

ZH_OBERGERICHT LE120003 vom 2. Mai 2013

ZH Obergericht, 2013-05-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120003

FR: ZH_OBERGERICHT LE120003 du 2 mai 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LE120003 del 2 maggio 2013

Erwägungen

E. 1

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Da die Vorinstanz ihren Entscheid am 19. Dezember 2011 gefällt und den Parteien anschliessend versandt hat, untersteht das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht der Schweizerischen Zivilprozessordnung (vgl. Art. 404 ZPO). Die Vorinstanz hatte dagegen noch die Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) und des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH) anzuwenden. Die Prüfung von prozessualen Fragen des erstinstanzlichen Verfahrens hat ebenfalls nach dem früheren Prozessrecht zu erfolgen. Die Berufung nach Schweizerischer Zivilprozessordnung hemmt die

- 8 - Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 1 (Vormerknahme Getrenntleben) und 5 (Zuteilung der ehelichen Wohnung) sowie die Dispositiv-Ziffern 9 bis 12 (Abweisung Antrag um Anordnung eines Kontakt- und Rayonverbots; Kosten- und Entschädigungsfolgen) blieben im Berufungsverfahren unangefochten. Es ist daher vorzumerken, dass die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 19. Dezember 2011 in diesem Umfang in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 2

Die Sache betrifft Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB und dabei insbesondere die Zuteilung der Obhut über die gemeinsamen Kinder, die Regelung des Besuchsrechts und die Anordnung einer Beistandschaft sowie die Festlegung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge. Im Eheschutzverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Soweit in familienrechtlichen Angelegenheiten Kinderbelange zu regeln sind, gilt gemäss Art. 296 ZPO zudem der uneingeschränkte Untersuchungs- und Offizialgrundsatz. Nach Art. 296 Abs. 3 ZPO entscheidet das Gericht in diesem Bereich ohne Bindung an die Parteianträge. Während das Gericht hinsichtlich der Kinderbelange gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO den Sachverhalt sodann von Amtes wegen erforscht, die Untersuchungsmaxime somit nicht eingeschränkt ist, ist sie in den übrigen Punkten des Eheschutzes als eine eingeschränkte ausgestaltet. Sie greift nur zum Ausgleich eines allfälligen Machtgefälles zwischen den Parteien, weshalb sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhaltes wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat (vgl. Sutter-Somm/Lazic, in:

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 12 ff. zu Art. 272 ZPO). Die Festlegung der zwischen den Parteien persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge unterliegt schliesslich der Dispositionsmaxime. Dieser Verfahrensgrundsatz bedeutet, dass

die Parteien über den Streitgegenstand verfügen können und das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO; vgl. Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 6 ff. zu Art. 58 ZPO).

E. 2.1

Derjenige Elternteil, dem die Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Dieser Anspruch steht den Eltern um ihrer Persönlichkeit willen zu (BGE 122 III 406 E. 3a; BGE 119 II 204 E. 3). Der persönliche Verkehr dient in

- 17 - erster Linie dem Interesse des Kindes. Es handelt sich dabei für das Kind und den nicht obhutsberechtigten Elternteil um ein höchstpersönliches Recht des Bundesprivatrechts mit dem Schutz höher geordneter Normen (Art. 8 EMRK und Art. 9 der UN-Kinderrechtskonvention). Die Bemessung des Besuchsrechts hat aufgrund der konkreten Umstände zu erfolgen und auf die Bedürfnisse und Interessen des Kindes sowie die Bedürfnisse und Möglichkeiten beider Eltern Rücksicht zu nehmen. Es gilt somit Alter, körperliche und geistige Gesundheit, Freizeitinteressen sowie Einstellung des Kindes gegenüber dem nicht obhutsberechtigten Elternteil zu berücksichtigen. Massgebend sind sodann auf Seiten des besuchsberechtigten Persönlichkeit, Wohnort, Freizeit, Umgebung und Beziehung zum Kind (vgl. Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, N 105 zu Art. 176 ZGB; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. Aufl., Bern 1999, Rz. 19.09; BGE 122 III 404 ff.). Es ist allgemein anerkannt, dass aufgrund des schicksalhaften Kind-Eltern-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. Bei der Festsetzung des Besuchsrechts geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern darum, den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln. Dem Gericht steht dabei ein grosser Ermessensspielraum zu (Art. 4 ZGB; BGE 122 III 404 E. 3a mit Hinweisen; ZR 103 [2004] Nr. 35).

E. 2.2

Als oberste Richtschnur für die Gewährung, den Umfang und die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt stets das Kindeswohl (BGE 130 III 588 f. E. 2.2.1; BGE 131 III 212 E. 5; BGer vom 7. April 2005, 5C.243/2005 E. 4.2, publiziert in: FamPra.ch 2006 S. 760). Wird das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet, üben die Eltern ihn pflichtwidrig aus, haben sie sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert oder liegen andere wichtige Gründe vor, so kann ihnen das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB). Das Wohl des Kindes ist nach der Praxis des Bundesgerichts gefährdet, wenn seine ungestörte körperliche, seelische oder sittliche Entfaltung auch nur durch ein begrenztes Zusammensein mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil bedroht ist (vgl. BGE 122 III 407 E. 3b). Ein begleitetes Besuchsrecht ist insbesondere indiziert bei Verdacht auf sexuelle Übergriffe, Gewaltanwendungen,

- 18 - Entführungsfahr, Suchtabhängigkeit oder psychische Erkrankung, negative Beeinflussung des Kindes, Überforderungen und Ängste des Kindes sowie bei stark gestörtem Verhältnis unter den Eltern. Das begleitete Besuchsrecht als solches muss verhältnismässig sein (BSK ZGB I-Schwenzer, N 26 zu Art. 273 ZGB mit weiteren Hinweisen). Die

Anordnung eines begleiteten 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 zuzulassen. Denn ein Besuch unter Aufsicht einer Begleitperson hat nicht denselben Wert wie ein unbegleiteter, der in der Regel ungezwungener erfolgt. Sodann führt namentlich die gegen den Willen des berechtigten Elternteils angeordnete Begleitung nicht selten zu einer Verbitterung des Berechtigten, wodurch wiederum die reibungslose Abwicklung des Besuchsrechts und damit dieses selbst in Frage gestellt wird. Daher ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Anordnung dieser Massnahme angebracht. Jedenfalls darf die Eingriffsschwelle beim begleiteten Besuchsrecht nicht tiefer angesetzt werden, als wenn es um die Verweigerung oder den Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr überhaupt ginge. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass im letzteren Fall der Grund, der eine Gefahr für das Kindeswohl befürchten lässt, derart ist, dass die Gefährdung weder durch die Anordnung einer Begleitung noch durch andere Massnahmen (beispielsweise eine Weisung) ausgeschlossen werden kann. Das begleitete Besuchsrecht ist als Alternative zur Verweigerung des Besuchsrechts zu verstehen und nicht als solche zum ordentlichen, unbegleiteten Besuchsrecht (FamKomm Scheidung-Büchler/Wirz, N 21 zu Art. 274 ZGB).

