

ZH_OBERGERICHT LE120013 vom 14. Mai 2013

ZH Obergericht, 2013-05-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120013

FR: ZH_OBERGERICHT LE120013 du 14 mai 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LE120013 del 14 maggio 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn: D._____, geboren am tt.mm.2004. Mit Eingabe vom 19. Oktober 2010 gelangte die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) an das Bezirksgericht Zürich und ersuchte um Anordnung von Eheschutzmassnahmen (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 44 S. 2 ff.). Die Vorinstanz fällte am 17. Januar 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 44).

E. 1.1

Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das vorliegende Verfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Das vorliegende Berufungsverfahren erweist sich für ein summarisches Verfahren – auch aufgrund der Noveneingaben und des Umstandes, dass über die Gewährung des Armenrechts für beide Parteien zu entscheiden war – als relativ aufwändig. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint einen Gerichtsgebühr von Fr. 5'500.– angemessen.

E. 1.2

Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten. Diese Rechtsprechung beschlägt allerdings nur die Elternrechte sowie allfällige Kinderschutzmassnahmen, nicht jedoch die Kinderunterhaltsbeiträge (ZR 84 Nr. 41). Solche Gründe werden den Parteien vorliegend nicht abgesprochen, weshalb die Kosten für das Berufungsverfahren, was die Obhuts- und Besuchsrechtsregelung betrifft, je hälftig aufzuerlegen sind. Betreffend Wohnungszuteilung und Unterhaltsbeiträge tragen die Parteien die Kosten grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Ausgehend von einer Gültigkeitsdauer der vorliegenden Eheschutzmassnahmen von 24 Monaten ab 1. Mai 2012 sprach die Vorinstanz der Klägerin Unterhaltsleistungen von Fr. 18'000.– zu. Der Beklagte beantragte mit der Berufung die Herabsetzung dieser Zahlungen auf Fr. 8'400.– (24 x Fr. 350.–), die Klägerin mit der Berufungsantwort die Erhöhung auf Fr. 20'984.– (8 x Fr. 1'123.– und 16 x Fr. 750.–). Zugesprochen werden der Klägerin nunmehr Unterhaltsbeiträge von Fr. 10'395.–. Das grossmehrheitliche Obsiegen des Beklagten betreffend die Unterhaltsbeiträge ist allerdings darauf zurückzuführen, dass mit seiner Aussteuerung veränderte Einkommensverhältnisse zu berücksichtigen waren.

Würden sich die Verhältnisse wie im Zeitpunkt der Berufung präsentieren, wäre der vorinstanzlich zugespro-

- 37 - chene Unterhaltsbeitrag zu bestätigen gewesen, da der Klägerin entgegen der Ansicht des Beklagten kein Erwerbseinkommen aus einer Nebenerwerbstätigkeit anzurechnen war. Da der Unterhaltsbeitrag ein untergeordneter Punkt der vorliegenden Berufung ist und die Wohnungszuteilung kausal von der Obhutszuteilung abhängt, rechtfertigt es sich, die Kosten für das Berufungsverfahren der Klägerin und dem Beklagten je zur Hälfte aufzuerlegen, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. 2. Entsprechend der Kostenverteilung sind für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Es wird beschlossen:

E. 2

Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositivziffern 1, 2 und 8 bis 11 der vorinstanzlichen Verfügung blieben unangefochten. In diesem Umfang ist die vorinstanzliche Verfügung am 7. Februar 2012 in Rechtskraft erwachsen. Dies ist vorzumerken.

E. 3

Was die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zur Natur des summarischen Verfahrens anbelangt, so sind diese zutreffend, und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 44 S. 6).

- 8 -

E. 4

Obhut

E. 4.1

Die Vorinstanz teilte die Obhut über das Kind D. _____ der Klägerin zu (Urk. 44 Dispositiv-Ziffer 3). Im vorinstanzlichen Entscheid wurde als Schlussbemerkung festgehalten, es seien Nuancen, die über die Frage der elterlichen Obhut entschieden hätten (Urk. 44 S. 16). Die Vorinstanz stellte zuvor fest, dass für sie kein Zweifel daran bestehe, dass beide Parteien über alle notwendigen Fähigkeiten verfügen würden, um für den gemeinsamen Sohn D. _____ zu sorgen und die elterliche Sorge verantwortungsbewusst auszuüben. Freunde und Bekannte würden den Parteien attestieren, liebevoll mit D. _____ umzugehen und sich gut um ihn zu kümmern. Auch die von der Vorinstanz eingeholten Abklärungsberichte über die Familiensituation bei Kindergarten und Mittagstisch hätten kein anderes Bild ergeben (Urk. 44 S. 13, E. 1 lit. c). Weiter ging die Vorinstanz davon aus, dass der Beklagte wieder mit einem Arbeitspensum von 80 % arbeiten werde (im Zeitpunkt des Entscheids der Vorinstanz war er arbeitslos und hatte einen negativen IV-Vorbescheid erhalten), und seine Betreuungsmöglichkeit für D. _____ deshalb in gleichem Umfang wie bei der Klägerin eingeschränkt werde. Aus diesem Grund könne die zeitliche Verfügbarkeit der Parteien allein für die Zuteilung der elterlichen Obhut nicht ausschlaggebend sein. Daher gelte es zu prüfen, wer bei gleicher zeitlicher Verfügbarkeit und Erziehungsfähigkeit besser geeignet sei, sich um D. _____ zu kümmern (Urk. 44 S. 14, E. 1 lit. d). Für die Vorinstanz war unbestritten, dass sich die Klägerin ab der Geburt D. _____s bis Juni 2009 mehrheitlich um den gemeinsamen Sohn gekümmert habe. Der Beklagte hingegen habe in dieser Zeit 100 % gearbeitet und die Betreuung von D. _____ mehrheitlich der Klägerin überlassen. Ab Juli 2009 sei die Klägerin arbeitslos gewesen und habe mit Ausnahme eines Zwischenverdienstes von zwei Monaten nicht mehr

gearbeitet. Seit Juli 2011 habe sie eine 80 %-Stelle. Der Beklagte hingegen habe bis zum Sommer 2009 100 % und vom 3. Juli 2009 bis 13. März 2010 50 % gearbeitet. Seit dem 29. April 2010 arbeite er nicht mehr. In den letzten beiden Jahren hätten also beide Parteien gleich viel Zeit gehabt, die sie für die Betreuung und Erziehung von D._____ hätten aufwenden können. Bei-

- 9 - de Elternteile würden behaupten, sich in dieser Zeit mehr um D._____ gekümmert zu haben. Wer während dieser Zeit jedoch effektiv mehr Zeit für das Kind aufgewendet habe, lasse sich im vorliegenden summarischen Verfahren nicht prüfen. Seit Juli 2011 arbeite die Klägerin nun 80 %. Da der Beklagte vom 9. Mai bis 26. August 2011 täglich von 09.00 bis 17.00 Uhr in der Tagesklinik F._____ gewesen sei, betreue er D._____ effektiv erst seit Ende August 2011 mehrheitlich selber. Während den Monaten Juli und August 2011 seien die Parteien somit auch auf Fremdbetreuung angewiesen gewesen. Die sehr kurze Zeit, in welcher der Beklagte nun offensichtlich D._____ mehr betreue, könne unter diesen Umständen nicht ins Gewicht fallen. In diesem Zusammenhang sei unbestritten, dass D._____ zwecks Integration schon länger den Mittagstisch besuche. Die Fremdbetreuung stelle daher für D._____ nichts Neues dar. Die Parteien würden auch inskünftig bei der Betreuung von D._____ auf den Mittagstisch angewiesen sein. Weiter habe die Klägerin schon in den Jahren 2004 bis 2009 unter Beweis gestellt, dass sie in der Lage sei, sich auch mit einer 70 %-Stelle ausreichend um D._____ zu kümmern. Es sei daher davon auszugehen, dass sie auch bei einer 80 %-Stelle in der Lage sein werde, D._____ die nötige Betreuung und Aufmerksamkeit zukommen zu lassen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Stabilität und der örtlichen und familiären Verhältnisse sei anzumerken, dass die Klägerin bereits über eine feste, unbefristete Stelle verfüge, was auch in finanzieller Hinsicht besser den langfristigen Kindesinteressen diene. Der Beklagte hingegen sei zur Zeit arbeitslos, und es sei bei ihm noch ungewiss, wann und wo er in Zukunft arbeiten werde. Die Klägerin habe ihre neue Stelle in der Umgebung, was es ihr ermögliche, weiterhin in C._____ zu leben. D._____ könne auch in Zukunft den gleichen Kindergarten besuchen. Die vorgenannten Umstände sprächen somit für eine Obhutsteilung an die Klägerin. Was die Kooperationsfähigkeit der Eltern in Kinderbelangen betreffe, seien zur Zeit bei beiden Parteien keine Bedenken ersichtlich. Unter Würdigung aller relevanter Umstände sei die Obhut für das Kind D._____ der Klägerin zuzuteilen (Urk. 44 S. 14 bis 16, E. 1 lit. e).

