

# ZH\_OBERGERICHT LE120052 vom 21. September 2012

ZH Obergericht, 2012-09-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE120052](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120052)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE120052 du 21 septembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LE120052 del 21 settembre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Am 17. September 2011 reichte der Kläger bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren ein (Vi-Urk. 1). Beide Parteien beanspruchten die Obhut über die beiden Kinder der Parteien, C.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.1999) und D.\_\_\_\_\_ (geb. tt.mm.2005). Anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 7. November 2011 schlossen die Parteien im Rahmen vorsorglicher Massnahmen eine Verein-

- 5 - barung, wonach beide Kinder bis zum erstinstanzlichen Entscheid unter die Obhut der Beklagten zu stellen seien; ebenso einigten sich die Parteien über das Besuchsrecht des Klägers bis Ende 2011, die Errichtung einer Erziehungsbeistandschaft sowie Akonto-Unterhaltsleistungen des Klägers (Vi-Urk. 25 und 29). Mit Verfügung vom 12. Dezember 2011 entschied die Vorinstanz in diesem Sinne (Vi-Urk. 33). Mit Eingabe vom 15. Mai 2012 beantragte die Prozessbeiständin der Kinder, die Tochter unter die Obhut der Beklagten und den Sohn unter die Obhut des Klägers zu stellen, unter entsprechender Ausgestaltung des Besuchsrechts; D.\_\_\_\_\_ sei sodann bereits als vorsorgliche Massnahme, in Abänderung der Verfügung vom 12. Dezember 2011, unter die Obhut des Klägers zu stellen und das Besuchsrecht der Beklagten entsprechend zu regeln (Vi-Urk. 56). Dem Antrag auf Abänderung der vorsorglichen Massnahmen schlossen sich der Erziehungsbeistand der Kinder und der Kläger an (Vi-Urk. 61 und 63). Mit Eingabe vom 27. Juni 2012 beantragte der Erziehungsbeistand der Kinder sodann die superprovisorische Umteilung der Obhut über den Sohn auf den Kläger (Vi-Urk. 73). Am 20. Juli 2012 erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Vi-Urk. 94 = Urk. 2).

### E. 2

Hiergegen hat der Kläger am 6. August 2012 fristgerecht Berufung erhoben, welche unter der vorliegenden Prozess-Nummer angelegt wurde (Urk. 1); die Berufungsanträge sind eingangs wiedergegeben. Ebenso hat die Prozessbeiständin der Kinder für die Prozessbeteiligten gegen das angefochtene Urteil am 7. August 2012 fristgerecht Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Berufungsanträgen erhoben (Urk. 21/1); deren Berufung wurde unter der Prozess-Nummer LE120053 angelegt.

### E. 3

Auf die Einforderung von Kostenvorschüssen wurde in beiden Berufungsverfahren zum Zweck der Verfahrensbeschleunigung verzichtet.

### E. 4

Im vorliegenden Berufungsverfahren hat die Beklagte am 17. August 2012 fristgerecht die Berufungsantwort erstattet (Urk. 5), ebenso fristgerecht die Prozessbeiständin der Kinder am 22. August 2012 (Urk. 7).

- 6 - Im Berufungsverfahren LE120053 hat der Kläger am 10. August 2012 fristgerecht die Berufungsantwort erstattet (Urk. 21/5), ebenso fristgerecht die Beklagte am 17. August 2012 (Urk. 21/6). Die Berufungsantworten wurden je den Gegenparteien zugestellt (Urk. 11).

#### **E. 5**

a) Als Folge der Umteilung der Obhut über D.\_\_\_\_\_ zum Kläger ist das Besuchsrecht der Beklagten für D.\_\_\_\_\_ zu regeln (und dasjenige des Klägers für D.\_\_\_\_\_ aufzuheben). Der Kläger und die Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ haben hierzu ausformulierte Anträge gestellt (Urk. 1 S. 2 f., Urk. 21/1 S. 3). Die Beklagte hat sich im Berufungsverfahren zum Besuchsrecht nicht – auch nicht eventualiter – geäußert (Urk. 5; Urk. 21/6, bes. S. 9). b) Die inhaltlich identischen Anträge des Klägers und der Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ zum Besuchsrecht der Beklagten lehnen sich an die vorinstanzliche Regelung des Besuchsrechts des Klägers (Urk. 2 S. 29) an, sind gegenüber diesem allerdings im Umfang etwas eingeschränkter (Wochenend-Besuchsrecht erst von Samstagabend an), was mit dem Umstand, dass die Beklagte häufig am Samstag arbeitet, begründet wird (Urk. 21/1 S. 9 i.V.m. Vi-Urk. 56 S. 21) und unwidersprochen geblieben ist. Die von der Vorinstanz angeordneten Modalitäten der Ausübung des Besuchsrechts (Bringpflicht der Beklagten beim Wochenend-Besuchsrecht etc.; Verbot der Übernachtung bei den Grosseltern) wurden in den Anträgen nicht übernommen; auch dies ist unwidersprochen geblieben. c) Das beantragte und unwidersprochene Besuchsrecht (für beide Parteien) erscheint ohne weiteres als im Kindeswohl liegend und ist entsprechend anzunehmen.

