

ZH_OBERGERICHT LE120063 vom 4. Februar 2013

ZH Obergericht, 2013-02-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120063

FR: ZH_OBERGERICHT LE120063 du 4 février 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LE120063 del 4 febbraio 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien standen seit dem 4. November 2011 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). Im vorinstanzlichen Verfahren einigten sich die Parteien mit Vereinbarung vom 23. Dezember 2011 über sämtliche Nebenfolgen des Getrenntlebens, mit Ausnahme des Besuchsrechts. Dieses wurde der gerichtlichen Regelung vorbehalten und lediglich bis zum Entscheid des Gerichts eine vorübergehende Regelung vereinbart (Urk. 30). Mit Eingabe vom 15. Februar 2012 beantragte der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) die nachträgliche Berichtigung von Ziffer 6 der Teilkonvention vom 23. Dezember 2011 dahingehend, dass die Kinderzulagen nicht zusätzlich zu den vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträgen geschuldet seien, sondern darin bereits enthalten seien (Urk. 39). Die Vorinstanz gelangte zum Ergebnis, dass die Unterhaltsberechnung korrekt vorgenommen worden sei und zudem den finanziellen Verhältnissen und der Leistungsfähigkeit der Parteien angemessen erscheine, weshalb sie die gesamte Teilvereinbarung vom 23. Dezember 2011 mit Urteil vom 6. Juni 2012 genehmigte und über das strittig gebliebene Besuchsrecht einen Entscheid fällte. Die Begründung des vorerst in unbegründeter Form erlassenen Entscheids wurde den Parteien am 31. August 2012 bzw. 3. September 2012 zugestellt (Urk. 59/1-2).

E. 2

Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 13. September 2012 innert Frist Berufung, wobei er die oben angeführte Anträge stellte (Urk. 65). Am 22. Oktober 2012 erstattete die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) fristgerecht die Berufungsantwort mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 71). Die Berufungsantwort wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 24. Oktober 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 72).

E. 2.1

Der Gesuchsgegner begründet seinen Antrag damit, dass die Parteien sowie die Vorinstanz infolge eines Rechnungsfehlers im Rahmen der gestützt auf die Lohnabrechnung per 25. Oktober 2011 vorgenommenen Einkommensberechnung bei ihm von einem zu hohen Nettoeinkommen ausgegangen seien. So sei im Oktober 2011 von seiner Arbeitgeberin eine Einmalzahlung für ein Halbtax-/Jahresabonnement von Fr. 155.– erfolgt, welche nicht auf das Jahr hätte umgerechnet werden dürfen. Richtigerweise hätte das anrechenbare Nettoeinkommen deshalb nicht Fr. 5'450.–, sondern Fr. 5'282.40 (= Nettolohn von Fr. 4'876.75 [= Fr. 5'031.15 – Fr. 155.–] + Anteil am 13. Monatslohn von Fr. 406.25), zuzüglich Kinder- und Ausbildungszulagen von Fr. 200.–, betragen (Urk. 65 S. 10). Infolge

- 21 - dieses Rechnungsfehlers seien Unterhaltsbeiträge vereinbart worden, durch welche in sein Existenzminimum eingegriffen worden sei. Er habe sich beim Abschluss der Vereinbarung in einem Grundlagenirrtum befunden, da er davon ausgegangen sei, dass ihm durch die vereinbarten Unterhaltsbeiträge sein Existenzminimum belassen werde. Sodann sei aus den Lohnabrechnungen Januar bis August 2012 (Urk. 68/7) ersichtlich, dass sich sein anrechenbares Nettoeinkommen infolge eines höheren BVG-Abzugs seit Januar 2012 auf Fr. 5'208.40 (= Nettolohn von Fr. 4'807.75 + Anteil am 13. Monatslohn von Fr. 400.65) verringert habe. Sein Notbedarf habe sich seit Juli 2012 – insbesondere infolge höherer Wohnkosten – von Fr. 3'543.50 auf Fr. 3'607.50 erhöht. Da er von Februar 2012 bis Juni 2012 bei seiner Schwester gewohnt habe und den in der Notbedarfsberechnung vorgesehenen Betrag für Wohnkosten von Fr. 1'300.– nicht ganz ausgeschöpft habe, fechte er die bis Juni 2012 vereinbarten Unterhaltsbeiträge nicht an (Urk. 65 S. 9 ff.).