E. 3

Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die für Kinderbelange geltende *Offizialmaxime* (Art. 296 Abs. 1 ZPO) gebietet den Gerichten, neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung und in allen Instanzen zu berücksichtigen (Schweighauser, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 22 zu Art. 296 ZPO; van de Graaf, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 4 zu Art. 296 ZPO). In Bezug auf diejenigen Streitgegenstände, die nicht im Zusammenhang mit der Gestaltung der Eltern- und Kindesrechte stehen, besteht im Berufungsverfahren demgegenüber kein über Art. 317 ZPO hinausgehendes Novenrecht, auch wenn Art. 272 ZPO dem Gericht die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen vorschreibt. Eine analoge (sinngemässe) Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, welcher das erstinstanzliche Verfahren betrifft, im Berufungsverfahren ist ausgeschlossen (vgl. BGE 138 III 626 f. E. 2.2). Vielmehr regelt Art. 317 Abs. 1 ZPO die Möglichkeiten der Parteien, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, abschliessend.

E. 3.1

Die Klägerin hat im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens beantragt, es sei dem Beklagten bis auf Weiteres kein Besuchsrecht zuzusprechen (Urk. 38 S. 6 f.). Zur Begründung hat sie ausgeführt, sie habe versucht, dem Beklagten ein gerichtsübliches Besuchsrecht zu gewähren, es habe aber in keiner Weise funktioniert. Sie mache sich grosse Sorgen über den Gemütszustand des Beklagten. Er habe in den letzten Jahren eine massive Wesensveränderung durchgemacht, konsumiere verschiedene Rauschmittel und Medikamente im Übermass. Zudem stalke, belästige, beleidige und bedrohe er sie und übe einen Telefonterror aus.

- 19 - Der Beklagte habe nicht nur kein Einfühlungsvermögen in sie, sondern auch nicht in die Kinder (Urk. 38 S. 6). Das vom KJPD erstattete Gutachten hat sich eingehend auch mit der Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit des Beklagten befasst. Die im vorliegenden Eheschutzverfahren von der Klägerin geschilderten Vorbehalte gegenüber dem Beklagten hat sie auch anlässlich ihrer Gespräche mit der Gutachterin geäußert (vgl. Urk. 69 S. 16 ff.). Die Gutachterin hielt fest, dass zwischen dem Beklagten und beiden Kindern eine emotionale Bindung bestehe. Der Beklagte habe durch sein beständiges Interesse nach Kontakt zu den beiden Kindern eindeutige Signale gesetzt, diese gerne zu haben (Urk. 69 S. 45 und S. 50). Hinsichtlich der Bedenken der Klägerin stellte die Gutachterin fest, dass es anamnestisch und bei der Exploration keine Anhaltspunkte für impulsiv-fremdgefährdende Handlungen von Seiten des Beklagten gebe (Urk. 69 S. 48). Die Gutachterin kam zum Ergebnis, dass der Beklagte grundsätzlich in der Lage wäre, die Betreuung der Kinder zu übernehmen (Urk. 69 S. 51). In Bezug auf ein Besuchsrecht für den nicht obhutsberechtigten Elternteil empfahl die Gutachterin, das seinerzeit begleitete Besuchsrecht beim Beklagten noch nicht vollumfänglich zu sistieren, sondern stufenweise abzubauen, wobei verschiedene Modalitäten aufgezeigt wurden. Ebenfalls empfahl die Gutachterin, dass die Beiständin mit der Zeit eine Ausdehnung des Besuchsrechts auf das ganze Wochenende initiieren sollte (Urk. 69 S. 52).

E. 3.2

Die Klägerin hat sich in ihrer vorinstanzlichen Stellungnahme dem Inhalt und den Schlussfolgerungen des Kindergutachtens angeschlossen (Urk. 76). Ausgehend von den stimmigen Ausführungen der Gutachterin ergeben sich weder aus der Person des Klägers noch aus seinem Bezug zu den Kindern gewichtige Anhaltspunkte, durch welche sich ein nur begleitetes Besuchsrecht rechtsgenüßlich begründen liesse. Dem Beklagten ist der Wille und die Fähigkeit zu attestieren, während den Besuchsaufenthalten kindsgerecht und verantwortungsvoll um C._____ und D._____ besorgt zu sein und mit ihnen einen angemessenen Umgang zu pflegen. Diese Einschätzung wird unterstützt durch die im Verlauf des vorliegenden Verfahrens vorgelegten Berichte der Beiständin H._____ und des Besuchsbegleiters G._____. Gemäss dem Bericht der Beiständin haben die Besuche der Kinder beim Beklagten von Oktober 2010 bis Ende Oktober 2012 mit

- 20 - einer Besuchsbegleitung stattgefunden. Die anfänglich kurzen Begegnungen seien im Verlauf der Zeit schrittweise auf mehrere Stunden ausgeweitet worden, wobei die Kinder die Besuche immer öfters alleine mit dem Vater verbracht hätten. Eine Besuchsbegleitung erscheint nach Auffassung der Beiständin nicht mehr sinnvoll, da der Beklagte sich gut um das Wohl der Kinder kümmere (Urk. 114). Auch die verschiedenen Berichte des Besuchsbegleiters G._____ weisen auf eine gelungene Kontaktherstellung hin. Bereits im Zwischenbericht vom 14. April 2011 wird festgehalten, die Kinder hätten während den Besuchen positiv auf den Vater reagiert, auch wenn C._____ sich zu Beginn manchmal noch schwer getan habe und D._____ am Anfang ziemlich distanziert gewesen sei (Urk. 116/2). Der Bericht vom 25. November 2011 enthält als Bewertung der in der Zwischenzeit erfolgten 14 Besuche die Feststellung, dass die Besuchsbegleitungen gut verlaufen seien. Ab August 2011 habe sich D._____ erstmals ganz unbeschwert benommen und sei auf den Vater losgerannt bei der Begrüssung (Urk. 116/4). Im Bericht vom 31. Mai 2012 schliesslich wird erwähnt, dass die Besuchsbegleitungen weiterhin gut verlaufen seien und ohne grosse Probleme auf acht Stunden Dauer hätten ausgebaut werden können. Abschliessend wird ausgeführt, die Kinder hätten sich an ihren Vater gewöhnt und einen

