

# ZH\_OBERGERICHT LE120064 vom 15. Mai 2013

ZH Obergericht, 2013-05-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE120064](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120064)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE120064 du 15 mai 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT LE120064 del 15 maggio 2013

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009. Mit Urteil vom 23. August 2011 merkte das

- 5 - Bezirksgericht Hinwil eine von den Parteien am 18. August 2011 aussergerichtlich geschlossene Vereinbarung (Urk. 5/29) über die Folgen des Getrenntlebens vor und genehmigte diese hinsichtlich der Kinderbelange (Urk. 5/30). In dieser Vereinbarung einigten sich die Parteien im Ergebnis auf eine geteilte Obhut in Bezug auf den Sohn C.\_\_\_\_\_ und hielten einen Betreuungsplan fest. Weiter vereinbarten die Parteien, dass jeder seine eigenen Lebenshaltungskosten sowie die Kosten für die Betreuung des Sohnes C.\_\_\_\_\_ übernimmt und im Übrigen auf weitere Unterhaltsbeiträge mangels Leistungsfähigkeit verzichtet. Mit Eingabe vom 26. April 2012 gelangte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchstellerin) an das Bezirksgericht Hinwil, ersuchte um Abänderung der Eheschutzmassnahmen und stellte eingangs wiedergegebene Rechtsbegehren (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 22 S. 3). Die Vorinstanz fällte am 30. August 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 22).

### E. 1.1

Die Gesuchstellerin beantragt, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 25 S. 2 und 6).

### E. 1.2

Mit Verfügung der Vorinstanz vom 30. August 2012 wurde den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt sowie der Gesuchstellerin Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ und dem Gesuchsgegner Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeistände bestellt (Urk. 22 Dispositivziffern 1 bis 3). Es haben

- 17 - sich in Anbetracht der zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge (siehe Ziff. II.4.4. oben) in finanzieller Hinsicht seit dem vorinstanzlichen Entscheid bei der Gesuchstellerin keine Änderungen zu ihren Gunsten ergeben (vgl. dazu Urk. 22 S. 10 ff.; ferner in Bezug auf ihr Vermögen: Urk. 11/4). Sodann waren die Gewinnaussichten der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren nicht beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Ausserdem ist sie auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Rechte angewiesen, insbesondere auch da der Gesuchsgegner anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Gesuchstellerin ist somit auch im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege i.S.v. Art. 118 ZPO zu gewähren. 2. Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung blieb im Berufungsverfahren unangefochten und ist zu bestätigen.

## **E. 2**

### **Obhut**

#### **E. 2.1**

Die Vorinstanz stellte den Sohn C.\_\_\_\_\_ in Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin (Urk. 22 Dispositivziffer 1). Es wurde erwogen, bei einem Kind in C.\_\_\_\_\_s Alter sei die persönliche Betreuung und der Kontakt zu Bezugspersonen von grosser Bedeutung, weshalb es auch von besonderer Wichtigkeit sei, das bestehende Umfeld und die gegebene Betreuungssituation nicht ohne Not zu ändern. Vorliegend stehe fest, dass die Betreuung C.\_\_\_\_\_s in der Vergangenheit hauptsächlich durch die Gesuchstellerin mit Unterstützung ihrer Kollegin gewährleistet worden sei. Die Gesuchstellerin verfüge offensichtlich über ein Betreuungskonzept, welches einerseits Gewähr für eine konstante und verantwortungsbewusste Betreuung biete, es ihr andererseits aber auch ermögliche, ihrer Erwerbstätigkeit nachzugehen und den Sohn C.\_\_\_\_\_ dennoch halbtags persönlich zu betreuen. Für die Befürchtungen des Gesuchsgegners, C.\_\_\_\_\_ werde herumgereicht und von unqualifizierten Personen betreut, bestünden keine Hinweise. Vielmehr sei davon auszugehen, dass eine Obhutzuteilung an die Gesuchstellerin und die Weiterführung der bisherigen Betreuungsformen C.\_\_\_\_\_ die notwendige Stabilität und den Kontakt zu für ihn wichtigen Bezugspersonen gewährleisten könne.