E. 2.2

Die Gesuchstellerin stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Parteien die Teil-Eheschutzvereinbarung basierend auf den vorgelegenen Unterlagen im Wissen um deren Inhalte und effektiven Verhältnisse abgeschlossen hätten. Als Einigungsbasis hätten im Rahmen der Konventionsverhandlungen drei verschiedene Unterhaltsberechnungen vorgelegen. Den Parteien sei aufgrund der intensiven Verhandlungen absolut klar gewesen, worauf sie sich einliessen, weshalb entgegen den Ausführungen des Gesuchsgegners nicht von einem Irrtum auszugehen sei. Die nachträgliche Berufung auf einen solchen stelle ein treuwidriges Verhalten dar. Falls das Vorliegen eines Grundlagenirrtums bejaht würde, so müssten die Positionen der Existenzminimumberechnung und die vermeintlich weggefallenen Pikett-Zulagen neu beurteilt werden. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass in der vorinstanzlichen Bedarfsberechnung gewisse Ausgaben (Fahrzeugkosten von Fr. 300.–, Kosten für die Garagenmiete von Fr. 130.–, Kosten für auswärtige Verpflegung von Fr. 230.–) ausgesprochen grosszügig angerechnet worden seien. Mit Bezug auf den reduzierten Nettolohn infolge höherer BVG-Abzüge macht die Gesuchstellerin geltend, dass es sich bei den vom Gesuchsgegner mit der Beru-

- 22 - fungsschrift eingereichten Lohnabrechnungen von Januar 2012 bis August 2012 um unzulässige Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO handle, welche im Rechtsmittelverfahren nicht zu berücksichtigen seien, da es dem Gesuchsgegner möglich gewesen wäre, die genannten Lohnabrechnungen bereits vor Vorinstanz mit seinen Eingaben vom 15. Februar 2012 und 2. Mai 2012 einzureichen. Abschliessend bringt die Gesuchstellerin vor, dass vorliegend die Officialmaxime nicht gelte, da es insgesamt um die Anpassung des Ehegattenunterhalts und nicht um die Anpassung des Kinderunterhalts gehe, nachdem nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Kinderunterhalt dem Erwachsenenunterhalt vorgehe (Urk. 71 S.5 f.).

E. 2.3

Da die Angemessenheit der vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge nach Art. 287 ZGB Voraussetzung für die Genehmigung bildet, ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, ob die in der Teilvereinbarung vom 23. Dezember 2011 vereinbarten Unterhaltsbeiträge der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners entsprechen (nachstehend Erw. 3). Sollte dies bejaht werden, wäre in einem nächsten Schritt eine Auseinandersetzung mit dem gesuchsgegnerischen Vorbringen des Grundlagenirrtums angezeigt (nachstehend Erw. 4). 3. Angemessenheit der Vereinbarung

E. 3

Eltern, denen die Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Die Vorstellungen darüber, was in durchschnittlichen Verhältnissen als angemessenes Besuchsrecht zu gelten hat, gehen in Lehre und Praxis auseinander (BGE 131 III 209 ff. und daselbst zit. Entscheide). Bei der Festsetzung des Besuchsrechtes geht es nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu regeln (BGE 123 III 451). Dem Gericht steht dabei ein grosser Ermessensspielraum zu (Art. 4 ZGB; BGE 122 III 404 E. 3a mit Hinweisen; ZR 103 Nr. 35). Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechtes gilt immer das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist. Allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 131 III 212 und daselbst zit. Entscheide). Gemäss aktueller Lehre und Praxis richten sich Häufigkeit und Dauer der Besuchskontakte vor allem nach dem Alter des Kindes, seiner bisherigen Bindung zum anderen Elternteil und nach der Häufigkeit der bisherigen Kontakte. Entscheidend beeinflusst werden die Häufigkeit und Dauer auch von der Beziehung der Eltern untereinander: bei hohem Konfliktpotenzial können zur Verminderung nachteiliger Auswirkungen auf das Kind Einschränkungen erforderlich sein (Schwenzer in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2012, N 13 zu Art. 273 ZGB m.w.H. zur bundesgerichtlichen und kantonalen Judikatur). Sodann ist das kindliche Zeitgefühl in jedem Fall zu beachten, so dass insbesondere bei Kleinkindern einerseits keine zu lange Trennung des Kleinkindes von der Hauptbezugsperson erfolgen darf, andererseits der Abstand zwischen den Besuchen zwei Wochen nicht überschreiten sollte (Schwenzer, a.a.O., N 14 zu Art. 273 ZGB). Bei Kindern im Vorschulalter wird deshalb auf Übernachtungen beim Besuchsberechtigten regelmässig verzichtet (PraxKomm/Wirz N 24 zu Art. 273 ZGB). Ob das Kind beim

- 15 - Besuchsberechtigten übernachtet, hängt neben dem Alter vor allem auch von der Qualität der Beziehung und der bisherigen Bindung zum Besuchsberechtigten ab (vgl. Schwenzer, a.a.O., N 9 und N 14 f. zu Art. 273 ZGB; BGE 123 III 451). Bei schulpflichtigen Kindern mit einer guten Beziehung zum nicht obhutsberechtigten Elternteil werden gemäss der entscheidenden Kammer ein bis zwei Besuchswochenenden pro Monat eingeräumt (Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 27. Februar 2004, Geschäfts-Nr. LP030094). Wie schon die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, tendiert die Praxis in der deutschen Schweiz bei strittigen Fällen des Besuchsrechtes bei Kleinkindern zu einem Tag oder zwei halben Tagen pro Monat. Von einem Ferienbesuchsrecht wird erst nach Eintritt des Kindes in die Schulpflicht ausgegangen. Bei Besuchsrechtsregelungen im Rahmen von eheschutzrichterlichen Massnahmen ist zu berücksichtigen, dass diese aufgrund der summarischen Natur des Verfahrens leichter abzuändern sind und Veränderungen besser aufgefangen werden können als im Falle der Scheidung, weshalb der Entscheidung die konkreten momentanen Verhältnisse zugrunde zu legen sind und mögliche künftige Veränderungen nicht in die Entscheidung mit einzubeziehen sind (ZR 2004 Nr. 35).

