Unterhaltsbeitrag zu bezahlen ist; übersteigt der naheheliche Unterhaltsbeitrag den vorsorglichen Beitrag, ist die Differenz zusätzlich zu leisten. Vorsorgliche Unterhaltsbeiträge sind demnach keine Akontobeiträge, über die im Scheidungsurteil abzurechnen wäre. Die Abänderung der vorsorglichen Unterhaltsregelung mit rückwirkender Kraft im Endentscheid des

Scheidungsrichters ist daher unzulässig (BK-Bühler/Spühler, N 445 zu Art. 145 ZGB, S. 333; vgl. auch BGer 5A_732/2012 Erw. 3.1 mit Verweis auf BGE 134 III 426, 431 f.).
3.10.5 Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsteller trotz laufender persönlicher Unterhaltsverpflichtung von Fr. 1'000.– zu nahehelichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 347.15 ab 1. Februar 2008. Eine Abänderung (Herabsetzung/Aufhebung) der mit Verfügung vom 7. August 2002 festgelegten (vorsorglichen) Unterhaltsbeiträge erfolgte dabei nicht. Der Gesuchsteller übersieht, dass er gemäss den obgenannten Grundsätzen so oder anders zur Bezahlung eines Unterhalts-

- 22 - beitrags an die Gesuchstellerin von Fr. 1'000.– bis zur Rechtskraft des Rentenurteils verpflichtet bleibt: Ohne rückwirkende Festsetzung einer nahehelichen Unterhaltspflicht gilt der vorsorglich festgelegte Betrag bis zur Rechtskraft des Rentenurteils. Wird demgegenüber der Beginn der nahehelichen Unterhaltspflicht an den Zeitpunkt des Beginns der Teilrechtskraft geknüpft, ist der im Rentenurteil festgelegte Betrag zu leisten (wobei vorsorglich bezahlter Unterhalt anzurechnen ist), mindestens aber der vorsorglich festgesetzte Betrag, weil der durch den Eheschutz- oder Massnahmerichter auf dieser Grundlage zugesprochene Beitrag auf keinem Fall mehr zurückzuzahlen ist (Amtl. Bull. SR 1996, S. 766). Dem Gesuchsteller war denn auch bereits mit Beschluss der Kammer vom 1. April 2008 entschieden worden, bis zum Entscheid der Berufungsinstanz gelte die Regelung gemäss Entscheid des Eheschutzrichters des Kantonsgerichts Schaffhausen vom

E. 3.11

Der Gesuchsteller beanstandet weiter eine unrichtige Ermittlung des Einkommens der Gesuchstellerin.

E. 3.11.1

Die Gesuchstellerin ist selbständig im Bereich der Partnervermittlung tätig und betreibt die Partnerwahlagentur "O._____". Die Vorinstanz rechnete ihr bis Juni 2013 ein (selbst deklariertes) Einkommen von Fr. 2'000.– an und führte aus, damit habe die Gesuchstellerin ihre Erwerbspflicht von 50% mehr als erfüllt (Urk. 247 S. 59). Die Behauptung des Gesuchstellers, die Gesuchstellerin könne ein Erwerbseinkommen von mindestens Fr. 3'500.– erzielen, hielt die Vorinstanz nach Durchführung eines Beweisverfahrens für nicht erwiesen. Sie würdigte dabei insbesondere eigene Angaben/Aufstellungen der Gesuchstellerin, Belege ihrer Bank- und Postkonti (insbesondere der Jahre 2008 und 2009) sowie die Ergebnisse des gegen die Gesuchstellerin wegen Sozialhilfebetrugs geführten polizeilichen Ermittlungsverfahrens (Urk. 247 S. 59 ff.).