E. 4.2

Der Beklagte rügt verschiedene unrichtige Sachverhaltsfeststellungen: Erstens habe die Vorinstanz die väterliche Betreuung ab der Geburt D._____s bis Juni 2009 und somit während den ersten fünf Lebensjahren nicht richtig festge-

- 10 - stellt. Entgegen der Vorinstanz sei D._____ nicht mehrheitlich von der Klägerin betreut worden, sondern von beiden Parteien je zur Hälfte (Urk. 43 S. 3 ff.). Die Ausführungen des Beklagten, die von einer je hälftigen gemeinsamen Betreuung sprächen, seien von der Vorinstanz gänzlich unberücksichtigt geblieben. Sie habe allein auf die Aussage des Beklagten bei der Parteibefragung (Prot. I. S. 28) abgestellt (Urk. 43 S. 5). Zweitens habe die Vorinstanz in ihrem Entscheid zu Unrecht festgehalten, dass der Beklagte erst seit Ende August 2011 seinen Sohn mehrheitlich betreue. Nachdem D._____ bis Dezember 2006 von beiden Parteien in gleichem Umfang betreut worden sei, habe der Beklagte seither, nachdem er mehrheitlich arbeitsunfähig und seit Januar 2010 freigestellt gewesen sei, mehrheitlich die Betreuung übernommen, weshalb der Beklagte seit 2006 Hauptbezugsperson von D._____ geworden sei (Urk. 43 S. 3 f. und S. 5 bis 7). Drittens

habe die Vorinstanz der Klägerin ein falsches Arbeitspensum angerechnet. Die Vorinstanz sei von einem 80 %-Pensum ausgegangen. Die Klägerin gehe aber seit einigen Wochen bzw. Monaten zusätzlich einer Nebenbeschäftigung von 20 bis 40 % nach (Urk. 43 S. 4 und S. 7 bis 9). Weiter bemängelt der Beklagte die vorinstanzliche Feststellung, dass die Klägerin in den Jahren 2004 bis 2009 unter Beweis gestellt habe, dass sie auch mit einem Arbeitspensum von 80 % in der Lage sei, sich ausreichend um D._____ zu kümmern. Dabei habe die Vorinstanz unberücksichtigt gelassen, dass der Beklagte in dieser Zeit mindestens immer zur Hälfte bei der Betreuung und Erziehung von D._____ mitgeholfen habe (Urk. 43 S. 9). Da die Vorinstanz in ihrer Begründung festgehalten habe, es seien Nuancen, die über die Frage der elterlichen Obhut entschieden hätten, sei es nicht auszuschliessen, dass die unrichtige Sachverhaltsfeststellung für den Verfahrensausgang entscheidend gewesen sei (Urk. 43 S. 10). Mit Eingabe vom 5. Oktober 2012 beantragt der Beklagte die Anhörung D._____s durch die urteilende Kammer und begründet dies damit, dass D._____ am 1. Oktober 2012 von seiner Schwester G._____ (der volljährigen Tochter der Klägerin aus einer früheren Beziehung) geschlagen worden sei, offenbar in Anwesenheit der Klägerin. Dies sei ein weiterer Vorfall, der belege, dass die Obhut dem Beklagten zugesprochen werden müsse (Urk. 56 f.). Mit Eingabe vom 29. November 2012 reichte der Beklagte den Ausdruck eines E-Mail-Verkehrs

- 11 - zwischen ihm und der Schullehrerin D._____s ein. Daraus gehe die fehlende Unterstützung von D._____ in schulischen Belangen seitens der Klägerin deutlich hervor (Urk. 62 f.; vgl. auch Urk. 89/5). Mit Schreiben vom 2. November 2012 wandte sich das Sozialzentrum E._____ der Stadt C._____ mit einer Gefährdungsmeldung an die urteilende Kammer. In der Gefährdungsmeldung heisst es, gemäss einer Aussage der Schulsozialarbeiterin vom 1. November 2012 sei offensichtlich wahrnehmbar, dass D._____ stark verunsichert und verwirrt sei. Die Ursache für seine Verwirrung und Verunsicherung seien dem Sozialzentrum nicht umfassend bekannt. Er leide sicher unter der Trennung seiner Eltern, ob es noch weitere Gründe gebe, könne nicht abgeschätzt werden (Urk. 65/1). Die Gefährdungsmeldung ging auf ein Schreiben des Beklagten zurück, in welchem er nochmals die angeblichen Schläge durch G._____ schilderte (Urk. 65/2). Mit Eingabe vom 24. Januar 2013 macht der Beklagte geltend, er habe am 1. Oktober 2012 ein Arbeitspensum von 20 % aufgenommen. Er könne im Rahmen seines 20 %-Pensums zu Hause arbeiten, was es ihm (im Gegensatz zur Klägerin) ermögliche, den Sohn D._____ täglich ohne Zuhilfenahme von Drittpersonen betreuen zu können. Der Beklagte könne aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr als 20 % arbeiten; sein IV-Antrag sei nach wie vor pendent (Urk. 72). In seiner Stellungnahme vom 13. März 2013 zur Kinderanhörung vom 27. Februar 2013 führt der Beklagte schliesslich aus, dass die Klägerin oft spät von der Arbeit nach Hause komme, wenn D._____ schon im Bett sei, belege, dass sie entweder wenig Zeit oder kein Interesse habe, sich um D._____ zu kümmern. D._____ werde nun aktenkundig vernachlässigt. Erneut zweifelt der Beklagte das Arbeitspensum der Klägerin an und erklärt, die Klägerin gehe vermutlich einer zweiten Tätigkeit nach. Die Klägerin sei verpflichtet zu belegen, wie viele Stunden pro Monat sie in ihrer Firma leiste. Sie beginne ihren Arbeitstag um 10 Uhr und kehre erst spät abends, wenn D._____ schon schlafe, heim. Dies sei bei einem Arbeitspensum von 60 % schwer nachvollziehbar. Es sei davon auszugehen, dass die Klägerin weiterhin ohne rechtlichen Arbeitsvertrag im Call-Center arbeite und daher erst spät heimkehre. Zudem sei D._____ mit der Mutter viel daheim; sie bemühe sich nicht sonderlich, ihm etwas zu bieten. Dass D._____ mindestens

- 12 - die Hälfte der Zeit mit dem Vater verbringen wolle, belege, dass es dem Kindeswunsch entspreche, dass er bei ihm lebe. Die Klägerin habe D. _____ in der Vergangenheit regelmässig Versprechungen materieller Art gemacht, wenn D. _____ weiterhin bei ihr wohnen bliebe. Es sei davon auszugehen, dass D. _____ während der Befragung unter grossem Einfluss der Klägerin gestanden habe (Urk. 87 S. 2 und 5). Der Beklagte habe die Klägerin vor der Vorinstanz als gute Mutter bezeichnet. Seit D. _____ im Jahr 2011 schulpflichtig geworden sei, lasse sich anhand vieler Beispiele erkennen, dass die Klägerin ihrer Sorgspflicht nicht nachkommen könne und auch nicht wolle (Urk. 87 S. 4). So habe die Klägerin eigenmächtig versucht, D. _____ vom ... [Sprache]- und vom Gitarrenkurs abzumelden, um sich den Aufwand der Begleitung zu ersparen (Urk. 87 S. 2). Auch lasse die Klägerin D. _____ häufig von Drittpersonen betreuen, womit nicht mehr von einem stabilen sozialen Umfeld für D. _____ auszugehen sei. Zudem könne sie nicht einwandfrei für die Gesundheit D. _____s sorgen; er weise ungepflegte Zähne mit Kariesbefall auf (Urk. 87 S. 4).

E. 4.3

Die Klägerin hält die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung für richtig. Sie verneint, dass der Beklagte seit 2006 die Hauptbezugsperson von D. _____ sei. Bezüglich ihres Arbeitspensums bringt die Klägerin vor, dass ihr per Ende Februar 2012 seitens der Arbeitgeberin gekündigt worden sei. Ausserdem sei die Nebentätigkeit im Call Center – welche sie rund eineinhalb Monate ausgeübt habe – ebenfalls per Ende Februar 2012 beendet worden. In der Berufungsantwort erklärt die Klägerin, eine Arbeitsstelle im Umfang von 70 bis 80 % zu suchen (Urk. 48 S. 3 f.). Ausserdem sei es nicht zutreffend, dass sie regelmässig am Abend arbeite oder Kurse besuche. Wenn dies einmal der Fall gewesen sei, sei D. _____ in aller Regel von G. _____ zu Hause betreut worden (Urk. 48 S. 10). G. _____ und D. _____ hätten ein inniges Verhältnis (Urk. 48 S. 11). Mit Eingabe vom 25. April 2012 erklärt die Klägerin, per 16. April 2012 wieder eine Arbeitsstelle mit einem 50 %-Pensum gefunden zu haben (Urk. 52 und 53/1). Nachdem dieses Arbeitsverhältnis bis zum 15. Oktober 2012 befristet war (Urk. 53/1 S. 2), reichte die Klägerin mit Eingabe vom 22. Januar 2013 ihren Arbeitsvertrag vom 19. Oktober 2012 ins Recht, der eine Wochenarbeitszeit von 25 Stunden ausweist (Urk. 68 und 69/1 S. 2).

- 13 - Auf den Vorwurf, D. _____ sei von seiner Schwester G. _____ geschlagen worden, entgegnet die Klägerin mit Eingabe vom 16. Oktober 2012, G. _____ habe ihren Bruder nie geschlagen. Ebenso wenig sei die Klägerin gegenüber D. _____ je gewalttätig gewesen. Es müsse davon ausgegangen werden, dass der Beklagte solche Anschuldigungen willentlich erhoben habe, um auf diesem Weg die elterliche Obhut eingeräumt zu erhalten (Urk. 59 f.).

E. 4.4

Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil während eines Eheschutzverfahrens gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 89). Massgebend bei der vorzunehmenden Beurteilung ist damit das Kindeswohl und alle dafür wichtigen Umstände. In grundsätzlicher Hinsicht folgt aus der Maxime des Kindeswohls, dass nicht das Interesse der Eltern, sondern dasjenige des Kindes für die Zuteilung massgebend ist (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Art. 133 ZGB N 10). Das Bundesgericht hat im Übrigen versucht, eine gewisse Hierarchie in die Zuteilungskriterien zu bringen. Demnach muss vorab die

Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Unter Umständen kann die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Diesen Kriterien lassen sich weitere Gesichtspunkte zuordnen, beispielsweise die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte (vgl. BGE 115 II 206 E. 4a; BGE 115 II 317 E. 2; BGE 117 II 353 E. 3; BGE 136 I 178 E. 5.3).