E. 3.1

Weil in Kinderbelangen die *Offzialmaxime* gilt (Art. 296 Abs. 3 ZPO, vgl. Erw. A.1.), werden Vergleiche betreffend Unterhaltsbeiträge für ein minderjähriges Kind erst durch die Genehmigung durch das Gericht verbindlich (Art. 287 Abs. 3 ZGB). Die Genehmigung

beinhaltet eine materielle Prüfungspflicht. Das Gericht hat zu prüfen, ob die Vereinbarung insbesondere den quantitativen (Art. 285 f. ZGB) und qualitativen Aspekten (Dauer, Indexierung usw.) sowie dem freien Willen und der reiflichen Überlegung der Parteien entspricht. Demzufolge ist neben dem Bedarf des Kindes die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten das entscheidende Kriterium. Dies erfordert eine konkrete Ermittlung der Verhältnisse in Nachachtung der Untersuchungsmaxime, gemäss welcher das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Die Genehmigung ist zu verweigern, wenn die Vereinbarung den genannten Anforderungen - 23 - nicht genügt (Breitschmid, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl. 2010, N 14 und 16 zu Art. 287 ZGB m.w.H.).

E. 3.2

In Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen hielt das Bundesgericht in einem Grundsatzentscheid fest, dass für alle familienrechtlichen Unterhaltspflichtigen die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen die obere Grenze des Unterhaltsanspruchs bilde (BGE 123 III 1; bestätigt in BGE 135 III 66). Auch wenn Kinderalimente nach Art. 285 Abs. 1 ZGB zuzusprechen sind, ist demnach dem Schuldner das Existenzminimum zu belassen. In einem nächsten Schritt ist deshalb zu prüfen, ob die vereinbarten Unterhaltsbeiträge einen Eingriff in das Existenzminimum des Gesuchsgegners darstellen. In diesem Fall wäre der vereinbarte Unterhaltsbeitrag als nicht angemessen zu qualifizieren und der Vereinbarung müsste die Genehmigung versagt werden.

E. 3.3

Der Gesuchsgegner hat die bis Juni 2012 vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge nicht angefochten, weshalb die Vereinbarung diesbezüglich in Rechtskraft erwachsen ist. Damit ist die Unterhaltsvereinbarung lediglich für die Zeit ab Juli 2012 auf deren Angemessenheit hin zu überprüfen ist. Zur Beurteilung der Angemessenheit ist das Einkommen und der Notbedarf des Gesuchsgegners zu ermitteln.

E. 3.4

Einkommen Gesuchsgegner

E. 3.4.1

Weil vorliegend einzig die Kinderunterhaltsbeiträge angefochten sind und damit die Vereinbarung mit Bezug auf die Ehegattenunterhaltsbeiträge bereits in Rechtskraft erwachsen ist, gilt vorliegend wie erwähnt und entgegen dem Vorbringen der Gesuchstellerin die uneingeschränkte Official- und Untersuchungsmaxime. Da das Gericht in Kinderbelangen und damit auch hinsichtlich des Kindesunterhaltes den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (vgl. Erw. A.1.), ist erneut darauf hinzuweisen, dass in prozessualer Hinsicht in allen Instanzen sowohl echte als auch unechte Noven zulässig sind, weshalb das Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach es sich bei den mit der Berufungsschrift eingereichten Lohnabrechnungen von Januar 2012 bis August 2012 um unzulässige Noven gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO handle, zu verwerfen ist.

- 24 -

E. 3.4.2

Da vorliegend Noven uneingeschränkt zu berücksichtigen sind, ist das Einkommen des Gesuchsgegners gestützt auf die aktuellen Lohnabrechnungen zu ermitteln. Der

Gesuchsgegner macht in seiner Berufung geltend, dass sich sein anrechenbares Einkommen infolge eines höheren BVG-Abzugs seit Januar 2012 auf Fr. 5'208.40 (= Nettolohn von Fr. 4'807.75 + Anteil am 13. Monatslohn von Fr. 400.65), zuzüglich Kinder- und Ausbildungszulagen von Fr. 200.–, reduziert habe (Urk. 65 S. 10). Aus den erwähnten Lohnabrechnungen gehen die vom Gesuchsgegner angeführten Einkommenszahlen hervor. Die von der Gesuchstellerin behaupteten Pikettzulagen finden sich in den aktuellen Lohnabrechnungen nicht, weshalb davon auszugehen ist, dass das Schreiben der Arbeitgeberin vom 8. Dezember 2011 (Urk. 27/21), wonach der Gesuchsgegner im Februar 2011 seinen letzten Pikett Einsatz gehabt habe und in Zukunft keinen Pikettdienst mehr leisten werde, nach wie vor Bestand hat. Damit ist beim Gesuchsgegner von einem Nettoeinkommen von Fr. 5'208.– auszugehen.