- 7 - Im Übrigen werde die Erziehungsfähigkeit der Gesuchstellerin weder vom Gesuchsgegner angezweifelt, noch bestünden konkrete Hinweise hierfür. Schliesslich komme hinzu, dass der Gesuchsgegner nach eigenen Angaben den Sohn tagsüber nicht selber betreuen könnte, da er voll erwerbstätig sei. Stattdessen müsste er ihn in einer Kindertagesstätte unterbringen und könnte sich nur abends persönlich um ihn kümmern. Eine derartige fast vollständige Fremdbetreuung sei nicht nur in Bezug auf das Wohl des Sohnes, sondern auch in Bezug auf die finanzielle Situation der Parteien wenig sinnvoll, weshalb eine Zuteilung der Obhut an den Gesuchsgegner unter diesen Aspekten auszuschliessen sei (Urk. 22 S. 7 f.).

#### **E. 2.2**

Der Gesuchsgegner beantragt, den Sohn C.\_\_\_\_\_ unter seine elterliche Obhut zu stellen, und macht geltend, schon als die Parteien noch zusammengelebt hätten, sei die Gesuchstellerin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen, und der Gesuchsgegner habe den Haushalt besorgt und den Sohn nach Ablauf des 14-wöchigen Mutterschaftsurlaubs betreut. Während der Trennung habe eine Bekannte der Gesuchstellerin auf C.\_\_\_\_\_ aufgepasst, dies allerdings nur so lange, als deren Visum den Verbleib in der Schweiz erlaubt habe. Mit Vereinbarung vom 18. August 2011 habe der Gesuchsgegner die Kinderbetreuung von 19.00 Uhr bis nach dem Mittagsschlaf von C.\_\_\_\_\_, das heisse bis ca. 15.00 Uhr, übernommen. Die Gesuchstellerin habe C.\_\_\_\_\_ demnach während ungefähr vier Stunden täglich betreut (Urk. 21 S. 2). Bis zum 1. Februar 2012 sei es der Gesuchsgegner gewesen, der sich umfassend um den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_ gekümmert habe, was auch von der Vorinstanz explizit festgehalten worden sei (Urk. 21 S. 3 unter Hinweis auf den angefochtenen Entscheid S. 9). Erst als der Gesuchsgegner Anfang des Jahres 2012 aus der bisherigen Wohnung habe ausziehen und in ein Hotelzimmer ziehen müssen, dafür aber eine Anstellung gefunden habe, habe diese

Betreuungsform nicht mehr aufrechterhalten werden können. Dies sei aber nur übergangsweise der Fall gewesen, bis der Gesuchsgegner eine neue Wohnung gefunden habe. Dessen sei sich die Gesuchstellerin bewusst gewesen, sie habe aber zur einer Lösung keine Hand geboten. Nach diesem Zeitpunkt sei C.\_\_\_\_\_ zuerst bis ca. Mai 2012 vom Vater der Gesuchstellerin gehütet und seit Juni 2012 von einer Bekannten und

- 8 - deren Au-Pair-Mädchen betreut worden. Offenbar würden jedoch auch die Kinder dieser Bekannten nebst der Betreuung durch das Au-Pair-Mädchen in einem Hort fremdbetreut werden, da die Bekannte auch teilweise erwerbstätig sei. Bei diesem stetigen Wechsel der Betreuungspersonen und nach dieser kurzen Dauer könne deshalb nicht schon von einer stabilen Betreuung und bisherigen Lebensverhältnissen gesprochen werden. Der Gesuchsgegner rechnet vor, dass die Gesuchstellerin C.\_\_\_\_\_ nur während ca. vier bis fünf Stunden selber betreuen dürfte. Er werde damit grösstenteils fremdbetreut, und dies erst noch durch wechselnde Betreuungspersonen. Der Gesuchsgegner biete an, C.\_\_\_\_\_ zu sich zu nehmen und tagsüber während seiner Arbeit acht Stunden in den Kinderhort zu bringen (Urk. 21 S. 3). Dies habe die Vorinstanz als fast vollständige Fremdbetreuung und somit dem Kindeswohl nicht zuträglich erachtet. Im Übrigen wolle die Gesuchstellerin C.\_\_\_\_\_ ebenfalls, und zwar bald, noch zusätzlich im Kinderhort anmelden. Dabei könnte C.\_\_\_\_\_ am Morgen vom Gesuchsgegner aufgenommen werden. Er könnte und möchte auch gerne mit C.\_\_\_\_\_ frühstücken. Nach der Arbeit um 16.00 Uhr würde der Gesuchsgegner ihn wieder abholen und nach Hause nehmen, dort noch mit ihm spielen, mit ihm das Abendessen einnehmen und ihn ins Bett bringen. Es müssten dies nicht alles fremde Frauen machen. Für die Entwicklung eines Kleinkindes sei nicht unwesentlich, wer ihm am Abend noch etwas erzähle oder vorsinge und es dann ins Bett bringe und wer in der Nacht, wenn es krank sei oder schlecht geträumt habe, für das Kind da sei. Wünschenswert sei, dass dies ein Elternteil sei. Es sei damit vor allem der Gesuchsgegner, der das Kind weitgehend persönlich betreuen könne, und die Betreuung durch ihn entspreche den bisherigen Lebensumständen (Urk. 21 S. 4 f.). Am 3. April 2013 wandte sich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Hinwil an die urteilende Kammer: Der Gesuchsgegner sei bei ihr vorstellig geworden; nach den Besuchswochenenden bei ihm weine C.\_\_\_\_\_ jeweils und wolle nicht zurück zur Gesuchstellerin (Urk. 29).