"guten Draht" zu ihm. Insbesondere der Kontakt zwischen D._____ und dem Beklagten sei viel besser geworden. Der Vater bemühe sich, Struktur und Abwechslung in die Unternehmungen der Kinder zu bringen (Urk. 116/6). Im Schlussbericht vom 27. Dezember 2012 wird von insgesamt drei Übernachtungen der Kinder beim Beklagten berichtet, während derer der Besuchsbegleiter während mehrerer Stunden anwesend gewesen sei und die abgesehen von einer Übergabe am nächsten Morgen positiv verlaufen seien (Urk. 110/3).

E. 3.3

Die soeben skizzierten Beobachtungen und Beurteilungen der Beiständin und des Besuchsbegleiters werden inhaltlich von keiner Seite beanstandet. Gestützt darauf ist davon auszugehen, dass im Laufe des Eheschutzprozesses eine tragfähige Beziehung zwischen den beiden Kindern und dem Beklagten aufgebaut werden konnte. Die Kinder konnten Vertrauen zu ihrem Vater gewinnen und haben ihre Zurückhaltung im persönlichen Umgang weitgehend abgelegt. Sollte das von der Vorinstanz angeordnete begleitete Besuchsrecht für einen begrenzt-

- 21 - ten Zeitraum allen Beteiligten und insbesondere den beiden Kindern Sicherheit bieten, erscheint diese Zielsetzung mittlerweile erreicht worden zu sein. Eine Begleitung des Besuchsrechts ist unter diesem Blickwinkel heute nicht mehr angezeigt. Dass aufgrund der gutachterlichen Ausführungen über die Einstellung des Beklagten und seinem Verhalten gegenüber beiden Kindern von einer intakten Erziehungs- und Betreuungsfähigkeit auszugehen ist, wurde bereits gesagt (vgl. Erwägung III./B.3.2 hiervor). Berechtigte Zweifel an der Betreuungseignung des Beklagten vermögen auch die von der Klägerin in ihrer Korrespondenz mit der Beiständin dargelegten Einzelereignisse (vgl. Urk. 113/1-10) nicht zu wecken. Die von der Klägerin angebrachten Vorbehalte beruhen einerseits auf blossen Behauptungen (Beeinflussung des Kindes C._____; ungesunde Ernährung der Kinder) und sind andererseits nicht solcher Natur, dass sie eine Beschränkung des persönlichen Kontakts zwischen den Kindern und dem Beklagten durch eine Besuchsbegleitung rechtfertigen könnten (unterschiedliche Auffassungen bezüglich Körperpflege oder Schlafenszeiten der Kinder; vereinzelt Nichteinhalten der Übergabezeiten oder vereinzelt nicht abgesprochene Besuche von C._____ in der Schule). Dass im Übrigen Kinder im Alter von C._____ und D._____, die von der Trennung der Eltern betroffen sind und die Spannungen zwischen ihnen wahrnehmen, nach Besuchstagen beim nicht obhutsberechtigten Elternteil mit gewissen Verhaltensauffälligkeiten oder psychosomatischen Beschwerden reagieren, entspricht (leider) einer Erfahrungstatsache und ist für sich genommen kein Anzeichen für einen nicht kindgerechten Umgang durch den Besuchsberechtigten oder eine defizitäre Vater-Kind-Beziehung. Nach dem Gesagten lassen weder ungünstige Eigenschaften oder das bisherige Verhalten des Beklagten eine Beeinträchtigung des Kindeswohls durch die Ausübung des persönlichen Verkehrs vermuten.

E. 3.4

Steht damit fest, dass dem Beklagten ein unbegleitetes Besuchsrecht gestattet werden kann, ist in einem letzten Schritt dessen nähere Ausgestaltung festzulegen. C._____ ist sieben Jahre alt und wurde im August 2012 eingeschult. D._____ wird im Juli 2013 vier Jahre alt und besucht seit rund einem Jahr die Spielgruppe. Bei Kindern im Vorschulalter sind Besuchskontakte in kleinerem zeitlichen Rahmen zu gewähren als bei älteren

Kindern. Die Gerichtspraxis tendiert

- 22 - bei Kleinkindern zu zwei halben Tagen pro Monat und bei Schulkindern zu einem Wochenende pro Monat und zu zwei bis drei Ferienwochen. Bei Kindern im Vorschulalter wird besonders auf Übernachtungen beim Besuchsberechtigten und damit auch auf ein Ferienbesuchsrecht regelmässig verzichtet (vgl. die Nachweise bei BSK ZGB I-Schwenzer, N 15 zu Art. 273 ZGB und bei FamKomm Scheidung-Büchler/Wirz, N 20 zu Art. 273 ZGB). Solche im Rechtsalltag häufig anzutreffende Besuchskonzepte geben eine Vorstellung davon, was sich im Allgemeinen bewährt hat, weshalb ihnen bei der Festlegung des Besuchsrechts auch eine gewisse Bedeutung zukommt. Vorliegend erscheint es angemessen, dem Kläger ein Besuchsrecht an zwei Tagen pro Monat einzuräumen. Eine solche Regelung trägt dem kindlichen Zeitgefühl insofern Rechnung, als die Trennung von der Hauptbezugsperson nicht allzu lange andauert und die Besuchszeiten nicht mehr als 14 Tage auseinander liegen. Ein zweimaliges Besuchsrecht von jeweils mehreren Stunden erlaubt es den Kindern und dem Beklagten sodann, eine adäquate Eltern-Kind-Beziehung zu pflegen. Die für den Konfliktfall zu treffende Besuchslösung ist für beide Kinder einheitlich auszugestalten. Insbesondere angesichts des Alters von D._____ ist einstweilen von der Einräumung eines Besuchsrechts für die Dauer eines ganzen Wochenendes abzusehen. Gegenüber dem Besuchsbegleiter hat sich D._____ offenbar auch wiederholt dahingehend geäußert, nicht über Nacht beim Vater bleiben zu wollen (Urk. 110/3 S. 2). Zu beachten ist ausserdem, dass das persönliche Verhältnis zwischen den Eltern nach wie vor getrübt ist und bislang Übernachtungen beider Kinder beim Beklagten lediglich einige wenige Male und in zuweilen grossen zeitlichen Abständen stattgefunden haben. Die in einem Eheschutzprozess getroffenen Besuchsrechtsregelungen sind aufgrund der summarischen Natur des Verfahrens leichter abzuändern und Veränderungen können besser aufgefangen werden als im Falle einer Scheidung (Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 104 zu Art. 176 ZGB). Durch die vorerst nur tagesweise durchzuführenden Besuchskontakte soll C._____ und D._____ ermöglicht werden, die für ein unbeschwertes Erleben der Besuche notwendige Sicherheit im Verhältnis zu ihrem Vater zu festigen.