E. 3.5

Bedarf Gesuchgegner Aus den Akten ergibt sich folgender Notbedarf des Gesuchgegners: Grundbetrag: Fr. 1'200.– Wohnkosten: inkl. Garagenmiete: Fr. 1'430.– Krankenkasse: Fr. 203.– Hausrat/Haftpflicht: Fr. 40.– Kommunikation (inkl. Billag): Fr. 140.– Auto: Fr. 300.– Auswärtige Verpflegung Fr. 230.– Total: Fr. 3'543.–

E. 3.5.1

Der monatliche Grundbetrag von Fr. 1'200.– ergibt sich aus dem Kreis-schreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006.

- 25 -

E. 3.5.2

Der Gesuchsgegner macht in seiner Berufungsschrift ab Juli 2012 effektive Wohnkosten von Fr. 1'368.– sowie Kosten für die Garagenmiete von Fr. 110.– geltend und reicht zum Beleg den Mietvertrag für die 3-Zimmerwohnung in E. _____ ins Recht (Urk. 68/8). In der vor Vorinstanz erstellten Notbedarfsberechnung wurde dem Gesuchsgegner für Wohnkosten lediglich der Betrag von Fr. 1'300.– und für die Garagenmiete Fr. 130.– zugestanden. Da gegenüber unmündigen Kindern besonders hohe Anforderungen an die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen zu stellen sind, und da vorliegend die finanziellen Verhältnisse der Parteien äusserst knapp sind, rechtfertigt es sich, in der Notbedarfsberechnung für Wohnkosten (inkl. Garagenmiete) nach wie vor den Betrag von Fr. 1'430.– einzusetzen.

E. 3.5.3

Die Krankenkassenkosten und die Kosten für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung sind belegt (Urk. 68/9) und im Übrigen unverändert geblieben.

E. 3.5.4

Der Gesuchsgegner macht Kommunikationskosten (inkl. Billag) von monatlich Fr. 158.– geltend (Urk. 65 S. 11), während die Parteien in der vor Vorinstanz ausgearbeiteten Notbedarfsberechnung noch bei beiden Parteien von Kommunikationskosten von je Fr. 140.– ausgegangen sind. Da der Gesuchsgegner nicht dartut, inwiefern sich die Kommunikationskosten seither erhöht haben sollen, bleibt es beim Betrag von Fr. 140.–. Dies ist im Übrigen reichlich bemessen und vermag die angeführten höheren Wohnkosten zu kompensieren.

E. 3.5.5

Die Parteien gingen vor Vorinstanz von Fahrzeugkosten von Fr. 300.– pro Monat aus (Urk. 31). Die Gesuchstellerin macht berufungsweise geltend, dass in der vorinstanzlichen Bedarfsberechnung die umstrittenen Fahrzeugkosten mit Fr. 300.– ausgesprochen grosszügig berücksichtigt worden seien (Urk. 71 S. 6). Mit Blick auf die Tatsache, dass die Arbeitgeberin des Gesuchsgegners erwartet, dass er mit dem Auto zur Arbeit erscheint (vgl. Urk. 68/13) und dem Auto deshalb Kompetenzqualität zukommt sowie unter Berücksichtigung, dass gemäss Kreis- schreiben Automobilkosten von Fr. 100.– bis Fr. 600.– pro Monat zu berücksichti- gen sind, ist die Anrechnung von Fahrzeugkosten von Fr. 300.– nicht als überaus grosszügig zu werten – wie dies von der Gesuchstellerin angeführt wird –, wes- halb dem Gesuchsgegner Automobilkosten von Fr. 300.– anzurechnen sind.

- 26 -

E. 3.5.6

Weiter beanstandet die Gesuchstellerin, dass der vor Vorinstanz für die Kosten für auswärtige Verpflegung dem Gesuchsgegner zugestandene Betrag von Fr. 230.– zu hoch sei, zumal die Kosten nicht belegt seien (Urk. 71 S. 6). Vor dem Hintergrund, dass der Gesuchstellerin als Teilzeitangestellte auf Abruf vor Vorinstanz für auswärtige Verpflegung ein Betrag von Fr. 100.– angerechnet wur- de, erscheinen die dem vollzeitig erwerbstätigen Gesuchsgegner angerechneten Verpflegungskosten von Fr. 230.– als angemessen.

E. 3.5.7

Damit bleibt es bei dem vor Vorinstanz errechneten Notbedarf des Ge- suchsgegners von gerundet Fr. 3'543.–.