#### **E. 6**

a) Die Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ beantragt die Anweisung der Vorinstanz, vor dem Endentscheid des Eheschutzverfahrens ein Erziehungsfähigkeitsgutachten über beide Parteien einzuholen (Urk. 21/1 S. 3 und S. 9). b) Mit Berufung anfechtbar ist einzig das Dispositiv des angefochtenen Entscheids, nicht dagegen allfällige Erwägungen. Im Dispositiv des angefochtenen vorinstanzlichen Urteils ist keine Abweisung eines entsprechenden Antrags

- 16 - der Prozessbeiständin von D.\_\_\_\_\_ enthalten, weshalb auf die Berufung in diesem Punkt nicht einzutreten ist. c) Im Übrigen wäre der Antrag auch unbegründet. Ausser in pathologischen Fällen, wo es dem Gericht an Sachkenntnis mangelt, ist im Eheschutzverfahren von der Einholung von Gutachten wenn immer möglich abzusehen. Hierzu kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (Urk. 2 S. 23-25) verwiesen werden.

#### **E. 7**

Die Anpassung der Unterhaltspflicht des Klägers für die beiden Kinder (vgl. Vi-Urk. 33 Dispositiv-Ziffer 5) ist nicht verlangt worden. IV. 1. Die Beklagte hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeiständung gestellt und dabei auf ihre Eingabe an die Vorinstanz vom 31. Oktober 2011 verwiesen; ihre finanziellen Verhältnisse hätten sich seither nicht verändert (Urk. 5 S. 7, Urk. 21/6 S. 10). Mit ihrer Eingabe vom 31. Oktober 2011 (Vi-Urk. 13) hat die Beklagte verschiedene Unterlagen eingereicht, dagegen nicht ihr Armenrechtsgesuch begründet bzw. ihre finanziellen Verhältnisse dargelegt (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sowohl in jener Eingabe wie auch im Plädoyer der Verhandlung vom 7. November 2011 war sodann das Armenrechtsgesuch nur eventualiter, wenn nicht der Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses verpflichtet werde, gestellt worden (Vi-Urk. 13 S. 1, Vi-Urk. 23

S. 4). Die Pflicht des Staates zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Beistandspflicht aus Familienrecht nach (BGE 85 I 1 ff.; ZR 83/1984 Nr. 21 und ZR 90/1991 Nr. 82); die Gewährung des prozessualen Armenrechts kommt daher nur in Frage, wenn der ansprechenden Partei kein Prozesskosten- vorschuss zugesprochen bzw. die Gegenpartei nicht gestützt auf die eheliche Beistandspflicht zur Übernahme der Prozesskosten verpflichtet werden kann. Zu prüfen ist damit, ob der Gesuchsteller tatsächlich zur Leistung eines solchen Vor-

- 17 - schusses in der Lage wäre. Aus den Akten ergibt sich ein monatliches Einkommen des Klägers von Fr. 6'791.15 netto inkl. Kinderzulagen (Vi-Urk. 12/1), wovon er die mit Verfügung der Vorinstanz vom 12. Dezember 2011 angeordneten Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.-- an die Beklagte leisten muss (Vi-Urk. 33 S. 7). Über Vermögen verfügen die Parteien nicht (Vi-Urk. 12/4 = gemeinsame Steuer- erklärung 2010). Daher kann nicht als erhärtet gelten, dass der Kläger zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Lage wäre. Die Beklagte verfügt nebst eigenen Einkünften von rund Fr. 1'000.-- pro Monat (Vi-Urk. 17/4, für 30 % Pensum) über die erwähnten Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.-- und ist damit als im armenrechtlichen Sinne mittellos anzusehen. Ihre Rechtsposition im Berufungsverfahren kann auch nicht als aussichtslos angesehen werden und sie ist auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Daher ist ihr die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung zu gewähren (Art. 117 ZPO). Die Beklagte ist auf die Nachzahlungspflicht hinzuweisen (Art. 123 ZPO). 2. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss ständiger, unter dem alten Prozessrecht entwickelter (ZR 84/1985 Nr. 41) und unter dem neuen Prozessrecht (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO) weitergeführter Praxis der Kammer sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange den Parteien unabhängig vom Ausgang je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten. Solche sind auch der unterliegenden Beklagten nicht abzusprechen. Demgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens – inklusive die Kosten der Kindesvertretung (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) – beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. 3. Dementsprechend sind für das Berufungsverfahren keine Parteient- schädigungen zuzusprechen.

- 18 - Es wird beschlossen:

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