### **E. 2.3**

Die Gesuchstellerin entgegnet, trotz ihrer Erwerbstätigkeit sei sie bis zur Trennung ausschliesslich für die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ zuständig gewesen. Der Gesuchsgegner habe sich nach Abschluss der Vereinbarung, in welcher die geteilte Obhut vereinbart worden sei, nur noch wenig für C.\_\_\_\_\_ interessiert.

- 9 - Wenn er C.\_\_\_\_\_ nicht habe zu sich nehmen wollen, habe er es der Gesuchstellerin überlassen, kurzfristig eine Betreuung zu organisieren. Im Februar 2012 habe der Gesuchsgegner eine neue Arbeitsstelle angenommen. Der Gesuchsgegner habe aber die Betreuung bereits seit November 2011 einfach der Gesuchstellerin überlassen, nachdem er seine Unterkunft in D.\_\_\_\_\_ verlassen habe. In der Folge sei er nur noch etwa alle zwei Wochen bei der Gesuchstellerin und C.\_\_\_\_\_ vorbeigekommen und sei jeweils nur kurz geblieben. Sie sei auf eine vollzeitige Erwerbstätigkeit angewiesen, setze sich aber trotzdem dafür ein, eine möglichst ideale Betreuung für C.\_\_\_\_\_ zu organisieren. Es sei offensichtlich, dass der Gesuchsgegner sich nur deshalb um die Obhut bemühe, weil er sich nicht mit den Unterhaltszahlungen abfinden könne. Die Lösung mit der zeitweisen Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch ihre Kollegin E.\_\_\_\_\_ habe sich bewährt. Diese habe

Zwillinge, die etwa ein Jahr älter als C.\_\_\_\_\_ seien. Gegen 19.00 Uhr bringe die Gesuchstellerin C.\_\_\_\_\_ zu E.\_\_\_\_\_, wo er die Nacht und den Vormittag verbringe. Die Gesuchstellerin arbeite von 20.00 Uhr bis 04.30 Uhr. Dann gehe sie zum Schlafen heim. Zwischen 12.00 und 12.30 Uhr hole sie C.\_\_\_\_\_ bei E.\_\_\_\_\_ ab. Das Au-pair-Mädchen solle gerade eine kontinuierliche Betreuung der Kinder und damit von C.\_\_\_\_\_ sicherstellen. C.\_\_\_\_\_ fühle sich bei E.\_\_\_\_\_ auch sehr wohl. Um die Sozialkompetenz von C.\_\_\_\_\_ zu stützen und zu fördern, habe sich die Gesuchstellerin überlegt, ihn zeitweise (einen halben oder ganzen Tag pro Woche) in die gleiche Krippe zu schicken, die auch E.\_\_\_\_\_s Kinder einen Tag pro Woche besuchen würden. Da sie es sich wegen der fehlenden (finanziellen) Unterstützung durch den Gesuchsgegner nicht leisten könne, habe sie diese Idee bis zum Datum der Berufungsantwort nicht umgesetzt (Urk. 25 S. 3 f.). C.\_\_\_\_\_ werde heute mindestens 6 ½ Stunden von der Gesuchstellerin persönlich betreut, und zwar zu Zeiten, in denen er wach sei. Würde die Obhut an den Gesuchsgegner übertragen, so könnte dieser C.\_\_\_\_\_ wohl länger persönlich betreuen. Da C.\_\_\_\_\_ etwa um 07.30 Uhr aufstehe und etwa um 19.30 Uhr zu Bett gehe, könnte der Gesuchsgegner aber nur 2 ½ Stunden, während denen C.\_\_\_\_\_ wach sei, mit ihm verbringen. Die vom Gesuchsgegner angenommenen Fremdbetreuungszeiten im Fall der Obhutzuteilung an ihn seien nämlich unrealistisch (Urk. 25 S. 4 f.). Mit Eingabe vom 2. Mai 2013 erklärte die Gesuchstellerin betreffend die