E. 3.6

Werden vom anrechenbaren monatlichen Nettoeinkommen des Gesuchs- gegners von Fr. 5'208.– der Notbedarf von Fr. 3'543.– sowie die in Rechtskraft erwachsenen Ehegattenunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 900.– in Abzug ge- bracht, resultiert ein Betrag von Fr. 765.–. Dieser Betrag steht dem Gesuchsgeg- ner zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen zur Verfügung, ohne dass ein Eingriff in sein Existenzminimum erfolgt. Die mit der Teilkonvention vom 23. Dezember 2011 in der zweiten Phase vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– stellen damit einen Eingriff in das Existenzminimum des Gesuchs- gegners dar. Da – wie erwähnt – gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dem Unterhaltspflichtigen stets das Existenzminimum zu belassen ist, entspricht die Unterhaltsvereinbarung nicht den finanziellen Verhältnissen des Leistungs- pflichtigen und kann deshalb nicht als angemessen erachtet werden. Damit ist die Unterhaltsvereinbarung mit Bezug auf die Zeit ab Juli 2012 nicht genehmigungs- fähig. 4. Grundlagenirrtum Da die Voraussetzungen für die Genehmigung der Unterhaltsvereinbarung man- gels Angemessenheit für die Zeit ab Juli 2012 nicht erfüllt sind, erübrigt sich die Prüfung der Frage, ob der Unterhaltsvertrag auch infolge Vorliegen eines Grund- lagenirrtums für den Gesuchsgegner unverbindlich wäre.

- 27 - 5. Festsetzung der Unterhaltsbeiträge

E. 4

Vorab ist festzuhalten, dass mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Festlegung eines Besuchsrechts mit dem Kindeswohl von C. _____ im Grundsatz nicht vereinbar wäre. Der von der Gesuchstellerin erhobene Vorwurf der Gewaltanwendung gegenüber C. _____ wurde von Seiten des

Gesuchsgegners vor Vorinstanz – mit Ausnahme eines kleinen Klapses auf den Po – zurückgewiesen (vgl. Prot. I S. 15); dieser Vorwurf vor Vorinstanz liess sich weiter nicht erhärten, und die Gesuchstellerin erhob keine neuen Vorwürfe dieser Art. Auch kann aus dem Vorbringen der Gesuchstellerin, wonach C._____ nach wie vor für jeden Besuchstag positiv beeinflusst werden müsse, nicht geschlossen werden, dass die Anordnung eines Besuchsrechts dem Kindeswohl abträglich ist. Daraus ist vielmehr einzig die gerichtsnotorische Tatsache ersichtlich, dass sich viele Kleinkinder nicht gerne von ihrer Hauptbezugsperson trennen. An dieser Stelle sei weiter darauf hingewiesen, dass von der Einholung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens betreffend den Umfang des Besuchsrechts – wie dies vom Gesuchsgegner beantragt wird – vorliegend abge-

- 16 - sehen werden kann. Ein psychiatrisches Gutachten sollte eingeholt werden, wenn es Hinweise gibt, dass die angeordnete Regelung dem Kindeswohl widerspricht und das Gericht zur Entscheidungsfindung eine Fachmeinung benötigt. Vorliegend ist einzig der Umfang des Besuchsrechts streitig. Diesen vermag das Gericht im Rahmen der zitierten Gerichtspraxis in Ausübung seines pflichtgemässen Ermessens selbständig festzulegen. In einem nächsten Schritt ist auf die vom Gesuchsgegner beantragten Ausweitungen des Besuchsrechts im Einzelnen einzugehen.

E. 5

Besuchsrecht mit Übernachtung

E. 5.1

Die Berufung ist ein reformatorisches Rechtsmittel. Die Berufungsinstanz fällt einen neuen Entscheid, soweit sie den angefochtenen Entscheid der ersten Instanz nicht bestätigt. Die vom Gesuchsgegner an seinen Sohn zu leistenden Unterhaltsbeiträge sind folglich neu festzusetzen.

E. 5.2

Nach dem vorstehend Erwogenen beträgt der Betrag, welcher dem Gesuchsgegner ohne Eingriff in sein Existenzminimum zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen zur Verfügung steht, Fr. 765.–. Es rechtfertigt sich daher, die Kinderunterhaltsbeiträge für die Zeit ab Juli 2012 auf monatlich Fr. 750.–, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, festzusetzen. D. Unentgeltliche Prozessführung 1. Beide Parteien stellen für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 65 S. 3; Urk. 71 S. 2). Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeistandin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist. Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie benötigt (BGE 128 I 225 E. 2.5.1; BGer vom 1. Juli 2009, 4D_30/2009 E. 5.1). Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden und ist erst zu bejahen, wenn er sämtliche eigenen, aktuell vorhandenen, sofort oder zumindest in- nert nützlicher Frist verfügbaren Hilfsmittel zur Finanzierung des Prozesses erschöpft hat. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 120 Ia 181 E. 3a; BGE 124 I 2 E. 2a, je mit Hinweisen). Der nach Abzug des zivilprozessualen Notbedarfs von

der Summe aus massgebendem Einkommen und Vermögen verbleibende Überschuss ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts-