E. 4.4.1

Erziehungsfähigkeit Der Beklagte stellt mit seinen nach der Berufungsbegründung erfolgten Eingaben die Erziehungsfähigkeit der Klägerin in Frage, indem er behauptet, D. _____ sei von seiner Schwester geschlagen worden, und er erfahre durch die Klägerin ungenügende schulische Unterstützung. Der Beklagte erhob zudem die Vorwürfe,

- 14 - D. _____ werde vernachlässigt, indem die Klägerin oft spät nach Hause komme und sie viel Zeit zu Hause verbrächte; zudem könne die Klägerin nicht einwandfrei für D. _____s Gesundheit sorgen. Die Vorinstanz hielt die Erziehungsfähigkeit bei beiden Parteien aufgrund von Schreiben von Freunden und Bekannten der Parteien (Urk. 29/2-3, 33/10-14) und zwei Abklärungsberichten (Urk. 17 f.) für gegeben. Dabei wurde auch auf die Aussagen des Beklagten abgestellt, welcher anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 13. Januar 2011 auf entsprechende Frage erklärte, die Klägerin sei eine gute Mutter (Prot. I S. 12). Der Beklagte hat diese Sachverhaltsfeststellung denn auch in seiner Berufungsbegründung nicht gerügt, sondern die entsprechenden Vorwürfe erst in einem späteren Zeitpunkt vorgebracht. Zwar ist es richtig, dass der Beklagte bereits anlässlich der Verhandlung vom 14. Juni 2011 ausführte, er würde von der Klägerin bei der Kinderbetreuung mehr erwarten, auch wenn er an der vorangehenden Verhandlung gesagt habe, dass sie eine gute Mutter sei (Prot. I S. 27). Auch mit dieser Aussage zweifelte jedoch der Beklagte noch vor Vorinstanz die Erziehungsfähigkeit der Klägerin nicht an. Die im Laufe des Berufungsverfahrens vom Beklagten vorgebrachten Schläge G. _____s werden sowohl von der Klägerin als auch von G. _____ bestritten (Urk. 59 f.). Anlässlich der Kinderanhörung wurde D. _____ auf den Vorfall angesprochen. Er erklärte, von seiner Schwester G. _____ geschubst worden zu sein; unterdessen hätten sie aber wieder Frieden geschlossen. Auf entsprechende Frage erklärte D. _____, er habe G. _____ auch schon gekniffen. Er habe keine Angst vor ihr (Prot. S. 19). Der Kläger scheint hier also einen Streit unter Geschwistern – wobei es selbstverständlich zu bedenken gilt, dass G. _____ bereits volljährig ist – zu dramatisieren. Die Vorbringen des Beklagten erwecken den Anschein, dass er die vorinstanzlichen Erwägungen betreffend den knappen Verfahrensausgang dahingehend interpretiert, dass er das Ergebnis durch Auflistung von (angeblichen) Vorfällen umzustossen vermag. Einzig der Beklagte spricht aber von Schlägen. D. _____ jedenfalls beurteilt den Vorfall – zumindest im Nachhinein (G. _____ gibt selber zu, sie habe gegen D. _____ die Stimme erhoben, worauf dieser weinend seinen Vater angerufen und diesem erzählt habe, dass sie ihn geschlagen habe; Urk. 60) – als nicht gravierend. Dem Beklagten gelingt es damit nicht, glaubhaft zu machen,

- 15 - dass D._____ von G._____ geschlagen wurde. Für sich alleine betrachtet, ist die unbestrittenermassen erfolgte Auseinandersetzung zwischen D._____ und G._____ aber kein Punkt, der gegen die Erziehungsfähigkeit der Klägerin spricht. Aufhorchen lässt hingegen die Gefährdungsmeldung des Sozialzentrums, welche von einer wahrnehmbaren Verwirrung und Verunsicherung D._____s spricht. Jedoch stellt bereits die Trennung der Eltern allein für ein Kind ein kritisches Lebensereignis dar. Nachdem die Eltern nunmehr zudem seit über zwei Jahren einen Streit um die Obhut über D._____ führen, ist eine feststellbare Verunsicherung beim mittlerweile achtjährigen D._____ nicht verwunderlich. Alleine der Trennungskonflikt zwischen den Eltern und die unregelmässige Obhutsfrage ist geeignet, einen Zustand der Verunsicherung bei ihm herbeizuführen. D._____ dürfte sich in einer Konfliktsituation befinden, indem ihm womöglich Entscheidungen abverlangt werden, die er nicht treffen möchte, da er am Liebsten mit beiden Eltern teilen möglichst viel Zeit verbringen würde (vgl. Dettenborn, Kindeswohl und Kindeswille – Psychologische und rechtliche Aspekte, 3. Auflage, München 2010, S. 67 f.). Jedenfalls war auch anlässlich der Kinderbefragung – an der D._____ seine Meinung äussern konnte und sollte – spürbar, dass ihm die Situation Unbehagen bereitet (Prot. S. 19). Der Beklagte moniert, dass die Klägerin D._____ nicht in die Aufgabenstunde schicke, obschon dies anlässlich eines Elterngesprächs so vereinbart worden sei (Urk. 62 i.V.m. Urk. 63 Blatt 2). Einer Gesprächsnotiz vom 4. Oktober 2012 kann jedoch nur entnommen werden, dass anlässlich eines Gesprächs zwischen den Parteien und der Primarlehrerin H._____ vereinbart wurde, Hausaufgabenstunden seien ins Auge zu fassen (Urk. 63 Blatt 3). Mit anderen Worten wurden die Hausaufgabenstunden entgegen der Auffassung des Beklagten nicht vereinbart. Deren Besuch scheiterte in der Folge offenbar daran, dass die Klägerin D._____ am Montag nicht regelmässig in die Hausaufgabenstunde schickte (Urk. 63 Blätter 1 und 2 und Urk. 89/5). Der Grund dafür ist der urteilenden Kammer nicht bekannt. Aus dem Mail-Verkehr zwischen H._____ und dem Beklagten geht jedoch hervor, dass die Primarlehrerin – entgegen dem Beklagten, der sich wegen einer Verschlechterung der Leistungen D._____s in Mathematik an die Lehrerin wandte – keinen Grund zur Sorge sieht. Die Leistungen in Mathematik würden völlig den

- 16 - Erwartungen in der 2. Klasse entsprechen (Urk. 63 Blatt 1). Zudem ist dem Einwand des Beklagten, die Klägerin verstosse, indem sie D._____ nicht in die Hausaufgabenstunde schicke, gegen die gleichberechtigte Entscheidungsbefugnis in Erziehungsfragen (Urk. 87 S. 4), entgegenzuhalten, dass die Obhut von der Vorinstanz der Klägerin zugesprochen wurde. Damit verfügte sie bereits während dem Berufungsverfahren über das Recht, über den Aufenthalt, die tägliche Betreuung, Pflege und Erziehung zu bestimmen (Art. 317 Abs. 4 lit. b ZPO, BGE 137 III 475, E. 4.1). Dem Beklagten steht als Inhaber der elterlichen "Restsorge" im Wesentlichen ein Mitentscheidungsrecht bei zentralen Fragen der Lebensplanung des Kindes zu (BGE 136 III 353 E. 3.2); dazu gehört der Entscheid über den Besuch der Hausaufgabenstunde nicht. Nachdem D._____s Lehrerin seine Leistungen als erwartungsgemäss qualifiziert und er anlässlich der Kinderanhörung ausführte, er werde bei den Hausaufgaben von seiner Schwester G._____, seiner Mutter und seinem Vater unterstützt (Prot. S. 18), fehlen objektive Anhaltspunkte dafür, dass D._____ von der Klägerin in schulischen Belangen ungenügend unterstützt wird. Dass D._____ seine Hausaufgaben öfter nicht macht (unter anderem weil er sie verlegt, Urk. 89/5), mag auch auf den Trennungskonflikt zurückzuführen sein. Im schulischen Bereich reagieren betroffene Kinder auf die familiären Umstände vielfach mit Leistungsver schlechterungen. Ohne konkret greifbare Anhaltspunkte deutet eine Verschlechterung der Schulleistungen –

oder eine wahrnehmbare Verwirrung wie bei D. _____ – vor diesem Hintergrund nicht darauf hin, dass D. _____ bei der Klägerin nicht gut aufgehoben wäre bzw. ungenügend unterstützt wird. Weiter beanstandet der Beklagte, dass die Klägerin oft spät von der Arbeit heimkehre und dass D. _____ mit ihr viel Zeit daheim verbringe, ohne etwas zu unternehmen (Urk. 87 S. 1 f.). Die Klägerin führt hingegen aus, in der Regel sei sie es, welche D. _____ vom Hort abhole, da sie die Hort- und die Arbeitszeiten miteinander abstimmen können (Urk. 84 S. 1 unter Hinweis auf Urk. 86/1-2). Einem Bestätigungsschreiben der Arbeitgeberin der Klägerin vom 11. März 2013 ist zu entnehmen, dass die Klägerin in der Regel fünf Tage pro Woche von 10 Uhr bis 15.30 Uhr arbeitet. Ihre Pause mache sie meistens, wenn der Betrieb es zulasse, um 15.00 Uhr, so dass sie ihren Sohn rechtzeitig von der Schule abholen könne