E. 4

Zusammenfassend ist der Beklagte für berechtigt zu erklären, die Kinder C._____ und D._____ an jedem zweiten Sonntag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr

- 23 - unbegleitet auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Es ist indessen bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass ein solch minimales Besuchsrecht längerfristig zur Pflege einer angemessenen Eltern-Kind-Beziehung nicht ausreicht und dieses bei einer weiterhin positiven Entwicklung später ausgedehnt werden muss. Angesichts der problematischen Familiensituation und im Hinblick auf allfällige von den Kindern bekundete Umstellungsschwierigkeiten ist darauf zu verzichten, im vorliegenden Entscheid einen festen Rahmen zur Erweiterung des Besuchsrechts vorzugeben (vgl. nachstehende Erwägung III./C). Es bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin die im vorliegenden Entscheid getroffene Besuchsrechtsregelung nicht einhalten wird, weshalb entgegen dem Antrag des Beklagten (Urk. 122) davon abzusehen ist, sie unter "geeigneter Androhung" im Unterlassungsfall dazu anzuhalten, ihren sich ohnehin schon aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtungen betreffend die Ausübung des Besuchsrechts (vgl. Art. 274 ZGB) nachzukommen. C. Beistandschaft Erfordern es die Verhältnisse, so ernennt die Vormundschaftsbehörde dem Kind einen Beistand, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt (Art. 308 Abs. 1 ZGB). Eine

wichtige Befugnis, die dem Erziehungsbeistand übertragen werden kann, bildet die Überwachung des persönlichen Verkehrs, welche Möglichkeit in Art. 308 Abs. 2 ZGB ausdrücklich vorgesehen ist. Die von der Vorinstanz verfügte Weiterführung der im letztgenannten Sinne errichteten Beistandschaft ist im Berufungsverfahren mit Ausnahme der bereits behandelten zeitlichen Befristung der Besuchsbegleitung unangefochten geblieben. Durch die Akten ist hinlänglich belegt, dass die persönliche Beziehung zwischen den Parteien unverändert zerrüttet ist und nach wie vor durch ein erhebliches Konfliktpotential belastet wird. Es muss davon ausgegangen werden, dass die Parteien weiterhin nicht vorbehaltlos in der Lage sind, das Besuchsrecht ohne Streitigkeiten abzuwickeln. Um den im Umfeld des Besuchsrechts zu erwartenden Auseinandersetzungen zu begegnen, ist die bestehende Beistandschaft weiterzuführen. Der Aufgabenkatalog der Beiständin ist insoweit zu modifizieren, als dem Be-

- 24 - klagten mit dem vorliegenden Entscheid ein unbegleitetes Besuchsrecht eingeräumt wird. Der Beiständin sind nunmehr die folgenden Aufgaben zu übertragen: - die erforderlichen Besuchsrechtsmodalitäten zu regeln und die Durchführung des Besuchsrechts sicherzustellen; - die Eltern bei der Ausübung des Besuchsrechts unterstützend zu begleiten und als Anlaufstelle zu wirken bei Schwierigkeiten mit der Besuchsrechtsausübung; - darauf hinzuwirken, dass das Besuchsrecht später in einem gerichtlichen Umfang an jedem zweiten Wochenende (mit Übernachtung) und während zwei Wochen Ferien ausgeübt werden kann und die Eltern das Besuchsrecht später selbstständig wahrnehmen können. D. Unterhaltsbeiträge 1. Ist die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes begründet, so muss der Richter auf Begehren eines Ehegatten die Geldbeiträge festlegen, die der eine Ehegatte dem anderen schuldet (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Die Eltern haben sodann für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, wobei die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen inbegriffen sind. Besteht kein gemeinsamer Haushalt der Eltern, so hat derjenige Elternteil, dem die Obhut nicht zukommt, diesen Unterhalt mittels Geldzahlungen zu gewährleisten (Art. 276 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 176 Abs. 3 ZGB). Die Vorinstanz hat den geschuldeten Unterhalt im Ergebnis aufgrund der finanziellen Verhältnisse der Parteien anhand der einstufigen Berechnungsmethode ermittelt, indem sie die Mittel bestimmt hat, welche die Klägerin nach Abzug ihrer eigenen Einkünfte bedarf, um den erweiterten Bedarf der ihrer Obhut unterstellten Kinder und ihrer selbst zu decken. Die massgeblichen Lebenshaltungskosten der Klägerin bezifferte die Vorinstanz auf monatlich Fr. 7'610.– und rechnete ihr monatliche Einkünfte von Fr. 680.– im Jahre 2009 und von Fr. 800.– ab dem Jahre 2010 an, um daraus zu folgern, die Klägerin sei zur Deckung ihres Bedarfs auf Fr. 6'930.– im Jahre 2009 beziehungsweise auf Fr. 6'810.– ab 1. Januar 2010 angewiesen. Von diesem Ge-