- 28 - und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen. Der Überschuss sollte es dem Gesuchsteller erlauben, die anfallenden Prozesskosten innert absehbarer Zeit zu entrichten (BGE 109 Ia 8 f. E. 3a; Huber, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, N 17 zu Art. 117 ZPO). 2. Der Gesuchsgegner macht zur Begründung seines prozessualen Armenrechts geltend, seine finanzielle Situation habe sich seit Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens zusätzlich verschlechtert, weshalb er weiterhin als prozessarm zu gelten habe, zumal er in der Zwischenzeit auch keine Ersparnisse bilden konnte, was aus dem Kontoauszug seines Privatkontos, welches per

E. 5.3

Hinsichtlich der Qualität der Beziehung zwischen dem Gesuchsgegner und C._____ im Zeitpunkt der Berufungserhebung kann den Akten nur wenig entnommen werden. Offenbar hat die Ausübung des Besuchsrechts nach anfänglichen Schwierigkeiten relativ gut funktioniert, was auch daran ersichtlich ist, dass die Parteien in der Lage sind, in gegenseitiger Absprache Anpassungen zum gerichtlich festgesetzten Besuchsrecht vorzunehmen. Insofern ist dem Gesuchsgegner beizupflichten, dass nunmehr – im Gegensatz zum vorinstanzlichen Verfahren – positive Erfahrungswerte zur Ausübung des Besuchsrechts vorliegen.

- 17 - Aus der Absprachefähigkeit der Parteien ist ersichtlich, dass sich die Kommunikation zwischen den Parteien erheblich verbessert hat, doch sagt das verbesserte Einvernehmen der Eltern noch nichts über die Qualität der Beziehung zwischen C._____ und dem Gesuchsgegner aus. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass bei der Beurteilung der Angemessenheit eines Besuchsrechts mit Übernachtung vor allem von Relevanz ist, ob der Gesuchsgegner über ausreichend Erfahrung verfügt, seinen viereinhalbjährigen Sohn auch über Nacht adäquat zu betreuen. Wie bereits vor Vorinstanz hat der Gesuchsgegner auch im Berufungsverfahren nicht substantiiert und ausreichend dargetan, dass er in der Vergangenheit diesbezüglich genügend Erfahrung gesammelt hat. Auch ergibt sich anhand der Akten nichts Gegenteiliges. Die Gesuchstellerin führte zur Betreuungssituation von C._____ vor Vorinstanz vielmehr aus, dass sie den Sohn die meiste Zeit betreut habe, was vom Gesuchsgegner nicht bestritten wurde (vgl. Prot. I S. 11). Zusammenfassend kann aufgrund der Aktenlage daher nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner über die notwendige Erfahrung zur adäquaten Betreuung seines Sohnes über Nacht verfügt.

E. 5.4

Vor diesem Hintergrund sowie mit Blick auf das Alter von C._____ ist daher praxisgemäss nach wie vor von der Anordnung eines Besuchsrechts mit Übernachtung abzusehen.

E. 6

Ferienbesuchsrecht Nachdem bei strittigen Fällen ein Ferienbesuchsrecht gemäss Praxis erst bei schulpflichtigen Kindern angeordnet wird und da dem Antrag betreffend eines Besuchsrechts mit Übernachtung nicht entsprochen werden kann, ist auch dem Antrag auf Einräumung eines Ferienbesuchsrechts nicht stattzugeben.

E. 7

Besuchsrecht am Mittwochnachmittag

E. 7.1

Die Vorinstanz hat auch dem gesuchsgegnerischen Antrag betreffend eines zusätzlichen Besuchsrechts am Mittwochnachmittag nicht entsprochen. Sie erwog diesbezüglich Folgendes: Es sei nicht ersichtlich, wie es der Gesuchsgegner mit einem 100%-Pensum zu bewerkstelligen gedenke, sich jeden Mittwoch bereits

- 18 - nachmittags um C._____ zu kümmern, welcher als Kleinkind einen erhöhten Betreuungsbedarf benötige als ein Jugendlicher. Es sei zwar unbestritten, dass der Gesuchsgegner den Sohn in der Vergangenheit ins Geschäft mitgenommen habe, doch handle es sich hier um in unregelmässigen Abständen erfolgte Einzelfälle, welche keineswegs zur Regel werden dürften (Urk. 66 S. 20). Mit Bezug auf das Vorbringen des Gesuchsgegners, wonach seine beiden Schwestern bereit seien, ihn bei der Betreuung von C._____ zu unterstützen, hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass C._____ bei der Ausübung des Besuchsrechts durch den Gesuchsgegner persönlich zu betreuen sei, weshalb die Betreuungsangebote aus dem Umfeld der gesuchsgegnerischen Familie diesem für die Erlangung eines ausgedehnten Besuchsrechts nicht weiterhelfen würden (Urk. 66 S. 19). Entgegen den Vorbringen des Gesuchsgegners hat sich die Vorinstanz damit sehr wohl mit den vom Gesuchsgegner eingereichten Schreiben seiner zwei Schwestern sowie seines Vorgesetzten auseinandergesetzt.

