

ZH_OBERGERICHT LE120086 vom 26. April 2013

ZH Obergericht, 2013-04-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE120086

FR: ZH_OBERGERICHT LE120086 du 26 avril 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LE120086 del 26 aprile 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien standen vor Vorinstanz seit April 2012 in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1). In diesem Rahmen wurde mit Verfügung vom 25. Juli 2012 (Urk. 25) für die beiden gemeinsamen Kinder der Parteien eine Prozessbeiständin bestellt und der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses im Betrag von Fr. 5'000.– verpflichtet. Nach Durchführung des Hauptverfahrens fällte die Vorinstanz am 2. November 2012 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 65).

E. 1.1

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind das Besuchsrecht des Gesuchsgegners und der beiden gemeinsamen Kinder der Parteien, die Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin persönlich und die beiden Kinder sowie die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen inklusive den vom Gesuchsgegner zu leistenden Prozesskostenbeitrag, während die übrigen Regelungen zum Getrenntleben der Parteien (Berechtigung zum Getrenntleben, Obhut, Kindes- schutzmassnahmen, Anordnung der Gütertrennung) unangefochten blieben. Die Dispositiv-Ziffern 2, 3, 5, 6, 7, 10 und 11 des angefochtenen Urteils sind damit rechtskräftig geworden (Art. 315 Abs. 1 ZPO), was vorzumerken ist.

E. 1.2

Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der Untersuchungsgrundsatz. Dies bedeutet, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und grundsätzlich nicht an die Parteivorbringen gebunden ist (DIKE-Komm-ZPO, Art. 272 N 109). Betreffend die Bindung an die Parteianträge gilt für die Belange der Ehegatten untereinander indes die Dispositionsmaxime (DIK-E-Komm-ZPO, Art. 272 N 105, Art. 58 Abs. 1 ZPO). Dies bedeutet, dass das Gericht – auch im Rechtsmittelverfahren – an die Parteianträge gebunden ist. Das Gericht kann mithin weder mehr zusprechen, als eine Partei verlangt, noch weniger, als eine Partei anerkannt hat. Art. 296 Abs. 3 ZPO erklärt demgegenüber in

- 12 - Kinderbelangen den Offizialgrundsatz für anwendbar, weshalb das Gericht in diesem Bereich ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. Gestützt auf Art. 296 Abs. 1 ZPO erforscht das Gericht hinsichtlich der Kinderbelange den Sachverhalt von Amtes wegen, die Untersuchungsmaxime ist in diesem Bereich somit nicht eingeschränkt.

E. 1.3

In prozessualer Hinsicht ist weiter zu bemerken, dass aufgrund des summarischen Charakters des vorliegenden Verfahrens blosses Glaubhaftmachen genügt. Das Gericht darf weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stichhaltigen Beweis verlangen

(BGE 120 II 398).

E. 1.4

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Tatsache, dass es sich beim Eheschutzverfahren um ein summarisches Verfahren handelt und nach Art. 272 ZPO der Untersuchungsgrundsatz gilt, ändert daran nichts (BGE 138 III 625, insbesondere Erw. 2.2. S. 628 [für vereinfachtes Verfahren]). Vor diesem Hintergrund sind die vom Gesuchsgegner mit seiner Berufungsschrift eingereichten Urk. 67/2, 4 und 5 unbeachtlich.

E. 1.5

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO ist die Berufung der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen. Die Berufungsanträge müssen eingangs oder am Ende der Berufungsschrift aufgeführt werden. Es genügt nicht, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern es muss ein Antrag in der Sache gestellt werden, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber und nicht bloss in der Begründung (vgl. dazu BGE 133 III 489, Erw. 3.1). Dieses muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann; die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge sind zu beziffern. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Rechtsbegehren ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt bzw. welcher Geldbetrag zuzuspre-

- 13 - chen ist. Entsprechend sind Rechtsbegehren im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. G. 2). Bei rechtsunkundigen Parteien sind an die formalen Voraussetzungen der Berufungsschrift geringere Anforderungen zu stellen. Ob die vom Gesuchsgegner gestellten Anträge den gesetzlichen Anforderungen genügen, ist in der Folge einzeln zu prüfen.