- 25 - samtunterhaltsbeitrag wurde schliesslich ein einheitlicher Betrag von je Fr. 1'200.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen festgelegt, der an den Unterhalt der beiden Kinder zu bezahlen sei. Den Beginn der Unterhaltspflicht setzte die Vorinstanz auf den 1. Juli 2009 fest, wobei sie den Beklagten für berechtigt erklärte, von seiner Unterhaltspflicht die bisher an den Unterhalt der Klägerin und der Kinder geleisteten Zahlungen im Betrag von Fr. 58'204.50 in Abzug zu bringen (Urk. 92 S. 23 ff.). Der Beklagte beanstandet diese Unterhaltsberechnung in Bezug auf den Beginn der Unterhaltspflicht sowie in Bezug auf die Feststellungen zu seinem Einkommen und zu seinem Bedarf (Urk. 98 S. 7 ff.). 2. Der Beklagte wendet sich zunächst gegen die

rückwirkende Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen. Er macht geltend, im Anschluss an die Verhandlung vom 20. Mai 2009 hätten sich die Parteien unter Mitwirkung ihrer Vertreter auf einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'000.– für die Klägerin und die Kinder geeinigt. Auf diese Vereinbarung habe er sich verlassen, weshalb es willkürlich wäre, von ihm im Nachhinein höhere Unterhaltsbeiträge zu verlangen (Urk. 98 S. 7). Den vorinstanzlichen Akten lassen sich keine Hinweise auf eine Parteivereinbarung mit dem vom Beklagten beschriebenen Inhalt entnehmen. Es finden sich einzig mehrere Aktennotizen über die richterliche Nachfrage nach dem Stand von Vergleichsbemühungen zwischen den Parteien (Urk. 19-22). Mit Verfügung vom 13. Juli 2010 forderte die Vorinstanz die Parteien im Hinblick auf die Fortsetzung der Hauptverhandlung zur Einreichung von Unterlagen auf und wies in den Erwägungen darauf hin, dass die aussergerichtlich geführten Vergleichsgespräche "offenbar" gescheitert seien (Urk. 27). Anlässlich der Verhandlung vom 15. September 2010 haben die Parteien im Unterhaltspunkt denn auch je unterschiedliche Anträge gestellt (Urk. 38 S. 2 und S. 10; Urk. 40 S. 2) und nicht etwa beantragt, es sei das Verfahren diesbezüglich vergleichsweise zu erledigen. Dass die Klägerin während der Dauer des Verfahrens gegen den vom Beklagten bezahlten Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'000.– (Urk. 98 S. 7; Urk. 100 S. 4 ff.) nicht re-monstriert hat, kann ihr angesichts der aktenkundigen Anträge nicht als Zustimmung zu einer definitiven und für die gesamte Getrenntlebenszeit gültigen Unterhaltsregelung ausgelegt werden. Demnach ist nicht davon auszugehen, dass die

- 26 - Parteien sich über die zu entrichtenden Unterhaltsbeiträge einvernehmlich geeinigt haben. Da das Eheschutzbegehren der Klägerin im Januar 2009 beim Bezirksgericht Zürich eingereicht wurde, musste dem Beklagten bewusst gewesen sein, dass er je nach Ausgang des Prozesses noch beträchtliche Unterhaltsbeiträge würde nachbezahlen müssen. Darauf hätte sich der Beklagte finanziell einstellen können, weshalb er sich nun nicht darauf berufen darf, er könne sein "Budget und seine gestützt darauf getroffenen Dispositionen" aus den vergangenen drei Jahren nicht rückgängig machen (vgl. Urk. 98 S. 7). Es blieb im Berufungsverfahren unbestritten, dass die Parteien spätestens seit 1. Juli 2009 getrennt leben (Urk. 92 S. 41 Dispositiv-Ziffer 1). Folglich ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Unterhaltsbeiträge ab diesem Zeitpunkt zugesprochen hat. 3. Die von der Vorinstanz für die Klägerin und die beiden Kinder vorgenommene Bedarfsrechnung wird vom Beklagten in dreierlei Hinsicht angefochten. Einmal bringt er vor, es hätten keine Kosten für die Benützung eines Fahrzeuges und für die Miete eines Einstellplatzes berücksichtigt werden dürfen. Wie bereits vor Vorinstanz (vgl. Urk. 40 S. 9) macht er geltend, die Klägerin wohne lediglich 120 Meter von ihrem Arbeitsort entfernt (Urk. 98 S. 12). Mit diesem Einwand hat sich auch die Vorinstanz befasst und dem Beklagten auseinandergesetzt, dass die Klägerin schon während des Zusammenlebens Halterin eines Motorfahrzeuges gewesen sei und die Benützung eines solchen dem ehelichen Lebensstandard entsprochen habe (Urk. 92 S. 32). Ausgangspunkt für die Bemessung der Unterhaltsbeiträge im Eheschutzverfahren ist die von den Parteien während des Zusammenlebens praktizierte Lebenshaltung, auf deren Fortführung der unterhaltsberechtigten Ehegatte bei genügenden Mitteln Anspruch hat. Der Beklagte stellt nicht in Abrede, dass die Klägerin auch vor der Trennung ein Fahrzeug benutzt hat und die Parteien einen Parkplatz gemietet hatten. Die entsprechenden Ausgaben sind daher vom ehelichen Standard erfasst und sind in den Bedarf der Klägerin zu übernehmen. Bezüglich der Höhe der berücksichtigten Kosten macht der Beklagte geltend, soweit er für die Kosten des Leasingzinsaufwandes sowie der Vollkaskoversicherung eines von der Klägerin

beanspruchten Automobils auf- komme, sei er für berechtigt zu erklären, diese Kosten vom Unterhaltsbeitrag in

- 27 - Abzug zu bringen (Urk. 98 S. 12). Es ist nicht erst für die Erfüllung der Unterhaltspflicht von Bedeutung, wenn einzelne Unterhaltsbedürfnisse der Berechtigten durch Direktzahlungen des Verpflichteten bereits gedeckt wurden beziehungsweise werden. Diesfalls würden der Unterhaltsberechtigten nämlich Auslagen angerechnet werden, welche sie gar nicht zu tätigen hat und bezüglich derer daher kein zu berücksichtigender Bedarf besteht. Die Klägerin selbst hat angegeben, dass der Beklagte seit der Aufnahme des Getrenntlebens die Leasingraten bezahlt hat (Urk. 38 S. 10). Diese belaufen sich nach dem vorgelegten Leasingvertrag auf Fr. 894.80 pro Monat (Urk. 41/45). Die vom Beklagten gewünschte Anrechnung dieser Leasingraten an seine Unterhaltspflicht scheidet vorliegend indessen daran, dass sie nicht im vollem Umfang im Bedarf der Klägerin eingesetzt wurden, hat die Vorinstanz doch für die Benützung des Fahrzeuges insgesamt einen Pauschalbetrag von Fr. 800.– aufgerechnet. Ob der Beklagte aus der Übernahme der Leasingraten für das von der Klägerin gefahrene Fahrzeug Rückfordrungsansprüche geltend machen können, ist nicht eine im Rahmen dieses Eheschutzverfahrens zu klärende Frage. Dass der Beklagte darüber hinaus auch für die Prämien der Motorfahrzeugversicherung aufkommen würde, ist weder anerkannt noch belegt. Weil in der entsprechenden Police (Urk. 39/29) einzig die Klägerin als Versicherungsnehmerin aufgeführt ist, kann auch nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Beklagte jeweils die Prämien bezahlt. Für eine Korrektur der von der Vorinstanz berücksichtigten Fahrkosten besteht nach dem Gesagten kein Anlass. Das Gleiche gilt hinsichtlich der vom Beklagten gerügten Aufrechnung einer Krankenzusatzversicherung (Urk. 98 S. 12). Der Beklagte hat nicht behauptet, die zusätzliche Versicherung sei erst nach der Aufnahme des Getrenntlebens abgeschlossen worden. Diese - in der Höhe nicht bestrittenen - Prämienauslagen werden damit von der ehelichen Lebenshaltung umfasst und wurden von der Vorinstanz mit Recht in den Bedarf der Klägerin übernommen. Nachdem sich die Rügen des Beklagten gegen die vorinstanzlichen Feststellungen zum Bedarf der Klägerin und der Kinder als unbegründet erwiesen haben, ist auch im Berufungsverfahren von massgeblichen Lebenshaltungskosten von Fr. 7'610.– auszugehen. Die bei der Klägerin verfügbaren Einkünfte von