E. 7.2

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Zweck des Besuchsrechts eine persönliche Betreuung durch den Gesuchsgegner voraussetzt und C._____ als Kleinkind auch einen erhöhten Betreuungsbedarf hat. Daher ist einerseits die Betreuung am Arbeitsplatz des Gesuchsgegners ungeeignet und andererseits rechtfertigen die Betreuungsangebote der Schwestern des Gesuchsgegners als Drittpersonen kein erweitertes Besuchsrecht. Da der Gesuchsgegner nach wie vor vollzeitig erwerbstätig ist, ist es ihm nicht möglich, sich mittwochnachmittags um seinen Sohn zu kümmern. Damit fällt eine Ausweitung des Besuchsrechts auf Mittwochnachmittag ausser Betracht. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das von der Vorinstanz dem Gesuchsgegner gewährte Besuchsrecht mit Blick auf die herrschende Gerichtspraxis als grosszügig zu werten ist, indem ihm seit Januar 2013 einerseits wöchentlich und nicht nur zweimal pro Monat sowie andererseits ein jeweils achtstündiges und nicht bloss ein halbtägiges Besuchsrecht eingeräumt wird.

E. 8

Übergabeort Dem Antrag des Gesuchsgegners, wonach die Übergabe jeweils in E._____ bzw. am Wohnort der Gesuchstellerin zu erfolgen habe, ist zu entsprechen. Das Holen

- 19 - und Bringen des Kindes gehört zwar zu den Pflichten des Berechtigten, doch kann die besuchsberechtigte Person selbstverständlich verlangen, dass die Übergabe am Wohnort der obhutsberechtigten Person stattfindet.

E. 9

Erweiterung der Besuchsbeistandschaft

E. 9.1

Der Gesuchsgegner beantragt im Eventualantrag, Dispositiv-Ziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils dahingehend zu ergänzen, den Besuchsbeistand zusätzlich zu beauftragen, nach einer angemessenen Übergangszeit auf eine Ausweitung des Besuchsrechts (Besuchsrecht mit Übernachtung, zusätzliche Besuchsstunden bzw. -tage und Ferienbesuchsrecht) hinzuwirken.

E. 9.2

Der Antrag des Gesuchsgegners widerspricht der gesetzlich festgelegten Zuständigkeit für die Regelung des persönlichen Verkehrs im Falle einer gerichtlichen Zuteilung der Obhut über ein Kind (Art. 275 Abs. 2 ZGB). Diese Aufgabe kommt dem Gericht zu. Dieses hat das Besuchsrecht möglichst präzise hinsichtlich der Frequenz, des Zeitpunkts und der Dauer der Besuche zu regeln (Hindering/Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. Aufl., Zürich 1995, S. 451f.). Zu den Aufgaben des Besuchsrechtsbeistands gehört es demgegenüber, im Rahmen der gerichtlich oder vormundschaftlich verbindlich festgelegten Besuchsordnung die für die einzelnen Besuche nötigen Modalitäten festzusetzen. Indem der Beistand beauftragt werden soll, auf eine Ausweitung des Besuchsrechts hinzuwirken, würde die Kompetenz des Gerichts, den Umfang des Besuchsrechts festzulegen, auf den Beistand übertragen. Aufgrund vorstehender Erwägungen ist die seitens des Gesuchsgegners beantragte, an den Besuchsbeistand zu delegierende etappenweise Ausweitung des Besuchsrechts nicht möglich. Vielmehr ist der Umfang des Besuchsrechts vom Gericht verbindlich festzulegen und der Beistand mit dessen Umsetzung im vorinstanzlich festgelegten Sinne zu beauftragen. An dieser Stelle sei jedoch darauf hingewiesen, dass es dem Beistand unbenommen ist, auf eine einvernehmliche Ausweitung des Besuchsrechts zwischen den Parteien hinzuwirken, wenn dieser der Ansicht ist, eine Ausweitung stehe im Einklang mit dem Kindeswohl. Nach dem Gesagten ist der Eventualantrag auf Erweiterung der Besuchsbeistandschaft abzuweisen.

- 20 -

E. 10

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus Gründen des Kindeswohls nichts gegen das von der Vorinstanz festgesetzte Besuchsrecht des Gesuchsgegners spricht, weshalb die vorinstanzliche Regelung nicht zu beanstanden ist. C. Kinderunterhalt 1. Die Parteien haben sich in der Teil-Eheschutzvereinbarung vom 23. Dezember 2011 (Urk. 30) in Ziffer 6 über die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge geeinigt. Wie erwähnt blieben die Ehegattenunterhaltsbeiträge unangefochten. Der vom Gesuchsgegner an die Unterhaltskosten von C. _____ zu leistende monatliche Betrag wurde in zwei Phasen festgelegt. Vom 22. Oktober 2011 bis 29. Februar 2012 vereinbarten die Parteien monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 800.–, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, und für die Zeit ab 1. Februar 2012 solche von Fr. 1'000.–, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen. Der Gesuchsgegner beantragt, dass die für die zweite Phase vereinbarten monatlichen Kinderunterhaltsbeiträge lediglich bis Juni 2012 zu gelten hätten und die Vereinbarung für die Zeit ab Juli 2012 mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge aufzuheben sei und er zu monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 700.–, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, zu verpflichten sei. 2. Parteistandpunkte