- 10 - vom Gesuchsgegner gegen sie bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Hinwil erhobenen Vorwürfe (s. Ziff. 2.2 oben), diese seien inhaltlich unbegründet (Urk. 31).

#### **E. 2.4**

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). Vorliegend bestehen keine Hinweise, dass die Erziehungsfähigkeit einer der Parteien eingeschränkt sein könnte. Dass C.\_\_\_\_\_ jeweils nach den Besuchswochenenden beim Gesuchsgegner weine und nicht zur Gesuchstellerin zurückwolle, wird von der Gesuchstellerin bestritten (Urk. 31). Selbst wenn C.\_\_\_\_\_ jedoch bei der Übergabe weinen sollte, so würde dies nicht bedeuten, dass er bei der Gesuchstellerin weniger gut

aufgehoben wäre (oder zu ihr eine weniger enge Bindung als zum Gesuchsgegner hätte). Weinen ist Bindungsverhalten als beobachtbare Grundlage der Bindung zu Bezugspersonen (Dettenborn, Kindeswohl

- 11 - und Kindeswille – Psychologische und rechtliche Aspekte, 3. Auflage, München 2010, S. 37). Denn das Kind hätte es zumeist nötig, zu beiden Elternteilen intensiv und konstant die Beziehung aufrechterhalten zu können (BGE 117 II 353 E. 3 und 4.f). So befriedigen Vater und Mutter oft auch unterschiedliche Bedürfnisse eines Kindes (vgl. Dettenborn, a.a.O., S. 39). Dass C.\_\_\_\_\_ bei der Übergabe von einem Elternteil an den anderen Mühe bekundet, ist damit gut denkbar, der Trennung der Parteien bis zu einem gewissen Grade aber innewohnend. Es obliegt deshalb den Parteien als verantwortungsvollen Eltern, ihre eigenen Bedürfnisse sowie ihren Beziehungskonflikt zurückzustellen und für C.\_\_\_\_\_ den Wechsel von einem zum anderen Elternteil möglichst unbeschwert zu gestalten. Die Möglichkeit, C.\_\_\_\_\_ persönlich zu betreuen, ist bei beiden Parteien etwa in gleichem Masse vorhanden. Der Gesuchsgegner könnte zwar C.\_\_\_\_\_ länger in seiner Obhut haben. Die vom Gesuchsgegner getroffene Annahme, er könne C.\_\_\_\_\_ von 16.00 Uhr bis am nächsten Morgen um ca. 07.30 Uhr persönlich betreuen, ist aber lebensfremd. Der Gesuchsgegner wohnt in F.\_\_\_\_\_/... [Kanton] und arbeitet in G.\_\_\_\_\_/... [Kanton]; seine wöchentliche Arbeitszeit beträgt 42 Stunden (Urk. 14/1). Es ist somit realistisch, dass der Gesuchsgegner C.\_\_\_\_\_ frühestens nach zehn Stunden und damit um 17.30 Uhr vom Hort abholen könnte. Da unbestritten ist, dass C.\_\_\_\_\_ von ungefähr 19.30 Uhr bis 07.30 Uhr schläft, könnte der Gesuchsgegner ihn nebst dem gemeinsamen Morgenessen für ungefähr zwei Stunden in wachem Zustand betreuen. Zwar führt der Gesuchsgegner zu Recht aus, er könnte C.\_\_\_\_\_ ins Bett bringen und bei Bedarf in der Nacht für ihn da sein, beides sei für ein Kind wichtig. Die Gesuchstellerin dagegen kann den ganzen Nachmittag und damit eine längere Zeit mit C.\_\_\_\_\_ verbringen, während der er – abgesehen von einem gelegentlichen Mittagsschlaf (auch dass dies nur mehr selten stattfindet, ist unbestritten; Urk. 25 S. 5) – wach ist. Die zeitliche Verfügbarkeit der Parteien kann damit vorliegend nicht ausschlaggebendes Kriterium für die Obhutszuteilung sein. Damit kommt dem Moment der örtlichen und familiären Stabilität ein besonderes Gewicht zu. Sind die erzieherischen Fähigkeiten und die zeitliche Verfügbarkeit bei beiden Parteien ungefähr in gleichem Masse vorhanden, soll das soziale Umfeld des Kindes nicht ohne Not verändert werden. Vorliegend spielen die Verhältnisse, wie sie sich vor der Trennung der Parteien