E. 3.11.2

Der Gesuchsteller ist der Auffassung, die Vorinstanz hätte der Gesuchstellerin nicht bloss ein Einkommen von Fr. 2'000.– anrechnen dürfen. Das Strafverfahren habe gezeigt, dass sie über deutlich höhere liquide Mittel verfüge. Aus ihren Äusserungen vor Obergericht (im ersten Berufungsverfahren) könne abgeleitet werden, dass sie mit ihrem Einkommen ihren Bedarf und den Bedarf von C._____ zu decken vermöge. Anlässlich ihrer persönlichen Befragung vom

E. 3.11.3

Die Vorinstanz hat für die Zeit, in welcher die Gesuchstellerin (z.T. missbräuchlich; Urk. 188) Sozialhilfe bezog (1. August 2004 bis 31. August 2004, 25. Februar 2005 bis Juli 2007), Bruttoeinkünfte von total Fr. 66'236.– oder Fr. 2'284.– pro Monat bzw.

Nettoeinkünfte von Fr. 1'445.– pro Monat ermittelt. Die Behauptung des Gesuchstellers, die Akten würden zeigen, dass die Gesuchstellerin erheblich mehr Einkünfte erziele, als sie gegenüber dem Gericht anerkannt habe, dies habe das Strafverfahren ergeben, hielt sie daher für unzutreffend und durch nichts belegt (Urk. 247 S. 62 f.). In der Berufungsschrift verweist der Gesuchsteller wiederum pauschal auf "das Strafverfahren" (Urk. 246 S. 18). Er zeigt indes nicht auf, aus welchen genau bezeichneten Aktenstellen sich ergibt, dass die Gesuchstellerin ein höheres durchschnittliches Einkommen erzielt. Die Berufung ist in diesem Punkt unsubstanziert und daher unbegründet.

E. 3.11.4

Vor der Berufungsinstanz antwortete die Gesuchstellerin am 2. Juli 2008 auf die Frage, ob sie von der Partnervermittlung leben könne, es sei knapp, weshalb sie dieses Jahr ein Darlehen habe aufnehmen müssen. Sie probiere so durchzukommen; sie habe gar keine andere Möglichkeit (Urk. 94 Prot. S. 20). Es trifft bereits nicht zu, dass dieses Darlehen (von Fr. 95'000.–) der Gesuchstellerin ausschliesslich zum Aufbau ihres Geschäftes diene, wie der Gesuchsteller glauben machen will (Urk. 246 S. 18). Die Gesuchstellerin hat vielmehr erklärt, sie habe damit ihre Homepage und zum Teil auch ihren Lebensunterhalt finanziert, da der Gesuchsteller keine Unterhaltsbeiträge bezahlt habe und sie von dem wenigen Geld, das ihr die Sozialhilfe bevorschusst habe, nicht leben können (Urk. 94 Prot. S. 24). Wenn der Gesuchsteller hernach die Auffassung vertritt, danach habe die Gesuchstellerin kein Darlehen mehr aufnehmen müssen und wie erhofft mit ihrem Einkommen und den Kinderzulagen ihren Notbedarf und denjenigen ihres Sohnes decken können, kann daran nur richtig sein, dass die Gesuchstellerin und ihr Sohn irgendwie gelebt haben. Ob ihr Einkommen ausreichte, um den vom Gericht ermittelten Notbedarf zu finanzieren, ist keinesfalls erstellt, zumal die Gesuchstellerin zu Beginn der Befragung zu Protokoll gab, sie verdiene mit der Partnervermittlung rund Fr. 2'000.– pro Monat (Urk. 94 Prot. S. 17). Auch nahm die Gesuchstellerin im Jahre 2009 wiederum ein Darlehen auf (Urk. 141/1).