- 17 - (Urk. 86/1). Wie auch immer sich die Sachlage tatsächlich präsentieren mag, D. _____ ist jedenfalls der Meinung, die Klägerin komme oft spät nach seinem Zubettgehen von der Arbeit heim. Ausser einer quantitativen Wertung machte D. _____ jedoch keine Ausführungen dazu, wie er die Abwesenheit der Klägerin beim Zubettgehen empfindet (Prot. S. 18). Für Kinder ist es zweifellos wichtig, wenn sie durch die Eltern ins Bett gebracht werden. Als im Verkauf Erwerbstätige dürfte der Klägerin dies nicht immer möglich sein. Die Klägerin sorgt aber dafür, dass D. _____ durch eine ihm sehr nahstehende Person – seine Stiefschwester – zu Bett gebracht wird. Dass die Klägerin gemäss D. _____ viel Zeit mit ihm zu Hause verbringt, ist entgegen der Ansicht des Beklagten kein Punkt, der ihre Erziehungsfähigkeit in Frage stellt. Schliesslich hat sie als berufstätige Mutter nebst der Arbeit einen Haushalt zu führen. Zudem ist auch die finanzielle Situation der Parteien angespannt. Eine Freizeitgestaltung, bei der D. _____ angeregt und gefördert wird, ist jedoch auch zu Hause möglich. D. _____ hat denn anlässlich der Kinderanhörung auch nur ausgeführt, mit der Klägerin sei er viel daheim, ohne sich zu den Freizeitaktivitäten zu Hause zu äussern. D. _____ erklärte allerdings, er gehe in den Gitarren- und in den ...unterricht [Sprache], zudem spiele er Fussball. Dies zeigt, dass er bereits vielfältig gefördert wird – auch wenn die Eltern sich über das Ausmass der Förderung nicht immer einig zu sein schienen, was die temporäre Abmeldung vom ...unterricht [Sprache] im Februar 2012 durch die Klägerin belegt (Urk. 89/3). Erziehung besteht nicht darin, einem Kind permanent etwas zu bieten. Es soll auch über freie Zeit zu Hause verfügen, um sich erholen und lernen zu können, sich – in Anwesenheit einer Bezugsperson, an die es sich jederzeit wenden kann – selbst zu beschäftigen (z.B. mit lesen, Gitarre üben, Hausaufgaben machen, spielen etc.). Was schliesslich die Sorge für die Gesundheit D. _____s angeht, erschöpfen sich die Vorbringen des Beklagten in Behauptungen, für welche er keine objektiven Belege anführen kann. Der vom Beklagten eingereichte Kurzbrief des Schulgesundheitsdienstes der Stadt C. _____ vom 29. Juni 2012 belegt nur, dass gemäss Angaben des Kindes die zahnärztliche Betreuung über den Privatzahnarzt läuft. Die Empfehlung weiterer Abklärungen wegen Karies oder Verdacht auf Karies ist im mit Kästchen zum Ankreuzen versehenen Kurzbrief zwar fett gedruckt,

- 18 - jedoch nicht angekreuzt (Urk. 89/6). Es ist damit bereits unklar, ob D. _____ überhaupt an Karies leidet. Selbst wenn er dies tut, ist mangelhafte Pflege nicht die einzige denkbare Ursache. Dass die Klägerin schliesslich, wie vom Beklagten behauptet, seit der letzten jährlichen Kontrolle keine zahnärztlichen Massnahmen getroffen hat (Urk. 87 S. 5), vermag das Schreiben schon gar nicht zu belegen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass – trotz der verschiedenen vom Beklagten gegen sie erhobenen Vorwürfe – keine Zweifel an

der Erziehungsfähigkeit der Klägerin bestehen.

E. 4.4.2

Zeitliche Verfügbarkeit Der Beklagte macht einerseits geltend, über mehr Zeit als die Klägerin für die Kinderbetreuung zu verfügen, da er nur 20 % arbeitsfähig und -tätig sei. Es ist jedoch aufgrund des negativen Vorbescheids der IV-Stelle der SVA ... vom 16. Juni 2011 (Urk. 33/24) mit einiger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sich der Beklagte – nach einem negativen IV-Rentenentscheid – in absehbarer Zukunft um eine höherprozentige Arbeitstätigkeit bemühen müssen. Gemäss Schreiben der IV-Stelle der SVA ... vom 11. Dezember 2012 wurde zur Beurteilung des Gesundheitszustands des Beklagten bei verschiedenen Ärzten aktuelle Arztberichte eingefordert; sobald diese Berichte vorlägen, werde der Fall weiterbearbeitet (Urk. 71/3). Neuere Unterlagen betreffend den Stand des IV-Verfahrens liegen der urteilenden Kammer nicht vor. Gemäss Schreiben der I._____ Arbeitslosenkasse vom 5. Februar 2013 ist der Taggeldanspruch des Beklagten auf Arbeitslosenentschädigung per 19. November 2012 ausgeschöpft (Urk. 81/2). Gemäss seiner Eingabe vom 24. Januar 2013 prüft er, ob er Sozialhilfe beantragen muss (Urk. 72). Der Beklagte verfügt damit allenfalls nicht mehr lange über eine grössere zeitliche Verfügbarkeit als die Klägerin zur Betreuung D.____s. Andererseits erklärt der Beklagte, die Vorinstanz sei bei der Klägerin von einem zu tiefen Arbeitspensum ausgegangen (Urk. 43 S. 7 unter Hinweis auf Urk. 45/2). Der Beklagte beantragte, dass die J._____ GmbH richterlich angefragt werde, ob ein Anstellungsverhältnis zur Klägerin bestehe; die entsprechenden Verträge sei-

- 19 - en zu edieren. Die Klägerin besuche zudem verschiedene Kurse (Urk. 43 S. 8). Die Klägerin war bis Ende Februar 2012 bei der K._____ AG tätig (Urk. 48 S. 4 und Urk. 50/1). Aus dem Arbeitsvertrag vom 18. Januar 2012 (Urk. 50/2) und der Arbeitsbestätigung vom 29. Februar 2012 (Urk. 50/3) geht hervor, dass die Klägerin zusätzlich vom 16. Januar 2012 bis zum 29. Februar 2012 bei der J._____ GmbH arbeitete. Aufgrund struktureller Veränderungen im Projekt könne man ihr keine Arbeit mehr anbieten und müsse sich deshalb von ihr trennen (Urk. 50/3). Damit erübrigte sich das diesbezügliche Editionsbegehren des Beklagten von vornherein. Die anlässlich der Stellungnahme zur Kinderanhörung vom Beklagten erneut geäusserte Vermutung, wonach die Klägerin einer zweiten Tätigkeit nachgehe, ohne diese zu deklarieren (Urk. 87 S. 2), entbehrt jeglicher objektiver Anhaltspunkte. Der Beklagte fordert darin zudem, die Klägerin sei verpflichtet zu belegen, wie viele Stunden pro Monat sie in ihrer Firma leiste. Des Weiteren habe sie nachzuweisen, bis wie viel Uhr und in welchen der drei Filialen C._____, L._____ und M._____ sie ihrer Beschäftigung nachgehe. Es werde eine entsprechende Anfrage durch das Gericht bei der Arbeitgeberin beantragt (Urk. 87 S. 5). Nachdem von der Klägerin sowohl der aktuelle Arbeitsvertrag, welcher eine wöchentliche Arbeitszeit von 25 Stunden ausweist (Urk. 69/1), als auch die Lohnabrechnungen bis Dezember 2012 (Urk. 69/3, Urk. 77) vorliegen und die Klägerin mittels Arbeitsbestätigung glaubhaft machte, dass sie ihre Zusatzbeschäftigung per Ende Februar 2012 aufgab, besteht keinerlei Anlass, dem zweiten Editionsbegehren des Beklagten nachzukommen. Da die Klägerin aktuell eine 60 %-Tätigkeit ausübt, und beim Kläger aufgrund des jetzigen IV-Verfahrensstandes mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass er in absehbarer Zukunft einer Tätigkeit in mindestens gleichem Umfang nachgehen müssen (der Anspruch auf eine IV-Rente entsteht gem. Art. 28 Abs. 2 IVG erst bei einem Invaliditätsgrad ab 40 %), kann die aktuelle grössere zeitliche Verfügbarkeit des Beklagten nicht ausschlaggebendes Kriterium für eine

Zuteilung der Obhut an ihn sein. Sollte der Beklagte demgegenüber tatsächlich in den Genuss einer IV-Rente kommen, ist zu berücksichtigen, dass die geringere zeitliche Verfügbarkeit der Klägerin zur Betreuung des Sohnes durch die beim Beklagten bestehenden gesundheitlichen Defizite, insbesondere die von ihm in der er-

- 20 - gänzenden Einwandbegründung vom 5. September 2011 vorgetragene(n) (massiven) neuropsychologischen Beeinträchtigungen samt Konzentrations- und Gedächtnisschwierigkeiten (Urk. 33/25), in etwa wieder aufgewogen würde.