- 12 - am 1. März 2011 (Urk. 5/30 S. 2) präsentierten, eine untergeordnete Rolle. Die Parteien waren sich bereits im ersten Eheschutzverfahren am Bezirksgericht Hinwil im Jahr 2011 (mit der Verfahrensnummer EE110024) uneinig über ihren jeweiligen Betreuungsanteil vor der Trennung (Urk. 5/19 S. 2, Urk. 5/21 S. 2). Uneinig sind sie sich auch heute darüber, wie lange sie die mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigte Vereinbarung vom 18. August 2011 hinsichtlich der Kinderbetreuung lebten. Die Gesuchstellerin spricht davon, sie habe schon kurz nach der Einigung die Betreuung für den Sohn organisieren müssen. Nachdem der Gesuchsgegner im Februar 2012 eine neue Stelle angetreten habe, habe er C.\_\_\_\_\_ nur noch alle 14 Tage für kurze Zeit gesehen. Der Gesuchsgegner anerkannte bereits vor Vorinstanz, dass er C.\_\_\_\_\_ aufgrund seiner Wohnsituation ab Anfang 2012 nicht zu sich nehmen konnte (Urk. 13 S. 2, vgl. auch Urk. 6). Der Gesuchsgegner verfügt seit dem 15. Juni 2012 über eine neue Wohnung (Urk. 14/4). Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung am 12. Juli 2012 erklärte er, C.\_\_\_\_\_ sei seit

Juni 2012 viermal bei ihm gewesen (Urk. 13 S. 2). Die Betreuungsanteile der Parteien an C.\_\_\_\_s Erziehung bis Ende 2011 lassen sich im vorliegenden summarischen Verfahren nicht beweisen. Es kann höchstens festgestellt werden, wessen Vorbringen glaubhafter sind – zum Beispiel aufgrund des Umstandes, dass die Gesuchstellerin seit ihrem Mutterschaftsurlaub Vollzeit arbeitet, der Gesuchsgegner hingegen nicht erwerbstätig war. Die vorinstanzliche Feststellung, der Gesuchsgegner habe sich vor seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung und während seiner Arbeitslosigkeit umfassend um den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_ gekümmert (Urk. 22 S. 9), wird von der Gesuchstellerin bestritten (Urk. 5/19 S. 2, Urk. 25 S. 3), steht jedoch auch im Widerspruch zur vorinstanzlichen Erwägung, dass die Betreuung C.\_\_\_\_s in der Vergangenheit hauptsächlich durch die Gesuchstellerin mit Unterstützung ihrer Kollegin gewährleistet worden sei (Urk. 22 S. 7 f.). Wie sich die Verhältnisse genau präsentierten, kann aber letztlich offenbleiben, da sich C.\_\_\_\_ mittlerweile faktisch seit gut einem Jahr in der Obhut der Gesuchstellerin befindet und der Gesuchsgegner unbestrittenermassen während ungefähr fünf Monaten nicht über eine Wohnsituation verfügte, die es ihm ermöglichte, C.\_\_\_\_ mit sich zu Besuch zu nehmen. Auch verfügt die Gesuchstellerin über ein funktionierendes Betreuungskonzept für C.\_\_\_\_. Dieser Sachverhalt ist