- 27 -

E. 3.11.5

Auf die Frage, welche Einkünfte sie mit ihrer Erwerbstätigkeit aktuell erziele, erklärte die Gesuchstellerin in der Befragung vom 10. September 2010: "Das ist von Monat zu Monat verschieden, da ich kein fixes Einkommen habe. Ich verdiene z.B. Fr. 3'000.– im Monat. Verändert hat sich nichts." (Prot. I S. 22). Auch daraus kann nicht abgeleitet werden, die Gesuchstellerin verdiene durchschnittlich mehr als Fr. 2'000.– pro Monat, schwanken die Einkünfte der Gesuchstellerin doch erheblich, was auch die Vorinstanz erkannt hat, indem sie der vom Gesuchsteller zum Beweis angerufenen "Aufstellung" – trotz Monaten mit Einkünften von deutlich über Fr. 2'000.– – Nettoeinnahmen von durchschnittlich Fr. 2'000.– pro Monat aus Partnervermittlungstätigkeit (2008) entnommen hat (Urk. 247 S. 60; Urk. 112 S. 6, Urk. 113/7). Mit Eingabe vom 8. Juni 2012 hat die Gesuchstellerin der Vorinstanz denn auch eine Aufstellung ihrer Einnahmen und Ausgaben des Jahres 2011 eingereicht, woraus sich ein durchschnittliches monatliches Einkommen von lediglich Fr. 1'485.– ergibt (Urk. 228 S. 5, Urk. 229 [letztes Blatt]). Die Vorinstanz hat den Gesuchsteller über diese aktuellsten Angaben vor Urteilsfällung – obwohl sie im Urteil darauf verwies (Urk. 247 S. 59) – zwar nicht mehr orientiert. Sie hat dem Gesuchsteller die Eingabe vom 8. Juni 2012 aber zusammen mit ihrem Urteil zugestellt (Urk. 241). In der Berufungsschrift wurden

zu diesen neuesten Einkommensangaben der Gesuchstellerin keinerlei Gegenbemerkungen angebracht. Aus der persönlichen Befragung kann daher im Gesamtzusammenhang nicht abgeleitet werden, die Gesuchstellerin habe ein höheres als das ihr von der Vorinstanz angerechnete Einkommen zugestanden. Angesichts der Unterdeckung müsste die Gesuchstellerin – bei Kinderzulagen von Fr. 200.– – ohnehin mehr als Fr. 2'900.– verdienen, damit die Unterhaltsbelastung des Gesuchstellers (bis und mit Juni 2013) gesenkt werden könnte (Fr. 4'295.10 - Fr. 3'397.15). Ab Mitte 2013 ist die Gesuchstellerin ohnehin gehalten, mehr als Fr. 3'000.– zu verdienen (Urk. 247 S. 59, S. 70). Weitere Kritik gegen die vorinstanzliche Beweiswürdigung trägt der Gesuchsteller nicht vor.

E. 3.12

Der Gesuchsteller beanstandet schliesslich eine unrichtige Ermittlung des Bedarfs der Gesuchstellerin.

- 28 -

E. 3.12.1

Die Vorinstanz habe – so der Gesuchsteller – der Gesuchstellerin Krankenkassenprämien angerechnet, die so weder anerkannt noch ausgewiesen seien. Daneben habe die Vorinstanz der Gesuchstellerin keine individuellen Prämienverbilligungen angerechnet, obwohl sie an der persönlichen Befragung vom

E. 3.12.2

Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Gesuchstellerin persönlich für die Krankenkasse Fr. 300.– zubilligte, nachdem die Monatsprämie im Jahre 2005 bereits Fr. 295.80 betrug (Urk. 19/10). Indes weist der Gesuchsteller zu Recht darauf hin, dass die Gesuchstellerin einräumte, sie erhalte jetzt eine Prämienverbilligung (Prot. I S. 23). Der Gesuchsteller schwieg sich darüber aus, wie die Verbilligung zu Buche schlägt. Immerhin sagte die Gesuchstellerin selbst aus, sie bezahle Fr. 200.– für sich und C. _____ (Prot. I S. 23). Da sich der ungedeckte Bedarf der Gesuchstellerin samt C. _____ auf Fr. 2'295.10 beläuft, bleibt das Versehen der Vorinstanz ohne Auswirkungen auf die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers.