E. 4.4.3

Kontinuität, Stabilität In der Berufungsschrift legt der Beklagte ausführlich dar, wie es sich seiner Ansicht nach mit der Betreuung des gemeinsamen Sohnes D._____ verhalten haben soll. So soll der Beklagte letztlich zur Hauptbezugsperson von D._____ geworden sein (Urk. 43 S. 3 ff.). Die Klägerin ihrerseits bestreitet die Vorbringen des Beklagten und erklärt die vorinstanzlichen Erwägungen für zutreffend. Die Klägerin anerkennt zwar die vom Beklagten angeführten Arbeitspensum beider Parteien seit der Geburt D._____; sie macht aber geltend, trotzdem habe sie sich überwiegend – mit einer Ausnahme von ungefähr zwei Monaten – um D._____ gekümmert. Auch bestreitet die Klägerin, dass der Beklagte die Hauptbezugsperson von D._____ geworden ist (Urk. 48 S. 3 ff.). Es steht bezüglich der Erziehungsanteile folglich "Aussage gegen Aussage". Die vom Beklagten eingereichten Bestätigungsschreiben (Urk. 33/10-14) vermögen den Beweis der überwiegenden Betreuung durch ihn nicht zu erbringen, bestätigen sie doch vor allem, dass er D._____ zu diversen Aktivitäten begleitet hat. Die Betreuungsanteile der Parteien an D._____'s Erziehung lassen sich im vorliegenden summarischen Verfahren nicht beweisen. Es kann lediglich festgestellt werden, wessen Vorbringen glaubhafter ist – z.B. aufgrund der Tatsache, dass nach der Geburt D._____'s der Beklagte unbestrittenermassen vollzeitlich und die Klägerin teilzeitlich arbeitete (Urk. 43 S. 4). Allerdings stellt sich die Frage, inwieweit dies überhaupt relevant ist (insbesondere was die ersten Lebensjahre D._____'s anbelangt), denn es ist auf die jetzigen und zukünftigen Verhältnisse abzustellen. Der von D._____ anlässlich der Kinderanhörung geäußerte Wunsch, am liebsten je die Hälfte der Zeit bei seiner Mutter und bei seinem Vater zu verbringen, lässt jedenfalls auch nicht darauf schliessen, dass der Beklagte die Hauptbezugsperson D._____'s ist. D._____'s sinngemässer Wunsch nach einer geteilten Obhut kann vorliegend – obschon die äusseren Rahmenbedingungen mit den sich in Gehdistanz voneinander befindenden Wohnungen der Parteien in idealer Weise

- 21 - vorhanden wären – nicht umgesetzt werden, da es am Einvernehmen der Parteien fehlt. Die Obhut muss einem der beiden Elternteile zugesprochen werden. Hierbei ist ein wichtiger Gesichtspunkt, dass die Klägerin bereits früher und bis heute mit einem erhöhten Arbeitspensum in der Lage war, sich um den Sohn zu kümmern und ihm die nötige Betreuung und Aufmerksamkeit zu geben. Zwar hat der Einwand des Beklagten, wonach zu berücksichtigen sei, dass er damals auch noch zu D._____ geschaut habe, auf den ersten Blick etwas für sich. Diese Sichtweise greift aber zu kurz. Einerseits lässt sich eine je hälftige Aufgabenteilung nicht erstellen. Andererseits trifft der Umstand, dass sich die Parteien trennungsbedingt gegenseitig nicht mehr jederzeit bei der Kinderbetreuung unterstützen können, auch auf den Beklagten zu, würde man ihm die Obhut zuteilen. Im Gegensatz zum Beklagten kann die Klägerin jedoch auf die Unterstützung der erwachsenen und im gleichen Haushalt wohnenden vorehelichen Tochter G._____ bei der Kinderbetreuung zurückgreifen (Urk. 50/8). Der Entscheid der Vorinstanz beruht auf der

künftigen Erziehungskontinuität und -stabilität, die nach ihrer Ansicht bei der Klägerin besser gewährleistet sei. Der Beklagte moniert zwar die häufige Fremdbetreuung D.____s, daraus aber den Schluss abzuleiten, D.____ verfüge bei der Klägerin nicht über ein stabiles so- ziales Umfeld (Urk. 87 S. 4), geht fehl. Weil D.____ sowohl mit beiden Elternteilen als auch mit seinen Schwestern ... [Sprache] spricht (Prot. S. 18), hat der Umstand, dass er viermal pro Woche den Mittagstisch besucht (Urk. 86/2b), einen positiven Einfluss auf seine deutsche Sprachkompetenz. Zudem hat er als Kind ohne Geschwister in ähnlichem Alter dort auch die Möglichkeit, mit Gleichaltrigen zu spielen. Die Vorinstanz berücksichtigte, dass die Klägerin bereits über eine feste, unbefristete Stelle verfügt, was in finanzieller Hinsicht besser den langfristigen Kindesinteressen diene. Daran hat sich nichts geändert. Die Klägerin war in- zwischen kurzzeitig arbeitslos. Sie hat aber bereits per 16. April 2012 wieder eine Arbeitsstelle gefunden. Der Klägerin ist es somit gelungen, trotz Verlust ihrer Arbeitsstellen innert kürzester Zeit wieder eine Anstellung zu finden. Die Situation des Beklagten dagegen ist äusserst ungewiss. Er ist zurzeit 20 % erwerbstätig, mittlerweile ausgesteuert und befindet sich in einem IV-Verfahren. Eine Ob-

- 22 - hutsumteilung mit der Gefahr, einer erneuten (Rück-)Umteilung, sollte der Beklagte doch wieder mehr arbeiten müssen, kann nicht im Interesse D.____s sein. Auch unter dem Gesichtspunkt der Kontinuität und Stabilität ist an der Obhutszu- teilung über D.____ an die Klägerin nichts zu beanstanden. Unter den vorliegenden Umständen ist die Stabilität höher zu gewichten, als die aktuell grössere zeitliche Verfügbarkeit des Beklagten.

E. 4.4.4

Kindeswille Der Beklagte führt in seiner Stellungnahme zur Kinderanhörung aus, dass D.____ mindestens die Hälfte der Zeit mit dem Vater verbringen wolle, belege, dass es dem Kindeswunsch entspreche, dass er beim Vater lebe. Die Klägerin habe D.____ in der Vergangenheit regelmässig Versprechungen materieller Art gemacht, wenn D.____ weiterhin bei der Klägerin wohnen bliebe. Es sei davon auszugehen, dass D.____ während der Befragung unter grossem Einfluss der Klägerin gestanden habe (Urk. 87 S. 2). Erstens ist dem Beklagten entgegen zu halten, dass D.____ nicht gesagt hat, er wolle mindestens die Hälfte der Zeit mit dem Vater verbringen, sondern er wolle abwechselnd entweder je eine Woche oder je einen Tag bei seinem Vater und bei seiner Mutter verbringen. Zudem erklärte er ausdrücklich, er wolle nicht tauschen und die Wochen bei seinem Vater und jedes zweite Wochenende bei seiner Mutter verbringen (Prot. S. 18 f.). Wie bereits erwähnt scheitert der Wunsch D.____s daran, dass sich die Eltern nicht verständigen können, aber auch daran, dass D.____ offenbar mit dem beim Beklagten verbrachten Dienstag schon heute an seine Grenzen stösst. Die Ausführungen der Klägerin, wonach D.____ in der Vergangenheit Schwierigkeiten gehabt habe, sich zu orientieren, wann er bei welchem Elternteil übernachten sollte und beispielsweise Schulmaterial beim jeweils anderen Elternteil vergessen habe (Urk. 84 S. 2, Erw. 5.3 unten), erscheinen glaubhaft; berichtet doch auch die Lehrerin davon, dass sie öfters den Hausaufgaben D.____s nachlaufen müsse (Urk. 63 Blatt 4). So besteht denn auch bei einer geteilten Obhut das Risiko, dass die Eltern ihren Konflikt fortsetzen, sich in den häufig notwendigen Absprachen aufreiben oder das Kind mit ganz unter-

- 23 - schiedlichen Tagesabläufen und gegensätzlichen Anweisungen überfordern (FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 N 6). Was die Versprechungen materieller Art angeht, handelt es sich um eine unsubstantiierte Behauptung, wenn der Beklagte nicht einmal ausführt, worin diese Versprechungen bestanden haben sollen. Betreffend die vom

Beklagten ins Feld geführte Beeinflussung D.____s gilt es zu beachten, dass die Beeinflussung von Kindern bzw. ihres Willens und ihrer Einstellung eine Begleiterscheinung in familienrechtlichen Konflikten ist. Es ist erfahrungsgemäss oft so, dass dann, wenn Kinder eine Meinung oder einen Willen äussern, der einer Konfliktpartei nicht genehm ist, die Gegenpartei dies als Ergebnis von Beeinflussung abwertet. Damit aber stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, eine so entstandene Willensbekundung als weniger bedeutsam einzuschätzen. Dabei ist zu bedenken, dass jeder Wille ein beeinflusster Wille ist, auch der Wille Erwachsener. Zu hinterfragen wäre der Kindeswille allenfalls dann, wenn Anzeichen dafür bestünden, dass der geäusserte Kindeswille nicht den "wirklichen" Intentionen entsprechen würde (vgl. Dettenborn, a.a.O., S. 92 f.). Dies ist vorliegend aber nicht der Fall, D.____ will – ohne Weiteres nachvollziehbar – mit beiden Parteien gleichviel Zeit verbringen.

E. 4.4.5

Zusammenfassend ist somit der vorinstanzliche Entscheid, die Obhut über D.____ der Klägerin zuzuteilen, nicht zu beanstanden. D.____ ist in Abweisung der Berufung unter die Obhut der Klägerin zu stellen.

E. 5

Besuchsrecht

E. 5.1

Der Beklagte wurde von der Vorinstanz für berechtigt erklärt, D.____ jeweils jedes zweite Wochenende von Freitag nach Schulschluss bis am Montagmorgen, Schulbeginn, sowie jeden Dienstag nach Schulschluss bis Mittwochmorgen, Schulbeginn, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Zudem wurde der Beklagte nebst einer gerichtsbekannt üblichen Feiertagsbesuchsregelung für berechtigt erklärt, D.____ für die Dauer von vier Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen (Urk. 44 Dispositiv-Ziffer 4).

- 24 -

E. 5.2

Der Beklagte stellte für den Fall einer Obhutzuteilung an die Klägerin keine Eventualbegehren betreffend sein Besuchsrecht (Urk. 43 S. 2).

E. 5.3

In der Stellungnahme zur Kinderanhörung führt die Klägerin aus, D.____s Wunsch nach vermehrtem Kontakt mit seinem Vater könne insofern Rechnung getragen werden, als dem Beklagten ein erweitertes Ferienbesuchsrecht gewährt werde, indem ihm beispielsweise eine zusätzliche Woche eingeräumt werde. Nicht realistisch und daher abzulehnen sei hingegen ein ausgedehnteres Besuchsrecht unter der Woche. Bereits die eine Übernachtung vom Dienstag auf den Mittwoch verlange D.____ viel Flexibilität ab. Trotz klarem Wochenplan habe er in der Vergangenheit Schwierigkeiten gehabt, sich zu orientieren, wann er bei welchem Elternteil übernachten sollte. Dies habe unter anderem dazu geführt, dass er teilweise das für die Schule notwendige Schulmaterial nicht mit sich gehabt habe, weil dieses beim jeweils anderen Elternteil vergessen worden sei. Auch aus diesem Grund sei das von D.____ gewünschte wochenweise Besuchsrecht abzulehnen. Ein solches würde D.____ überfordern (Urk. 84 S. 2).