- 28 - Fr. 680.– im Jahre 2009 und von Fr. 800.– ab dem Jahre 2010 (Urk. 92 S. 26) sind im Berufungsverfahren unbestritten geblieben.

E. 4.1

Umstritten ist schliesslich das Einkommen des Beklagten. Der Beklagte betreibt im kaufmännischen Bereich eine Einzelunternehmung und ist Mehrheitsaktionär sowie Verwaltungsratspräsident der I._____ AG. Die Einkünfte des Beklagten bestehen indessen hauptsächlich aus Liegenschafts- und weiteren Vermögenserträgen. Die Vorinstanz behandelte den Beklagten in unterhaltsrechtlicher Hinsicht wie ein selbstständig Erwerbender und ermittelte das massgebliche Einkommen anhand der von ihm eingereichten Steuererklärungen und Geschäftsabschlüsse aus den Jahren 2006 bis 2009. Im Einzelnen hielt die Vorinstanz fest, der Beklagte habe in der Steuererklärung 2009 Einkünfte von insgesamt Fr. 822'983.– deklariert und davon Schuldzinsen von Fr. 603'028.– in Abzug gebracht. Auf diesen Grundlagen berechnete die Vorinstanz für das Jahr 2009 ein monatliches Einkommen von Fr. 18'330.– netto (Fr. 219'955.– im Jahr). Für das Jahr 2007 führte die Vorinstanz eine analoge Berechnung durch und bestimmte so

monatliche Nettoeinkünfte von rund Fr. 32'690.–. Eingehender befasste sich die Vorinstanz sodann mit den Einkünften des Jahres 2006, für welches der Beklagte bezüglich der Liegenschaften einen ausserordentlichen Renovationsbedarf geltend gemacht hatte. Die Vorinstanz anerkannte die Unterhaltskosten nicht und stellte unter deren Nichtberücksichtigung auf ein monatliches Einkommen von Fr. 25'480.– ab. Was schliesslich das Jahr 2008 anbelangt, führte die Vorinstanz aus, der Beklagte habe trotz gerichtlicher Aufforderung die Steuererklärung samt Beilagen nicht eingereicht. Weil die Einkünfte des Beklagten starken Schwankungen unterlägen, ermittelte die Vorinstanz aus den genannten Einkommenszahlen zuletzt einen Durchschnittswert von rund Fr. 25'500.– pro Monat (Urk. 92 S. 26 ff.).

E. 4.2

Der Beklagte beanstandet die vorinstanzliche Einkommensberechnung und verwahrt sich gegen den Vorwurf, seine Einkommensverhältnisse nur ungenügend dokumentiert zu haben (Urk. 98 S. 7 ff.). Im Wesentlichen rügt er, die Vorinstanz habe zu Unrecht ein fiktives und hypothetisches Einkommen ermittelt. Im Grundsätzlichen bestreitet der Beklagte nicht, dass zur Bestimmung seiner Ein-

- 29 - künfte die eingereichten Steuererklärungen heranzuziehen sind, wie es die Vorinstanz getan hat. Weiterhin will er jedoch auf das steuerbare Einkommen als solches abstellen und scheint dabei diejenigen Erwägungen im angefochtenen Entscheid überlesen zu haben, in welchen die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat, weshalb das steuerbare Einkommen eben nicht relevant sein kann (Urk. 92 S. 28). Bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge interessiert, welches Einkommen der Pflichtige in einer bestimmten Zeitspanne tatsächlich erzielt hat. In welchem Umfang dieses der Besteuerung unterliegt, ist dagegen einzig für die auf der Bedarfsseite zu berücksichtigende Steuerlast bedeutsam. Ohne die Bezahlung von Hypothekarzinsen wäre die Erzielung von Erträgen auf teilweise fremdfinanzierten Liegenschaften nicht möglich, weshalb die Vorinstanz die vom Beklagten zu leistenden Schuldzinsen denn auch in Abzug gebracht hat. Aus den vorgelegten Steuerunterlagen geht hervor, dass der Beklagte im Jahre 2008 Einkünfte von insgesamt Fr. 367'553.– (Fr. 964'116.– [Total der Einkünfte] abzüglich Schuldzinsen von Fr. 596'563.– [Urk. 93/6]), im Jahre 2009 Einkünfte von Fr. 219'955.– (Fr. 822'983.– [Total der Einkünfte] abzüglich Schuldzinsen von Fr. 603'028.– [Urk. 41/46]) sowie im Jahre 2010 Einkünfte von Fr. 178'256.– (Fr. 783'975.– [Total der Einkünfte] abzüglich Schuldzinsen von Fr. 605'719.– [Urk. 93/4; Vorjahresvergleich in Urk. 41/46]) erzielt hat. Das durchschnittliche Einkommen des Beklagten belief sich in diesem Zeitraum demnach auf rund Fr. 21'270.– pro Monat.