E. 1.6

Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. 2. Besuchsrecht

E. 2

Gegen dieses Urteil erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 14. Dezember 2012 innert Frist Berufung, wobei er sinngemäss die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 64). Ebenso stellte er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung. Unter dem Datum vom 22. Januar 2012 zeigte Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ die Vertretung des Gesuchsgegners an und ersuchte um Ansetzung einer Frist zur Ergänzung der Berufungsschrift, eventualiter um Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 72). Mit Beschluss vom 28. Januar 2013 wurde das gesuchsgegnerische Begehren um Fristansetzung zur Berufungsergänzung abgewiesen und vom Gesuchsgegner Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen einverlangt (Urk. 74). Die Berufungsantwort der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) datiert vom 30. Januar 2013 und enthält unter anderem das Gesuch um Zusprechung eines weiteren Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren im Betrag von Fr. 4'000.-, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk.

75). Mit Verfügung vom 1. Februar 2013 wurde dem Gesuchsgegner die Berufungsantwort zur Kenntnisnahme zugestellt und gleichzeitig Frist zur Stellungnahme zum Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, ev. Gewährung der unentgeltlichen

- 11 - Rechtspflege angesetzt (Urk. 78). Unter dem Datum vom 20. Februar 2013 reichte der Gesuchsgegner die einverlangten Unterlagen ins Recht. Die Frist zur Stellungnahme zum gesuchstellerischen Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege liess er indes unbenutzt verstreichen.

E. 2.1

Die Vorinstanz hat dem Gesuchsgegner neben einem gerichtsblichen Feiertags- und Ferienbesuchsrecht ein zweiwöchentliches Wochenend-Besuchsrecht von Samstag 12:00 Uhr bis Sonntag 19:00 Uhr eingeräumt unter der Auflage, dass die Betreuung der gemeinsamen Kinder persönlich und ausserhalb der Geschäftslokalitäten stattzufinden habe (Urk. 65 S. 12 ff.).

E. 2.2

Der Gesuchsgegner wehrt sich im Rahmen seiner Berufung gegen den Umfang des Wochenend-Besuchsrechts sowie die Tatsache, dass er die Ausübung des Ferienbesuchsrechts drei Monate im Voraus anzukündigen hat (Urk. 1 S. 1 f.). Er beantragt ein zweiwöchentliches Wochenend-Besuchsrecht von Sonntag 10:00 Uhr bis 19:00 Uhr. Da er samstags arbeite, sei er nicht in der Lage, die Kinder in dieser Zeit zu beaufsichtigen. Am Samstag Abend sei er sodann sehr erschöpft und könne den Kindern daher nicht die benötigte Aufmerksamkeit geben. Aus diesem Grund sei es nicht zum Wohle der Kinder, wenn er sie bereits am Samstag beaufsichtigen müsse (Urk. 1 S. 2). Bezüglich des Ferienbesuchsrechts könne es vorkommen, dass er kurzfristig Ferien beziehen wolle, weshalb er die Ausübung des Ferienbesuchsrechts nicht drei Monate im Voraus ankündigen möchte (Urk. 1 S. 2).

E. 2.3

Zunächst kann festgehalten werden, dass die Anträge des Gesuchsgegners hinsichtlich des Besuchsrechts den gesetzlichen Anforderungen an eine Berufungsschrift genügen.

- 14 -

E. 2.4

Die Gesuchstellerin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, am vorinstanzlichen Wochenend-Besuchsrecht sei festzuhalten, da es für die Aufrechterhaltung der Vater-Kind-Beziehung sehr wichtig sei, dass die Söhne ihren Vater nicht nur an jedem zweiten Sonntag für einige wenige Stunden sähen. Dass der Gesuchsgegner am Samstag-Abend so erschöpft sein soll, dass er seine Kinder nicht betreuen könne, sei vor dem Hintergrund, dass er noch Ende Juli die abwechselungsweise erfolgende Betreuung der Kinder an vier Tagen bei ihm und drei Tagen bei der Gesuchstellerin als mit der Arbeit vereinbar beschrieb, völlig unglaubhaft (Urk. 75 S. 20). Mit Bezug auf die Vorankündigung der Ausübung des Ferienbesuchsrechts stelle die Behauptung, es könne auch vorkommen, dass der Gesuchsgegner kurzfristig Ferien beziehen möchte, eine neue Behauptung dar, welche nicht zu berücksichtigen sei (Urk. 75 S. 20).