E. 5.4

In Anbetracht obiger Ausführungen, wonach weitere Übernachtungen D.____s beim Beklagten unter der Woche nicht im Kindeswohl erscheinen (s. Ziff. 4.4.4.), ist die vorinstanzliche Anordnung, was das Besuchsrecht vom Diens- tag auf dem Mittwoch und an den Wochenenden betrifft, zu bestätigen. Der Be- klagte ist demnach für berechtigt zu erklären, D.____ jeweils jedes zweite Wo- chenende von Freitag nach Schulschluss bis am Montagmorgen, Schulbeginn, sowie jeden Dienstag nach Schulschluss bis Mittwochmorgen, Schulbeginn, auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Weiter ist die ge- richtsübliche Feiertagsbesuchsregelung der Vorinstanz zu bestätigen. Dagegen kann dem Beklagten ein grosszügigeres Ferienbesuchsrecht gewährt werden. So kann dem Wunsch D.____s nach einem je hälftigem Aufenthalt bei Klägerin und Beklagtem wenigstens während den Schulferien entsprochen werden. Während den Schulferien besteht keine Gefahr einer Überforderung D.____s durch den Aufenthaltswechsel zwischen den beiden Wohnorten der Parteien. Der Beklagte ist deshalb für berechtigt zu erklären, D.____ für die Dauer von sechs Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Die

- 25 - Ausübung des Ferienbesuchsrechts hat der Beklagte mindestens drei Monate im Voraus mit der Klägerin abzusprechen.

E. 6

Zuteilung und Verlassen der ehelichen Wohnung

E. 6.1

Die Vorinstanz wies die eheliche Wohnung an der ...strasse ..., C.____, inkl. Hausrat und Mobiliar, für die Dauer des Getrenntlebens der Kläge- rin und D.____ zur alleinigen Benützung zu. Zudem wurde der Beklagte ange- wiesen, die Wohnung bis 30. April 2012 zu verlassen (Urk. 44 Dispositiv-Ziffern 5 und 6).

E. 6.2

Der Beklagte fordert die Zuteilung der ehelichen Wohnung samt Haus- rat und Mobiliar an ihn nur für den Fall, dass ihm die Obhut über D.____ zuge- teilt wird (Urk. 43 S. 2 und 11). Nachdem die Obhut nicht dem Beklagten zuzu- sprechen ist, ist die vorinstanzliche Zuweisung der ehelichen Wohnung (samt Hausrat und Mobiliar) für die Dauer des Getrenntlebens an die Klägerin und D.____ zur alleinigen Benützung zu bestätigen. Der Beklagte hat die eheliche Wohnung mittlerweile verlassen (Urk. 71/4), was vorzumerken ist.

E. 7

Unterhalt

E. 7.1

Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten, der Klägerin ab dem 1. Mai 2012 an den Unterhalt und die Erziehung des Kindes einen monatlichen Unter- haltsbeitrag in der Höhe von Fr. 750.– zu bezahlen (Urk. 44 Dispositiv-Ziffer 7). Der Beklagte will für den Fall einer Obhutszuteilung D.____s an die Klägerin sei- ne Unterhaltspflichten neu festgesetzt haben. Er begründet dies mit der Neben- beschäftigung der Klägerin im Call Center (s. Ziff. 4.4.2. oben), was zu einem zu- sätzlichen Nebeneinkommen von mindestens Fr. 1'000.– führe. Damit sei zu- sammen mit dem vorinstanzlich festgelegten Haupteinkommen von Fr.

4'700.– von einem Gesamteinkommen der Klägerin von Fr. 5'700.– auszugehen. Dementsprechend habe sich der festgelegte Kindesunterhalt um Fr. 400.– zu reduzieren, womit er neu bei Fr. 350.– liege (Urk. 43 S. 11 f.).

- 26 - Die Klägerin fordert in der Berufungsantwort aufgrund ihrer voraussichtlichen Arbeitslosigkeit bis zum 31. Dezember 2012 einen monatlichen Kinderunterhaltsbeitrag für D._____ von Fr. 1'123.– und hernach einen solchen von Fr. 750.– (Urk. 48 S. 2). Die angebehrte Erhöhung des Beitrags von Fr. 750.– auf Fr. 1'123.– ist an sich unzulässig (Art. 314 Abs. 2 ZPO); aufgrund der in Kindessachen geltenden *Offizialmaxime* wirkt sich dies vorliegend indes nicht aus (vgl. Erw. 7.4.3).

E. 7.2

Einkommen Klägerin Die Vorinstanz ging in ihrem Entscheid vom 17. Januar 2012 bei der Klägerin von einem Nettoeinkommen aus ihrer Erwerbstätigkeit bei der K._____ AG von monatlich Fr. 4'700.– aus (Urk. 29/1, Urk. 44 S. 21). Die Stelle bei der K._____ AG verlor die Klägerin jedoch per Ende Februar 2012 (Urk. 50/1). Vom 16. Januar bis Ende Februar 2012 ging die Klägerin zusätzlich einer Nebenerwerbstätigkeit bei der J._____ GmbH nach (Urk. 50/2+3). Da die Unterhaltspflicht erst ab dem 1. Mai 2012 festzusetzen ist, bildet weder das Einkommen bei der K._____ AG noch dasjenige bei der J._____ GmbH (Urk. 50/5) Grundlage der Unterhaltsberechnung. Abzustellen ist auf das Einkommen der Klägerin bei der N._____ SA, für welche sie seit dem 16. April 2012 arbeitet. Zuerst war die Klägerin bis zum 15. Oktober 2012 befristet angestellt. Ihr Beschäftigungsgrad betrug 50 %, womit sie monatlich brutto Fr. 2'500.– verdiente (Urk. 53/1). Seit dem 16. Oktober 2012 ist die Klägerin bei der gleichen Arbeitgeberin festangestellt. Die wöchentliche Arbeitszeit beläuft sich auf 25 Stunden, was einem Arbeitspensum von 60 % entspricht (Urk. 69/1). Von Mai bis und mit Oktober 2012 betrug das durchschnittliche monatliche Nettogehalt der Klägerin Fr. 2'212.– (Urk. 69/3). Seit November 2012 beträgt ihr Nettomonatsgehalt Fr. 2'660.– (Urk. 69/3 und 77). Der Klägerin ist kein Einkommen aus einer Nebenerwerbstätigkeit anzurechnen, da wie oben erwähnt (s. Ziff. 4.4.2 oben) eine solche nicht glaubhaft dargetan worden ist.

E. 7.3

Einkommen Beklagter

E. 7.3.1

Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten ein Erwerbersatzeinkommen aus der Arbeitslosenversicherung von Fr. 4'966.– netto an (Urk. 44 S. 21 f.). In

- 27 - der Berufungsbegründung erklärte der Beklagte, dagegen sei nichts einzuwenden (Urk. 43 S. 11). Auch die Klägerin sah sich zu keinen Bemerkungen veranlasst (Urk. 48 S. 12). Mit Eingabe vom 24. Januar 2013 machte der Beklagte geltend, die Frist für den Bezug von Arbeitslosentaggeldern sei mittlerweile aufgebraucht. Er könne aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr als 20 % arbeiten. Seit dem 1. Oktober 2012 gehe er einer Beschäftigung in diesem Umfang nach. Sein IV-Antrag sei nach wie vor pendent. Dementsprechend prüfe er, ob er Sozialhilfe beantragen müsse (Urk. 72). Die Klägerin entgegnet mit Eingabe vom 7. Februar 2013, der Beklagte beziehe bei seiner 20 %-Tätigkeit einen 13. Monatslohn. Zudem will sie ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'778.– für eine 80 %-Stelle anrechnen. In diesem Umfang sei der Beklagte gemäss Vorbescheid der SVA (mindestens) arbeitsfähig. Gemäss Steuererklärung 2011 (Urk. 73/1) habe der

Beklagte damals ein Einkommen in dieser Höhe erzielt. Sollten die Abklärungen der SVA ausserdem ergeben, dass der Beklagte zwischenzeitlich wieder zu 100 % arbeitsfähig sei, wäre ihm sodann ein entsprechend höheres Einkommen anzurechnen. Im Urteil sei daher ein entsprechender Vorbehalt anzubringen (Urk. 76 S. 2).

E. 7.3.2

Der Beklagte bezog von Mai bis November 2012 Arbeitslosentaggelder im Gesamtbetrag von Fr. 21'307.– netto, ohne Kinder- und Ausbildungszulage (Urk. 73/2 und 81/1). Zusätzlich erhielt er von der Suva für die Monate Juli bis September 2012 Taggelder im Gesamtbetrag von Fr. 11'229.90 netto (Urk. 73/2). Seit dem 19. November 2012 ist der Taggeldanspruch des Beklagten ausgeschöpft (Urk. 81/2). Bereits seit dem 1. Oktober 2012 arbeitet er in einem 20 %- Pensum für die O._____ GmbH. Gemäss Lohnausweis verdiente der Beklagte dort vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2012 netto insgesamt Fr. 2'398.– (Urk. 71/1). Gemäss Anstellungsvertrag vom 10. September 2012 beträgt der Monatsbruttolohn jedoch Fr. 800.– (Urk. 71/2). Lohnabrechnungen liegen der urteilenden Kammer trotz entsprechender Aufforderung mit Beschluss vom

E. 7.4

Bedarf beider Parteien

E. 7.4.1

Für den Fall der Obhutszuteilung über D._____ an die Klägerin bemängelte der Beklagte den vorinstanzlich errechneten Bedarf der Parteien anlässlich

- 31 - lich der Berufungsbegründung nicht (Urk. 43 S. 11 f.). Die Klägerin machte in der Berufungsantwort geltend, da die Obhut ihr zuzuweisen sei, seien die von der Vorinstanz errechneten Bedarfswahlen korrekt. Allerdings sei zu Gunsten des Beklagten der von der Vorinstanz errechnete Bedarf zu korrigieren. Dieser betrage nicht Fr. 3'350.–, sondern Fr. 3'843.– (Urk. 48 S. 13).