E. 4.3

Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die aktuellsten Zahlen aus den Jahren 2008 bis 2010 keine sachgerechte Erfassung der Einkommensverhältnisse des Beklagten ermöglichen sollten. Der Beklagte will stattdessen auf einen Fünfjahresschnitt abstellen und dabei auch die Jahre 2006 und 2007 berücksichtigen (Urk. 98 S. 11). Die im Jahre 2006 angefallenen Liegenschaftenerträge waren im Vergleich zu allen anderen Jahren ausserordentlich tief, was vom Beklagten mit einem Renovationsaufwand von mehreren Hunderttausend Franken erklärt wurde (Urk. 17 S. 9). Unabhängig von den von der Vorinstanz gegenüber dieser Sachdarstellung geäusserten Vorbehalten (vgl. Urk. 92 S. 30) kann jedenfalls davon ausgegangen werden, dass Unterhaltsarbeiten in einem solchem

Um- fang nur in grösseren zeitlichen Abständen anfallen. Für die primär auf die Zu-
- 30 - kunft ausgerichtete Einkommensermittlung sind die markant abfallenden Liegen-
schaftenerträge im Jahre 2006 daher nicht repräsentativ. Den vom Beklagten im Weiteren
angeführten Ursachen für die schwankenden Erträge (Leerbestände, ändernde
Hypothekarzinsätze, kleinere Reparaturen [Urk. 17 S. 9]) wird durch die mehrere Jahre
erfassende Durchschnittsbetrachtung hinreichend Rechnung getragen. Die Behauptung des
Beklagten, sein Einkommen würde zufolge ver- schiedener Dachsanierungen inskünftig
Null betragen (Urk. 98 S. 11), wurde we- der hinreichend substantiiert noch belegt. Nichts
anderes gilt hinsichtlich der gel- tend gemachten Hypothekarzinserhöhungen (Urk. 98 S.
11). Was der Beklagte zu seinem Einkommen sonst vorbringt, ist nicht entscheidrelevant.
Welche Bewandt- nis es mit den Bezügen aus der I._____ AG hat (vgl. Urk. 98 S. 7 f. und
S. 9), kann dahin gestellt bleiben, weil weder die vorinstanzliche noch die vorliegende
Einkommensberechnung solche berücksichtigen. Wesentlich diesbezüglich ist einzig die
Feststellung, dass nach Angaben des Beklagten seine Anteile an den die diversen
Liegenschaften haltenden einfachen Gesellschaften noch nicht auf die I._____ AG
übertragen wurden und auch nicht absehbar ist, wann dies ge- schehen wird (Urk. 98 S. 7).
Der Vorwurf des Beklagten schliesslich, die Vo- rinstantz habe die Steuerdaten des Jahres
2008 zu Unrecht nicht beachtet (Urk. 98 S. 9), ist durch die Berücksichtigung der
inzwischen vorgelegten Steuer- erklärung hinfällig geworden.

E. 4.4

Die Leistungsfähigkeit ergibt sich durch Gegenüberstellung des Einkom- mens und des
Bedarfs. Die Vorinstanz hat massgebliche Lebenshaltungskosten des Beklagten von rund
Fr. 10'820.– pro Monat festgestellt (Urk. 92 S. 33 ff.). Diese Bedarfsrechnung wird vom
Beklagten in einem Punkt beanstandet. Er macht geltend, wegen den auch in den Kantonen
Bern und Waadt gelegenen Lie- genschaften und der vorzunehmenden Steuerauscheidung
sei die steuerliche Belastung insgesamt höher. Werde vom vorinstanzlich angerechneten
Einkom- men ausgegangen, resultiere eine steuerliche Belastung von rund Fr. 11'200.– pro
Monat (Urk. 98 S. 10). Vor Vorinstanz hat der Beklagte die anfallende Steuer- last auf Fr.
4'273.– pro Monat beziffert (Urk. 17 S. 9; Urk. 18/16; Urk. 40 S. 8). Die Vorinstanz befand,
eine solche steuerliche Belastung erscheine angesichts der sehr hohen Einkünfte und des
sehr hohen Vermögens des Beklagten und unter

- 31 - Berücksichtigung seiner Unterhaltsverpflichtungen angemessen (Urk. 92 S. 36).
Diese Beurteilung versucht der Beklagte vergeblich durch Einreichung mehrerer
Steuerberechnungsblätter anzugreifen (Urk. 93/2+3+7). Einerseits liess der Be- klagte bei
seinen Berechnungen ausser Acht, dass er die der Klägerin geleisteten Unterhaltsbeiträge
vom Einkommen in Abzug bringen kann. Andererseits ermittelt er die Steuern anhand eines
Steuersatzes von 44,83 %, was dem arithmetischen Mittel der für die Kantone Bern und
Waadt geltenden Grenzsteuersätze entspre- chen soll (vgl. Urk. 98 S. 10). Der
Grenzsteuersatz ist für die Berechnung der Steuern nicht unmittelbar relevant, bezeichnet er
doch bei progressiven Steuertar- ifen den Steuersatz, mit dem die jeweils nächste Einheit
der Steuerbemessungs- grundlage belastet wird. Der Grenzsteuersatz ist daher höher als der
Steuersatz. Aus welchen anderen Gründen die Steuerschätzung der Vorinstanz unangemes-
sen ausgefallen sein sollte, wird vom Beklagten nicht dargelegt und ist auch nicht
ersichtlich. Damit bleibt es bei einem massgeblichen Bedarf des Beklagten von Fr.
10'820.–. Bei verfügbaren Einkünften von mindestens Fr. 21'000.– pro Monat ist der
Beklagte in der Lage, der Klägerin die für sich und die beiden Kindern zu- gesprochenen

Unterhaltsbeiträge (Fr. 6'930.– bis 31. Dezember 2009 und Fr. 6'810.– ab 1. Januar 2010) zu bezahlen. Die Berufung des Beklagten erweist sich hinsichtlich der Unterhaltspflichten in allen Teilen als unbegründet und ist abzuweisen. Es erscheint angemessen, dass die Vorinstanz für die Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 1'200.– festgelegt hat. Der Beklagte ist damit in Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides zu verpflichten, der Klägerin ab 1. Juli 2009 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 1'200.– pro Monat zuzüglich allfälliger vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen sowie persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'530.– pro Monat ab 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2009 und von Fr. 4'410.– pro Monat ab 1. Januar 2010 für die weitere Dauer des Getrenntlebens zu bezahlen. 5.1 Zwischen den Parteien ist zuletzt umstritten, in welchem Umfang der Beklagte seine Unterhaltspflicht durch bereits erfolgte Zahlungen schon erfüllt hat. Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind tatsächlich schon erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen beziehungsweise anzurechnen (vgl. statt vieler Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 150 zu Art. 163