- 13 - im Hinblick auf die gebotene Wahrung konstanter und ungestörter Verhältnisse (BK-Bühler/Spühler, aArt. 145 N 443 ZGB) sowie angesichts der – gerade für ein Kind im Alter von heute dreieinhalb Jahren langen – Dauer der heute gelebten Tagesstruktur beim hier zu fällenden Entscheid über die Obhutszuteilung mit zu berücksichtigen. Entsprechend sind die Anforderungen an einen Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes höher zu setzen, als wenn C.\_\_\_\_ sich erst seit kurzem in der alleinigen Obhut der Gesuchstellerin befinden würde. Dieser Umstand mag für den Gesuchsgegner eine nachteilige Komponente beinhalten, ist mit Rücksicht auf das Wohl des Kindes jedoch unabdingbar, da es unnötige Aufenthaltswechsel und die damit einhergehende Belastung des Kindes zu vermeiden gilt (BGE 114 II 200 E. 5a). Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass der vorinstanzliche Entscheid betreffend die Obhutszuteilung in Abweisung der Berufung des Gesuchsgegners zu bestätigen und der gemeinsame Sohn C.\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, in Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziff. 2 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 für die weitere Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen ist.

### **E. 3**

Besuchsrecht

#### **E. 3.1**

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). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen.

#### **E. 3.2**

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 Kin- derunterhaltsbeiträge (ZR 84 Nr. 41). Solche Gründe werden den Parteien vorlie- gend nicht abgesprochen. Betreffend die Unterhaltsbeiträge tragen die Parteien die Kosten grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Da die Beurteilung der Unterhaltsbeiträge jedoch ein untergeordneter Punkt der vorliegenden Berufung war und die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen vollum- fänglich von der Obhutszuteilung abhing, rechtfertigt es sich, die Kosten für das Berufungsverfahren der Gesuchstellerin und dem Gesuchsgegner je zur Hälfte

- 18 - aufzuerlegen, jedoch zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

### **E. 3.3**

Nachdem die Obhut über C.\_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin zuzusprechen ist, kann das vorinstanzlich angeordnete Besuchsrecht unter Hinweis auf die – abgesehen von der Bemerkung, der Gesuchsgegner habe sich vor dem Auszug aus der ehelichen Wohnung und während seiner Arbeitslosigkeit umfassend um C.\_\_\_\_\_ gekümmert (vgl. dazu oben Ziff. 2.4) – zutreffenden Erwägungen der Vo- rinstanz bestätigt werden. Auch wenn sich die Parteien über das Ausmass der zu- rückliegenden Betreuungsanteile an der Erziehung C.\_\_\_\_\_s uneinig sind, ist zwischen ihnen unbestritten, dass der Gesuchsgegner über eine enge Bindung zu C.\_\_\_\_\_ verfügt und er an Übernachtungen beim Gesuchsgegner gewöhnt ist (Urk. 13 S. 2, Prot. I S. 4 ff.). Der Gesuchsgegner ist deshalb in Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziffern 4 bis 6 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 für berechtigt zu erklären, den Sohn C.\_\_\_\_\_ nebst einer gerichtsüblichen Feiertagsbesuchsregelung jedes erste und dritte Wochenende im Monat von Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr, auf ei- gene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

### **E. 4**

Entsprechend der Kostenverteilung sind für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Es wird beschlossen:

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner in Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Mai 2012 für die weitere Dauer des Getrenntlebens für den Sohn C.\_\_\_\_\_ einen monatlichen Unterhalts-

- 15 - beitrug von Fr. 675.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) zu bezahlen (Urk. 22 Dispositiv-Ziffer 3).

#### **E. 4.2**

Der Gesuchsgegner moniert an der vorinstanzlichen Unterhaltsberech- nung – nebst den durch die geforderte Obhutszuteilung an ihn bedingten Ände- rungen – einzig, dass die Unterhaltsbeiträge inklusive Kinderbetreuungskosten ab dem 1. Mai 2012 festgesetzt wurden. Dabei seien die behaupteten Kosten für die Kinderbetreuung bis zum Datum der Berufungserklärung nicht erhoben worden, was auch die Gesuchstellerin bestätigt habe. Die entsprechenden Unterhaltsbei- träge hätten daher erst ab Eintritt der Rechtskraft des Entscheides zu gelten (Urk. 21 S. 5).