E. 7.4.2

Die Vorinstanz ging von folgenden Bedarfswahlen der Parteien aus (Urk. 44 S. 22 f.):
Bedarf Klägerin Bedarf Beklagter Grundbetrag Fr. 1'350.– Fr. 1'200.– Grundbetrag D._____ Fr. 400.– Fr. 0.– Wohnkosten, plus Nebenkosten Fr. 1'697.– Fr. 1'300.– Krankenkasse (KVG) Fr. 330.– Fr. 460.– Krankenkasse D._____ (KVG) Fr. 46.– Fr. 0.– Telefon/Internet Fr. 150.– Fr. 150.– Radio-/TV-Gebühren Fr. 39.– Fr. 39.– Hausratversicherung Fr. 18.– Fr. 18.– Fahrkosten/ÖV Fr. 150.– Fr. 79.– Kinderbetreuungskosten Fr. 350.– Fr. 0.– Gesundheitskosten Fr. 0.– Fr. 50.– Gitarrenunterricht D._____ Fr. 98.– Fr. 0.– ...unterricht D._____ Fr. 163.– Fr. 0.– Total enger Notbedarf Fr. 4'791.– Fr. 3'296.– Lohnausfallversicherung Fr. 0.– Fr. 82.– Rechtsschutzversicherung Fr. 0.– Fr. 29.– Steuern Fr. 107.– Fr. 436.– Total erweiterter Notbedarf Fr. 4'898.– Fr. 3'350.– (recte: Fr. 3'843.–)

E. 7.4.3

In Kinderbelangen – wozu auch Kinderunterhaltsbeiträge gehören (BGE 137 III 617; BGer 5A_273/2012 vom 10. Mai 2012, E. 1) – entscheidet das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO, sog. Offizialma-

- 32 - xime). Da der Unterhaltsanspruch des Kindes von der Offizialmaxime beherrscht wird, unterliegt er nicht dem Verschlechterungsverbot (BGE 129 III 419 f.). Es ergeben

sich folgende Neuerungen im Bedarf der Parteien: a) Grundbetrag Klägerin Da G._____, die erwachsene Tochter der Klägerin, seit Mitte Februar 2012 wieder bei der Klägerin wohnt (Urk. 50/8), ist im Bedarf der Klägerin in Abweichung von der Vorinstanz ein Grundbetrag von Fr. 1'250.– (statt Fr. 1'350.–) einzusetzen (vgl. Ziffer II.2.1 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009; nachfolgend: Kreisschreiben; publiziert in ZR 108 Nr. 62). b) Grundbetrag Beklagter Der Beklagte wohnt eigenen Angaben gemäss (s. dazu lit. d unten) mit einer erwachsenen Person in Haushaltsgemeinschaft, weshalb sein Grundbetrag gemäss Ziff. II.1.1 des Kreisschreibens Fr. 1'100.– beträgt. c) Wohnkosten Klägerin Gemäss einer vom Beklagten eingereichten Mitteilung einer Mietzinsänderung vom 13. Juli 2012 beträgt der Mietzins der Klägerin inkl. Nebenkosten (akonto und pauschal) ab dem 1. Oktober 2012 Fr. 1'574.– (Urk. 89/2). Der Beklagte anerkannte vor Vorinstanz zusätzlich Nebenkosten von Fr. 50.– pro Monat (Urk. 44 S. 23), was einem Mietzins inkl. sämtlicher Nebenkosten von Fr. 1'624.– entspricht. Da sich diese Mietzinsreduktion – wie unter Ziffer 7.5 unten zu zeigen sein wird – aufgrund der vorliegenden Mankosituation nicht auf den zu leistenden Unterhaltsbeitrag auswirken wird, kann bei der Klägerin der Einfachheit halber von einer Durchschnittsmiete inkl. sämtlicher Nebenkosten von Fr. 1'650.– ausgegangen werden.

- 33 - d) Wohnkosten Beklagter Die Klägerin erklärt mit Eingabe vom 7. Februar 2013, der Untermietvertrag des Beklagten sei nur pro forma ausgestellt worden. Bei der Vermieterin, W._____, handle es sich um die Lebenspartnerin des Beklagten. Selbst wenn der Beklagte seiner Lebenspartnerin tatsächlich eine Miete bezahlen würde, so wäre in einem solchen Fall eine Miete von Fr. 1'300.– für die Benutzung eines Zimmers überhöht. Die Kosten seien auf maximal Fr. 700.– festzusetzen. Der Beklagte sei zu verpflichten, seine Mietzahlungen in effektiver Höhe zu belegen (Urk. 76 S. 1 f.). Es ist auf Urk. 71/4 abzustellen, der Mietbeginn ist gemäss dem Vertrag vom 28. April 2012 der 1. Mai 2012 bei einem Mietzins zu Fr. 1'200.–; seit dem 1. August 2012 beträgt der Mietzins gemäss Vertrag vom 22. Juli 2012 Fr. 1'300.– exkl. Nebenkosten. Der Beklagte macht geltend, bei W.____ handle es sich um eine langjährige Kollegin und Nachbarin, nicht um seine Lebenspartnerin. Die Wohnung werde gleichberechtigt genutzt, wobei jedem ein Schlafzimmer zur Eigennutzung zur Verfügung stehe. Daher werde die Miete zwischen den zwei Bewohnern je zur Hälfte getragen, wobei der Beklagte zusätzlich Fr. 100.– für die bestehende Möblierung und für die Nutzung durch D.____ bezahle (Urk. 87 S. 3, Urk. 89/1). Damit besteht kein Anlass, den Beklagten zur Einreichung von Zahlungsbelegen aufzufordern. Es ist daran zu erinnern, dass die Parteien sich in einem Eheschutzverfahren befinden, wo Glaubhaftmachung genügt. Es ist lebensfremd anzunehmen, W.____ – dafür dass sie die Lebenspartnerin des Beklagten ist, gibt es keinerlei objektive Anhaltspunkte (vgl. auch Prot. S. 18) – beherberge den Beklagten auf Dauer, ohne einen Mietzins zu verlangen. Zwecks Vermeidung zu vieler Unterhaltsperioden ist beim Beklagten über alle Perioden der Unterhaltsberechnung von einem Mietzins von Fr. 1'300.– auszugehen – dies rechtfertigt sich auch deshalb, weil aus dem Untermietvertrag vom 22. Juli 2012 hervorgeht, dass der Beklagte die Nebenkosten zusätzlich zu bezahlen hat, welche er jedoch nicht belegte.

E. 7.4.4

Die übrigen von der Vorinstanz festgelegten Bedarfswerte sind nicht umstritten und erscheinen angemessen, weshalb auch im Berufungsverfahren

- 34 - ren darauf abzustellen ist. Der massgebliche Bedarf der Parteien präsentiert sich in der vorliegend interessierenden Zeitspanne demnach wie folgt: Bedarf Klägerin Bedarf Beklagter Grundbetrag Fr. 1'250.- Fr. 1'100.- Grundbetrag D._____ Fr. 400.- Fr. 0.- Wohnkosten, plus Nebenkosten Fr. 1'650.- Fr. 1'300.- Krankenkasse (KVG) Fr. 330.- Fr. 460.- Krankenkasse D._____ (KVG) Fr. 46.- Fr. 0.- Telefon/Internet Fr. 150.- Fr. 150.- Radio-/TV-Gebühren Fr. 39.- Fr. 39.- Hausratversicherung Fr. 18.- Fr. 18.- Fahrkosten/ÖV Fr. 150.- Fr. 79.- Kinderbetreuungskosten Fr. 350.- Fr. 0.- Gesundheitskosten Fr. 0.- Fr. 50.- Gitarrenunterricht D._____ Fr. 98.- Fr. 0.- ...unterricht D._____ Fr. 163.- Fr. 0.- Total enger Notbedarf Fr. 4'644.- Fr. 3'196.-

E. 7.5

Nach Ermittlung der relevanten Einkommens- und Bedarfszahlen ist im Folgenden der geschuldete Unterhaltsbeitrag zu berechnen. Die Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf der Parteien (aufgrund der Mankosituation ist auf den engen Notbedarf der Parteien abzustellen; BGE 127 III 68 E. 2b) ergibt sich für die verschiedenen Zeiträume folgendes Bild: ab 1.5.2012 Nov. 2012 ab 1.12.2012 - 31.10.2012 Einkommen Klägerin Fr. 2'212.- Fr. 2'660.- Fr. 2'660.- Einkommen Beklagter Fr. 4'877.- Fr. 4'877.- Fr. 800.- Summe der Einkommen Fr. 7'089.- Fr. 7'537.- Fr. 3'460.-