- 32 - ZGB). Im Eheschutzverfahren ist nicht alleine über den Anspruch auf Unterhalt zu entscheiden. Vielmehr ist diesbezüglich festzustellen, ob und welche Unterhaltsbeiträge der Verpflichtete der Berechtigten zu bezahlen hat. Der Unterhaltspflichtige darf grundsätzlich nicht zu Zahlungen verpflichtet werden, die er bereits erbracht hat, weil die entsprechende Verpflichtung im Umfang dieser Leistung untergegangen ist (ZR 107 [2008] Nr. 60 und FamPra.ch 2008 S. 891 ff.). Die Vorinstanz hat festgehalten, dass der Beklagte bereits erbrachte Unterhaltsleistungen von Fr. 58'204.50 glaubhaft gemacht und seine Unterhaltspflicht insoweit bereits getilgt habe. In ihrem Entscheid nahm die Vorinstanz davon Vormerk und erklärte den Beklagten für berechtigt, diese Zahlungen von den zuerst fälligen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen (Urk. 92 S. 43 Dispositiv-Ziffer 8). Im Berufungsverfahren macht der Beklagte geltend, er habe der Klägerin zwischen dem 1. Juli 2009 und Ende Januar 2012 insgesamt Unterhaltsbeiträge von Fr. 124'000.– bezahlt (Urk. 98 S. 7). Zur Dokumentation dieser teilweise neuen Tatsachen reicht der Beklagte im Berufungsverfahren zahlreiche Belastungsanzeigen aus den Jahren 2010 und 2011 über monatliche Überweisungen von jeweils Fr. 4'000.– ein (Urk. 93/8). Im vorinstanzlichen Verfahren hatte der Beklagte lediglich Belege aus dem Jahre 2009 eingereicht. Die im Berufungsverfahren neu eingereichten Bankunterlagen (Belastungsanzeigen für die Zeit vom 3. Januar 2011 bis 2. Dezember 2011) hatten bereits anlässlich des vorinstanzlichen Verfahrens Bestand, wurden der Vorinstanz aber nicht vorgelegt. Weshalb der Beklagte trotz zumutbarer Sorgfalt zu deren Einreichung nicht in der Lage gewesen sein soll, ist weder dargetan noch ersichtlich. Damit müssen diese zusätzlich beigebrachten Belege als unzulässige Noven im Rechtsmittelverfahren unbeachtlich bleiben (vgl. Erwägung II./3 hiervor). 5.2 Im Ergebnis erweist sich die Rüge des Beklagten gleichwohl teilweise als berechtigt. Die Vorinstanz hat nicht alle der an die Unterhaltspflicht anzurechnenden Geldleistungen erfasst. Abgesehen von den im vorinstanzlichen Entscheid berücksichtigten Barüberweisungen hat die Klägerin nämlich nicht bestritten, dass der Beklagte in den Monaten Juli 2009 bis und mit November 2009 über die von der Vorinstanz berücksichtigten Zahlungen hinaus für die Krankenkassenprämien von ihr und den Kindern aufgekomen ist (Urk. 41/5+6: je Fr. 575.90;

- 33 - Urk. 41/7+8: je Fr. 645.30; Urk. 41/9: Fr. 645.30). Daneben hat der Beklagte in diesem Zeitraum Barüberweisungen von Fr. 2'795.10 (Juli 2009 [Urk. 41/5]), von Fr.

3'424.10 (August 2009 [Urk. 41/6]) und von Fr. 3'354.70 (September 2009 bis November 2009 [Urk. 41/7-9]) getätigt. Abweichend von den Feststellungen der Vorinstanz lassen sich demnach für den Zeitraum von Juli 2009 bis November 2009 anrechenbare Unterhaltsleistungen von Fr. 19'371.– berechnen. Dass der Beklagte von Dezember 2009 bis und mit September 2010 Zahlungen von gesamt Fr. 40'000.– (Urk. 41/10-18) und weitere anrechenbare Leistungen von Fr. 8'700.– (Urk. 41/1+2) erbracht hat, blieb unbestritten. Zusammenfassend belaufen sich die anrechenbaren Leistungen des Beklagten auf Fr. 68'071.–. Eine weitergehende Tilgung seiner Unterhaltsschuld hat vom Beklagten demgegenüber nicht glaubhaft gemacht werden können. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 8 der vorinstanzlichen Verfügung ist vorzumerken, dass der Beklagte der Klägerin seit Aufnahme des Getrenntlebens Zahlungen an ihren Unterhalt und an denjenigen der gemeinsamen Kinder von gesamt Fr. 68'071.– geleistet hat und seine rückwirkende Unterhaltspflicht insoweit bereits getilgt hat. Der Beklagte ist für berechtigt zu erklären, diese Zahlungen von den zuerst fälligen Unterhaltsbeiträgen in Abzug zu bringen. IV. Abschliessend sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zu regeln (Art. 106 ZPO). Umstritten waren die Zuweisung der elterlichen Obhut, die Regelung des Besuchsrechts und daraus sich ergebend die Bestimmung der Aufgaben der Beiständin sowie die für die Klägerin und die bei den Kinder zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge. In Bezug auf Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss der unter Geltung der Schweizerischen Zivilprozessordnung weitergeführten Rechtsprechung der Kammer den Parteien unabhängig vom Ausgang je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien aus ihrer subjektiven Sicht im Interesse des Kindeswohls prozessierten (ZR 111[2012] Nr. 98; vgl. auch ZR 84 [1985] Nr. 41). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, da beiden Parteien gute Gründe für die

- 34 - betreffend die Obhutzuteilung und die weiteren Kinderbelange vertretenen Standpunkte nicht abgesprochen werden können. Bezüglich der Festsetzung der Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge unterlag der Beklagte mit seinen Berufungsanträgen vollumfänglich. Hingegen erreichte der Beklagte mit seiner Berufung, dass der als Erfüllung der Unterhaltspflichten anzuerkennende Geldbetrag erhöht wurde. Bei der Bemessung von Obsiegen und Unterliegen sind die Kinderbelange und die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge (einschliesslich der Frage nach anrechenbaren Leistungen) gleich zu gewichten. Der Beklagte unterlag schliesslich mit seinem Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung (Urk. 104 und Urk. 106). Entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens rechtfertigt es sich daher, die Kosten des Berufungsverfahrens zu drei Vierteln dem Beklagten und zu einem Viertel der Klägerin aufzuerlegen. Als Folge der Kostenverteilung hat der Beklagte die anwaltlich vertretene Klägerin zur Hälfte für deren Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen. Mangels eines entsprechenden Antrags ist zur Parteientschädigung kein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006). Es wird beschlossen:

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