E. 3.13

Nach dem Darlegten ist der Berufung auch kein Erfolg beschieden, soweit sie gegen die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers gerichtet ist. Sie ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. III. 1. Da der Gesuchsteller mit seinen Berufungsanträgen nicht durchdringt, besteht kein Anlass, die Gerichtskosten der Vorinstanz anders zu verlegen. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Dispositiv Ziffer 7 bis 10) ist daher zu bestätigen. 2. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller für das Berufungsverfahren kostenpflichtig. Da sich die Berufung von allem Anfang an als aussichtslos erweist, ist sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen. Der Gesuchstellerin ist demgegenüber antragsgemäss die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren; zu ihrem unentgeltlichen Rechtsvertreter ist Rechtsanwalt Y. _____ zu bestellen. Ent-

- 29 - sprechend hat der Gesuchsteller die Gesuchstellerin für die Durchsicht der Berufung und die Eingabe vom 14. Dezember 2012 (Urk. 252) mit Fr. 300.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu entschädigen. Die Entschädigung ist nicht ohne weiteres einbringlich (Urk. 250/2, Urk. 250/10). Sie wird dem Rechtsvertreter der Gesuchstellerin direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhältliche Prozessentschädigung geht

im Umfange von Fr. 324.– auf die Gerichtskasse über (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Der Kindesvertreterin ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden. Es wird erkannt:

E. 4

Mit Urteil vom 23. August 2012 entschied die Vorinstanz nach Durchführung eines Beweisverfahrens – in dessen Rahmen der Gesuchsteller einer internistischen und orthopädischen Begutachtung unterzogen und ein kinderpsychiatrisches Gutachten eingeholt wurde – erneut über die noch strittigen Nebenfolgen. Das Kind C._____ wurde unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin gestellt. Dem Gesuchsteller wurde ein Besuchsrecht an jedem zweiten Sonntag von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr sowie an den dazwischenliegenden Wochenenden jeweils am Freitagnachmittag nach Schulschluss bis 20.00 Uhr eingeräumt. Zur Unterstützung der Eltern und zur Bewältigung der Besuche wurde eine Beistandschaft angeordnet. Der Gesuchsteller wurde verpflichtet, für C._____ ab Rechtskraft des Scheidungsurteils einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 850.– (bis Juni 2013) bzw. Fr. 950.– (ab Juli 2013) zu bezahlen. Die monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich wurden mit Wirkung ab Februar 2008 auf Fr. 347.15 festgesetzt und bis Juni 2013 befristet (Urk. 240 = Urk. 247).

E. 5

a) Mit seiner rechtzeitig eingereichten Berufung vom 10. Oktober 2012 (Urk. 246) verlangt der Gesuchsteller – ein Besuchsrecht am 1., 3. und 5. Wochenende jeden Monats (von Samstag, 9.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr), ein Feiertags- und ein Ferienbesuchsrecht (von zwei Wochen)

- 7 - - eine Befreiung von jeglichen Unterhaltszahlungen an die Gesuchstellerin persönlich, rückwirkend ab Februar 2008 - eine Befreiung von jeglichen Unterhaltszahlungen für C._____, rückwirkend ab Februar 2008 - eine Belastung der Gesuchstellerin mit 2/3 der Gerichtskosten. Prozessual beantragte der Gesuchsteller die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren. Er habe – so der Gesuchsteller – im Jahre 2011 ein durchschnittliches monatliches Einkommen von Fr. 2'221.90 (inkl. Fr. 200.– Kinderzulagen) und im Jahre 2012 (Januar bis September) ein solches von Fr. 1'473.10 (inkl. Fr. 200.– Kinderzulagen) erzielt. Damit gelinge es ihm nicht einmal, seinen von der Vorinstanz auf Fr. 2'802.– bemessenen Notbedarf zu decken, weshalb er immer wieder auf die Hilfe von Drittpersonen angewiesen sei (Urk. 246 S. 5 f.). b) Die Gesuchstellerin hielt in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2012 auf Abweisung des Armenrechtsgesuchs und ersuchte ihrerseits um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 252). Die Kindesvertreterin liess sich nicht vernehmen. II.