E. 12

September 2012 einen Saldo von Fr. 1'134.50 aufgewiesen habe, ersichtlich sei (Urk. 65 S. 12 und Urk. 68/15). Nach den vorstehend behandelten wirtschaftlichen Verhältnissen steht die Mittellosigkeit des Gesuchsgegners fest. Ihm verbleibt nach Deckung des eigenen Existenzminimums und nach Erfüllung seiner Unterhaltspflichten gegenüber der Gesuchstellerin und dem gemeinsamen Sohn kein Überschuss, weshalb es ihm nicht möglich ist, die anfallenden Rechtspflegekosten innert nützlicher Frist zu tilgen. Alsdann verfügt der Gesuchsgegner nicht über nennenswerte Vermögenswerte, welche zur Prozessfinanzierung herangezogen werden könnten. Schliesslich war der Verfahrensstandpunkt des Gesuchsgegners nicht von vornherein aussichtslos und war er als rechtsunkundige Partei zur gehörigen Führung des Prozesses auf Rechtsbeistand angewiesen. Da damit die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege im Fall des Gesuchsgegners erfüllt sind, ist ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und die von ihm beantragte Rechtsvertretung beizugeben. 3. Auch die Gesuchstellerin macht zur Begründung ihres Armenrechtsgesuchs geltend, dass sich ihre finanziellen Verhältnisse seit dem erstinstanzlichen Verfahren nicht verändert hätten (Urk. 71 S. 7), wovon auszugehen ist. Auch konnte nicht von vornherein gesagt werden, dass die Gewinnaussichten der Gesuchstellerin beträchtlich geringer waren als die Verlustgefahren. Ausserdem war sie auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Interessen angewiesen. Damit ist der

- 29 - Gesuchstellerin auch im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und die von ihr beantragte Rechtsvertretung beizugeben. III. 1. Abschliessend sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zu regeln (Art. 106 ZPO). Anlass zum vorliegenden Berufungsverfahren gaben die Regelung des Besuchsrechts zwischen dem Gesuchsgegner und dem Sohn sowie die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners gegenüber dem Sohn der Parteien. Bei der Bemessung von Obsiegen und Unterliegen sind die beiden Streitpunkte gleich zu gewichten. Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichtes sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge richten sich demgegenüber nach Obsiegen und Unterliegen. 2. Nach dem Gesagten sind die Parteien mit Bezug auf die Regelung des Besuchsrechts je zur Hälfte als obsiegende Partei zu betrachten. Mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge ersuchte der Gesuchsgegner um deren Herabsetzung ab Juli 2012 auf Fr. 700.– pro Monat. Die Gesuchstellerin hingegen beantragte die Genehmigung der Eheschutzvereinbarung und verlangte damit Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– pro Monat. Die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners wird auf Fr. 750.– festgesetzt. Mit Bezug auf die Unterhaltsfrage obsiegt der Gesuchsgegner damit zu 5/6. Gesamthaft betrachtet obsiegt der Gesuchsgegner zu zwei Dritteln. Es rechtfertigt sich daher, der Gesuchstellerin zwei Drittel und dem Gesuchsgegner ein Drittel der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen. Infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts des Staates (Art. 123 ZPO). In Anwendung der §§ 5

- 30 - Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b, 8 Abs. 1 und 12 der Gebührenverordnung des Obergerichtes (GebV OG) ist die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr auf Fr. 4'000.– festzusetzen. 3. Die

Parteientschädigung wird gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO vom Gericht nach den Tarifen gemäss Art. 96 ZPO zugesprochen und den Parteien in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO auferlegt. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die entschädigungspflichtige Partei nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an die Gegenpartei, weshalb die Gesuchstellerin entsprechend der Kostenverteilung zu verpflichten ist, dem Gesuchsgegner eine auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die volle Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 9 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 3'300.– festzusetzen und die Gesuchstellerin in Anbetracht des Verfahrensausgangs zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine (auf einen Drittel reduzierte) Parteientschädigung von Fr. 1'100.– zu bezahlen. Mangels eines entsprechenden Antrages ist zur Prozessentschädigung kein Mehrwertsteuersatz zuzusprechen (vgl. das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Zürcher Obergerichts vom 17. Mai 2006). Da die zuzusprechende Prozessentschädigung von Fr. 1'100.– bei der Gesuchstellerin voraussichtlich nicht einbringlich sein wird, ist diese Rechtsanwältin lic. iur. X._____ direkt aus der Gerichtskasse auszurichten, wobei der Anspruch mit der Ausrichtung auf den Kanton übergeht (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Es wird beschlossen:

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