### E. 4.3

Die Gesuchstellerin entgegnet, dass sie vor Vorinstanz erwähnt habe, ihrer Kollegin E. \_\_\_\_\_ für deren Betreuungsdienst monatlich Fr. 400.– bezahlen zu müssen und dass die Gesuchstellerin diesen Betrag mangels Unterhaltszahlungen durch den Gesuchsgegner aber bisher nicht habe bezahlen können. Die Betreuungskosten seien damit nur gestundet und nicht erlassen (Urk. 25 S. 6).

### E. 4.4

Richtig ist, dass die Gesuchstellerin am 12. Juli 2012 anlässlich der persönlichen Befragung vor der Vorinstanz ausführte, sie habe ihrer Kollegin E. \_\_\_\_\_ bis anhin die vereinbarten Fr. 400.– pro Monat für die Kinderbetreuung nicht bezahlt. Dies sei ihr aus finanziellen Gründen nicht möglich gewesen. E. \_\_\_\_\_ habe Verständnis für die Situation der Gesuchstellerin, aber sie schulde E. \_\_\_\_\_ dieses Geld (Prot. I S. 4). E. \_\_\_\_\_ betreut C. \_\_\_\_\_ seit Juni 2012 (Prot. I S. 4), damit wären die entsprechenden Kinderbetreuungskosten von monatlich Fr. 400.– erst ab dann in den Bedarf der Gesuchstellerin aufzunehmen. Da jedoch im Bedarf des Gesuchsgegners bereits ab Mai 2012 Mietkosten im Betrag von Fr. 1'340.– berücksichtigt wurden (Urk. 22 S. 14), obschon Mietbeginn seiner neuen Wohnung erst der 15. Juni 2012 (Urk. 14/4) war und über die früheren Wohnkosten des Gesuchsgegners keine Urkunden bei den Akten liegen, rechtfertigt es sich, die entsprechenden Kosten bei beiden Parteien bereits ab dem 1. Mai 2012 zu berücksichtigen. Weil im übrigen sowohl die Bedarfs- als auch die Einkommenszahlen beider Parteien unbestritten sind und sich keine Abweichungen von der vorinstanzlichen Unterhaltsberechnung aufdrängen, kann die vorinstanzli-

- 16 - che Unterhaltsberechnung bestätigt werden. Der Bedarf der Gesuchstellerin inkl. C. \_\_\_\_\_ beträgt damit Fr. 4'345.–, derjenige des Gesuchsgegners Fr. 3'047.–. Dem steht ein Nettoeinkommen der Gesuchstellerin von Fr. 3'793.– und ein solches des Gesuchsgegners von Fr. 3'804.– gegenüber. Es resultiert ein Freibetrag von Fr. 205.–. Da der Sohn C. \_\_\_\_\_ unter ihre Obhut gestellt wird, ist der Gesuchstellerin in Übereinstimmung mit der Vorinstanz 60 % des Freibetrages zuzuweisen, was Fr. 123.– ergibt. Der Unterhaltsbeitrag berechnet sich wie folgt: Bedarf der Gesuchstellerin inkl. C. \_\_\_\_\_: Fr. 4'345.– + Anteil Freibetrag der Gesuchstellerin: Fr. 123.– ./.. Einkommen der Gesuchstellerin: Fr. 3'793.– Unterhaltsbeitrag: Fr. 675.– Dieser Unterhaltsbeitrag ist vollumfänglich dem Sohn C. \_\_\_\_\_ zuzusprechen. Zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann im Übrigen auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zur Unterhaltsberechnung (Urk. 22 S. 10 bis 16) verwiesen werden. In Abänderung der mit Urteil vom 23. August 2011 genehmigten Ziffern 9 bis 11 der Vereinbarung der Parteien vom 18. August 2011 ist der Gesuchsgegner damit in Abweisung seiner Berufung zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Mai 2012 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens für den Sohn C. \_\_\_\_\_ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 675.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) zu bezahlen. III.

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