E. 7

August 2002 (Urk. 94/114 S. 5). 3.10.6 Die Vorinstanz ging jedoch – obwohl sie die materiellen Voraussetzungen für eine Änderung der vorsorglichen Unterhaltspflicht als nicht gegeben erachtete (Urk. 247 S. 72) – davon aus, ihre Vorgehensweise führe zu einer Reduktion der Unterhaltsbelastung des Gesuchstellers per 1. Februar 2008. Dieser Umstand hilft dem Gesuchsteller jedoch nicht. Ohne eine Änderung des Entscheids des Eheschutzrichters lässt sich eine solche Reduktion nicht bewerkstelligen. Selbst wenn Dispositiv Ziffer 5 des angefochtenen Urteils insoweit geändert würde, als rückwirkend kein nachehelicher Unterhalt zugesprochen würde, bliebe die vorsorgliche Unterhaltsregelung gemäss Verfügung vom 7. August 2002 bis zur Rechtskraft des

Rentenurteils bestehen und der Gesuchsteller demgemäss verpflichtet, der Gesuchstellerin bis zu jenem Zeitpunkt Fr. 1'000.– pro Monat zu bezahlen. 3.10.7 Der Berufungsantrag des Gesuchstellers ist nicht nur auf die (ersatzlose) Aufhebung der nachehelichen Unterhaltspflicht sondern auch auf die vollumfängliche Befreiung von jeglichen Unterhaltszahlungen an die Gesuchstellerin ab Februar 2008 gerichtet. Eine Abänderung des Eheschutzentscheides durch die Berufungsinstanz wurde vom Gesuchsteller indes nicht explizit verlangt und ist von Amtes wegen nicht angezeigt. Zwar überlegte die Vorinstanz, ob der Ge-

- 23 - suchsteller mit der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 20. Oktober 2011 ein vorsorgliches Abänderungsbegehren gestellt hatte (Urk. 247 S. 71). In der Folge sah sie aber von einer Abänderung der Verfügung vom 7. August 2002 ab. Der Gesuchsteller macht in der Berufung nicht geltend, die Vorinstanz habe es zu Unrecht unterlassen, die eheschutzrichterliche Regelung abzuändern. Er ist vielmehr der irrigen Auffassung, eine Aufhebung der vorsorglichen Unterhaltspflicht per Februar 2008 könne mit der von ihm gewünschten Abänderung von Dispositiv Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils herbeigeführt werden. 3.10.8 Vorliegend bestand für die Vorinstanz kein Anlass, von der üblichen Gerichtspraxis abzuweichen und rückwirkend einen nachehelichen Unterhaltsbeitrag festzulegen, der betragsmässig hinter dem vorsorglich geschuldeten Unterhaltsbeitrag zurückbleibt. Vielmehr wäre es angezeigt gewesen, den nachehelichen Unterhalt ausschliesslich ab Rechtskraft des Rentenurteils zu regeln. Andererseits ist festzustellen, dass der Gesuchsteller durch die Verpflichtung, der Gesuchstellerin ab Februar 2008 bis zur Rechtskraft des Rentenurteils nachehelichen Unterhalt von Fr. 347.15 pro Monat zu bezahlen, nicht (zusätzlich) beschwert wird, da er bereits durch den eheschutzrichterlichen Entscheid verpflichtet ist, Fr. 1'000.– pro Monat zu leisten. Kumulativ kann der Gesuchsteller nicht in Anspruch genommen werden, da vorsorglich bezahlte Unterhaltsbeiträge auf die nacheheliche Rentenpflicht anzurechnen sind. Hingegen hat die Vorinstanz zu Recht keine Abänderung der eheschutzrichterlichen Regelung vorgenommen, da eine solche vom Gesuchsteller nie ausdrücklich verlangt worden ist. In der Stellungnahme zum Beweisergebnis vom 20. Oktober 2011 wies der Gesuchsteller zwar darauf hin, er halte an seinen Anträgen gemäss Berufungseingabe vom 4. Juli 2007 vollumfänglich fest (Urk. 213 S. 2). In jener Eingabe hatte der Gesuchsteller den rückwirkenden Antrag auf Abänderung der Unterhaltsbeiträge per 1. Juli 2006 gestellt, gleichzeitig jedoch keinen Zweifel daran gelassen, dass er diesen Antrag als eigentlichen Berufungsantrag auffasste, der gestützt auf Art. 138 aZGB noch hätte zugelassen werden müssen (Urk. 94/102 S. 2 und S. 14). Die Berufungsinstanz fasste dieses Begehren im ersten Berufungsverfahren denn auch nicht als Massnahmebegehren auf, taxierte dieses vielmehr als unzulässigen neuen Berufungsantrag, entzog dem Gesuchsteller diesbezüglich