- 35 - Existenzminimum Klägerin Fr. 4'644.- Fr. 4'644.- Fr. 4'644.- inkl. D._____ Existenzminimum Beklagter Fr. 3'196.- Fr. 3'196.- Fr. 3'196.- Summe der Existenzminima Fr. 7'840.- Fr. 7'840.- Fr. 7'840.- Manko - Fr. 751.- - Fr. 303.- - Fr. 4'380.- Leistungsfähigkeit des Beklagten Fr. 1'681.- Fr. 1'681.- Fr. 0.- Da die Pflege und Erziehung leistende Klägerin mit ihrem Teilzeit-Einkommen ihren eigenen Bedarf nicht zu decken vermag, muss der Barbedarf D._____s soweit möglich vollumfänglich vom Beklagten übernommen werden (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Bei den vorliegenden finanziellen Verhältnissen erweist sich bis zum 30. November 2012 ein Kinderunterhaltsbeitrag in der Höhe von monatlich Fr. 1'485.- als angemessen (für D._____ fallen Kosten von mindestens Fr. 1'487.- an: Fr. 400.- Grundbetrag, Fr. 400.- Anteil Wohnkosten, Fr. 46.- Krankenkassenkosten, Fr. 30.- Anteil Telekommunikation, Kinderbetreuungskosten Fr. 350.-, Fr. 261.- Gitarren- und ...unterricht [Sprache]). Demnach ist der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin rückwirkend für den Zeitraum ab dem 1. Mai bis 30. November 2012 monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'485.- (zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen) für D._____ zu bezahlen. Für die Zeit ab dem 1. Dezember 2012 resultiert bei beiden Parteien ein Manko. Die Teilung des Mankos (mit der möglichen Folge, dass unter Umständen beide Parteien unterhalb ihres Existenzminimums leben müssten) hat das Bundesgericht in Bezug auf den Schuldner verneint. Ihm ist ein bestimmtes Minimum in jedem Fall und unabhängig davon, wer Ansprecher des Unterhalts ist, zu garantieren (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 02.63; BGE 135 III 66 E. 2 - 10). Der Beklagte schuldet der Klägerin für D._____ deshalb in teilweiser Gutheissung seiner Berufung ab dem 1. Dezember 2012 keinen Unterhalt.

- 36 - III.

E. 10

Januar 2013 (Urk. 67 Dispositiv-Ziffer 1) für diese Tätigkeit keine vor. Damit ist davon auszugehen, dass der Beklagte ein monatliches Nettoeinkommen von

- 28 - Fr. 800.– (inkl. 13. Monatslohn) erzielt. Das Nettoerwerbs(ersatz-)einkommen des Beklagten für die Monate Mai bis November 2012 beträgt damit durchschnittlich Fr. 4'877.– pro Monat. Seit dem 1. Dezember 2012 beträgt es monatlich Fr. 800.– netto. Die Klägerin will dem Beklagten deshalb ab dem 19. November 2012 – dem Zeitpunkt seiner Aussteuerung – ein hypothetisches Einkommen anrechnen. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf statt vom effektiv erzielten Einkommen von einem höheren hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Wo allerdings die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche ausser Betracht bleiben (BGE 117 II 16 E. 1b). Wie bereits mehrfach erwähnt, befindet sich der Beklagte in einem Verfahren um den Erhalt einer IV-Rente. In den vorinstanzlichen Akten befinden sich diverse Urkunden betreffend seinen Gesundheitszustand. Daraus geht hervor, dass der Beklagte im Jahr 2007 Taggelder der SUVA erhielt, zuerst zu 100 %, später zu 50 % (Urk. 33/16). Von der P. _____ AG wurde ihm am 21. Januar 2010 per 30. April 2010 aufgrund der eingeschränkten Einsatzmöglichkeiten gemäss einem detaillierten Arztzeugnis vom 17. November 2009 (ausgestellt von Dr. med. Q. _____) gekündigt (Urk. 25/3). Vom 1. Oktober 2009 bis zum 2. Juli 2011 (dem Zeitpunkt der Erschöpfung der Taggelder) bezog er Taggelder der R. _____ Versicherungen (Urk. 11/1 = 25/6, Urk. 25/4, Urk. 33/17 f.). Am 16. Dezember 2010 wurde dem Beklagten von den R. _____ Versicherungen bestätigt, dass seine Arbeitsunfähigkeit bis zu jenem Zeitpunkt aufgrund eines Gutachtens von Dr. S. _____ vom 7. September 2010 [wohl vom 7. Dezember 2010, vgl. Urk. 25/30] als begründet und gerechtfertigt erachtet wurde; weitere Taggeldleistungen ab dem Januar 2011 wurden jedoch an die Bedingung einer psychiatrischen, psychopharmakologischen und psychotherapeutischen Behandlung geknüpft (Urk. 25/5). Die Expertise von Dr. med. S. _____, Spezialarzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 7. Dezember 2010 findet sich als Urk. 25/30 bei den Akten. Er stellt darin als Hauptdiagnose einerseits eine leichte kognitive Störung gemäss ICD-10 F06.7 und andererseits eine mittelgradige depressive Episode gemäss ICD-10 F32.1. Als Nebendiagnose werden

- 29 - anhaltende somatoforme Schmerzstörungen gemäss ICD-10 F45.4 festgestellt (Urk. 25/30 S. 4). Der Gutachter führte damals aus, eine Arbeitsfähigkeit könne nicht bestätigt werden. Die Arbeitsunfähigkeit werde begründet durch eine neurokognitive Beeinträchtigung, aber auch durch die psychische Problematik, ohne dass auf ein hirnanorganisches Korrelat hingewiesen werden könne, welches allenfalls unfallbedingt sein könnte (Urk. 25/30 S. 6). Eine adäquate Behandlung finde nicht genügend statt. Der Beklagte könne im Rahmen seiner Schadenminderungspflicht angewiesen werden, sich einer psychiatrisch, psychopharmakologischen und psychotherapeutischen Behandlung zu unterziehen. Auch ein neurokognitives Aufbautraining könne als Auflage bereit werden. Weiter empfahl der Gutachter, dass der Beklagte in ein Eingliederungsprogramm (beispielsweise über die IV-Stelle) einbezogen werden solle, da ohne Eingliederungsprogramm eine neue berufliche Tätigkeit wahrscheinlich nicht in Frage kommen werde (Urk. 25/30 S. 7 f.). Am 31. März 2011 meldete sich der Beklagte zur Arbeitsvermittlung für ein 20 %-Arbeitspensum an (Urk. 25/25). Ab dem 3. Juli 2011 (Auserschöpfung der Taggelder bei der Krankentaggeldversicherung der R. _____ Versicherung) richtete ihm die Arbeitslosenkasse aufgrund der Anmeldung bei der IV und der Arbeitsfähigkeit von mindestens 20 % die volle Arbeitslosenentschädigung aus (Urk. 33/21; bei einem versicherten Verdienst von Fr. 6'792.–, Urk. 33/20). Bereits am 16. Juni

2011 entschied die IV-Stelle der SVA ... in einem Vorbescheid, dass kein Anspruch des Beklagten auf eine Invalidenrente bestehe (Urk. 33/24). Aus einer ergänzenden Einwandbegründung des Beklagten an die IV-Stelle ... vom 5. September 2011 geht hervor, dass dem Versicherten mit dem Vorbescheid vom 16. Juni 2011 mitgeteilt worden sei, dass Abklärungen ergeben hätten, dass aufgrund eines psychischen Leidens seit Juni 2010 eine Einschränkung im Umfang von 20 % in der Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als Elektromonteur im Aussendienst wie auch für jede andere körperliche leichte bis mittelschwere wechselbelastende Tätigkeit vorliege; da der Invaliditätsgrad damit unter 40 % liege, bestehe kein Rentenanspruch (Urk. 33/25 S. 2). Es wurden vom Beklagten die Anträge gestellt, das Verfahren sei bis zum Vorliegen der Berichte von Dr. med. T._____, Rheumaklinik U._____, und Dr. med. V._____, F._____, [Klinik], zu sistieren. Eventualiter seien weitere medizinische Abklärungen

- 30 - gen durchzuführen und hernach über den Rentenanspruch neu zu entscheiden (Urk. 33/25 S. 1). Begründet wurden die Anträge hauptsächlich mit Mängeln des Gutachtens (Urk. 33/25 S. 2). Das F._____, Privatklinik für Psychiatrie und Psychotherapie, bestätigte mit Schreiben vom 1. September 2011, dass der Beklagte vom 9. Mai bis 26. August 2011 an vier von fünf Tagen am teilstationären Programm der Tagesklinik teilgenommen habe (Urk. 33/15). Wie oben unter Ziff. 4.4.2 bereits erwähnt, hat die IV-Stelle der SVA ... im Dezember 2012 bei verschiedenen Ärzten einen aktuellen Arztbericht eingefordert. Sobald diese Berichte vorlägen, werde der Fall weiterbearbeitet (Urk. 71/3). Aufgrund der eben geschilderten Krankheitsgeschichte des Beklagten und da aktuelle Arztberichte zur Zeit ausstehend sind, kann dem Beklagten kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. In einem summarischen Verfahren ist auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen. Diese lassen jedoch die Beurteilung der Frage, welche Tätigkeit in welchem Umfang für den Beklagten aktuell als zumutbar erscheint, nicht zu. Im vorliegenden Eheschutzverfahren ist – aufgrund der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Beklagten und seinen damit verbundenen ungewissen Berufschancen – von den aktuellen tatsächlichen und nicht von hypothetischen Verhältnissen auszugehen. Sollte der Beklagte – entgegen dem bisherigen Vorbescheid der IV-Stelle – künftig zusätzlich zur Teilzeitanstellung doch noch eine IV-Rente erhalten, ist die Klägerin auf die Möglichkeit einer Abänderungsklage zu verweisen. Das gleiche gilt, falls die IV-Stelle dem Beklagten nach Vorliegen der Arztberichte wiederum eine Arbeitsfähigkeit in einem Umfang, welche nicht zum Bezug einer IV-Rente berechtigt, attestiert. Dann wäre – nach einer angemessenen Übergangsfrist – die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu prüfen. Aktuell wurde vom Beklagten glaubhaft gemacht, dass er nebst seinem Nebenerwerb durch die Sozialhilfe unterstützt wird. Ihm ist damit ab dem Zeitpunkt seiner Aussteuerung bzw. ab Dezember 2012 lediglich ein Monatseinkommen von Fr. 800.– netto anzurechnen.

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