- 24 - das Armenrecht und erwog, bis zum Entscheid der Berufungsinstanz gelte damit die Regelung gemäss Entscheid des Eheschutzrichters (Urk. 94/114 S. 5). Der Gesuchsteller hat – wie bereits erwähnt – in der (zweiten) Berufung nicht vorgebracht, die Vor- oder die Berufungsinstanz hätten bei ihnen gestellte Massnahmebegehren nicht behandelt. Die vom Gesuchsteller beantragte vollumfängliche rückwirkende Befreiung von Unterhaltsleistungen im Scheidungsurteil (vgl. den Berufungsantrag) ist über die Regelung des nachehelichen Unterhalts nicht möglich. An der (ersatzlosen) Aufhebung von Dispositiv Ziffer 5 hat der Gesuchsteller wiederum kein Rechtsschutzinteresse, da er durch die rückwirkende Zusage nachehelicher Unterhaltsbeiträge nicht zusätzlich

(über die Fr. 1'000.– pro Monat hinaus) belastet wird. 3.10.9 Gleichermassen soll laut Berufungsantrag die Unterhaltspflicht gegenüber C._____ rückwirkend und vollständig per Februar 2008 beseitigt werden. Auch die Unterhaltspflicht gegenüber C._____ wurde und wird durch die Verfügung des Eheschutzrichters geregelt. Darin war der Gesuchsteller zu einem Unterhaltsbeitrag von Fr. 750.– pro Monat verpflichtet worden. Art. 137 Abs. 2 aZGB und Art. 276 Abs. 3 ZPO über die Weitergeltung vorsorglicher Massnahmen gelten ebenso für den Kindesunterhalt. Auch in dieser Hinsicht beantragt der Gesuchsteller weder eine Abänderung dieser Verfügung, noch rügt er, diesbezügliche frühere Begehren seien unbehandelt geblieben. Auch bei den Kinderunterhaltsbeträgen entspricht es der Gerichtspraxis, dass der Beginn der Unterhaltspflicht auf den Zeitpunkt der Rechtskraft des Rentenurteils festgesetzt wird, zumal wenn – wie hier – eine vorsorgliche Regelung besteht. Der Vorinstanz kann kein Fehler vorgeworfen werden, wenn sie den Kinderunterhalt ab Rechtskraft des Rentenurteils regelte. Dem rechtskundig vertretenen Gesuchsteller wäre es auch hier frei gestanden, jederzeit einen Antrag um Abänderung der Verfügung des Eheschutzrichters in das vorinstanzliche Verfahren einzubringen. Dieses Ver säumnis lässt sich durch die Anfechtung des Scheidungsurteils nicht mehr beheben. Der Gesuchsteller versucht auch hier vergeblich, im ordentlichen Verfahren die rückwirkende Abänderung eines Summarentscheidendes zu erreichen.

- 25 - 3.10.10 Soweit die Berufung gegen die rückwirkende Anrechnung eines Einkommens von Fr. 4'000.– und einer Prämienverbilligung gerichtet ist und auf eine rückwirkende Befreiung von jeglicher Unterhaltspflicht abzielt, fehlt es an einer Beschwerde bzw. an einem Rechtsschutzinteresse des Gesuchstellers, weshalb auf die Berufung insoweit nicht einzutreten ist (Reetz, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, ZPO Komm., N 30 der Vorbem. zu Art. 308-318).

E. 10

September 2010 deren Erhalt selbst bestätigt habe (Urk. 246 S. 19).

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