E. 2.5

Die Kindervertreterin steht in ihrer Stellungnahme zum Besuchsrecht ebenfalls für die Beibehaltung des erstinstanzlich verfügbaren zweiwöchentlichen Besuchsrechts mit Übernachtung ein. Der Gesuchsgegner arbeite wie andere berufstätige Eltern während fünf Tagen die Woche, nur dass seine Woche von Dienstag bis Samstag und nicht wie üblicherweise von Montag bis Freitag dauere. Vor diesem Hintergrund sei nicht ersichtlich, weshalb der Gesuchsgegner nicht in der Lage sein sollte, die Kinder jeden zweiten Samstag teilweise zu betreuen (Urk. 86 S. 3). Sodann werde das zweiwöchentliche Wochenend-Besuchsrecht mit Übernachtungsbesuch dank der Mitwirkung der eingesetzten Beiständin vom Gesuchsgegner seit einigen Wochen ausgeübt, was eine sehr positive Entwicklung der beiden Kinder hinsichtlich ihres Verhaltens im Schulalltag bewirkt habe (Urk. 86 S. 4). Mit Bezug auf die Ankündigung des Ferienbesuchsrechts führt die Kindervertreterin aus, eine solche liege im Interesse aller Familienmitglieder und sei bei getrennt lebenden Eltern unabdingbar. Nur so könnten die Ferien in der geplanten Form durchgeführt werden, ohne dass die Planung ständig vom anderen Elternteil durchkreuzt werde (Urk. 86 S. 4).

- 15 -

E. 2.6

Was die allgemeinen Erwägungen zum Besuchsrecht anbelangt, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 65 S. 12).

E. 2.7

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass es für die Aufrechterhaltung der Vater-Kind-Beziehung, welche offenbar als gut bezeichnet werden kann, wichtig und notwendig ist, dass ein regelmässiger Kontakt zwischen dem Gesuchsgegner und den Kindern installiert wird. Im Rahmen dieser Besuchskontakte ist es ebenso wichtig, dass die Kinder mit dem Gesuchsgegner ein Stück Alltag erleben können, was Übernachtungsbesuche unabdingbar macht. Nur so ist es möglich, dass der Gesuchsgegner mit den Kindern Alltägliches wie "Abendessen kochen" oder "ins Bett bringen" erleben kann. Das Vorbringen des Gesuchsgegners, er sei am Samstag Abend jeweils müde, vermag daran nichts zu ändern. Dies umso mehr, als dass - wie die Kindervertreterin zutreffend ausführt - die Arbeitswoche des Gesuchsgegners nicht länger dauert als bei anderen berufstätigen Eltern und dem Gesuchsgegner nach wie vor der freie Montag ohne Kinderbetreuung zur Erholung verbleibt. Überdies scheint das zweiwöchentliche Wochenend-Besuchsrecht mittlerweile von der Parteien umgesetzt zu werden, was nach Auskunft der zuständigen Schulsozialarbeiterin und der Lehrerin von C._____ einen positiven Einfluss auf die Kinder gezeitigt habe (vgl. Urk. 86 S. 4). Dies zeigt eindrücklich, wie wichtig ein regelmässiges Besuchsrecht für die Entwicklung der Kinder ist. Vor diesem Hintergrund hat es in Nachachtung des Kindeswohl beim vorinstanzlich festgesetzten zweiwöchentlichen Wochenend-Besuchsrecht mit Übernachtung beim Gesuchsgegner sein Bewenden. Allerdings ist die Ausgestaltung des Besuchsrechts von Samstag 12:00 Uhr bis Sonntag 19:00 Uhr unzweckmässig. Die Arbeitszeit des Gesuchsgegners am Samstag spricht entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sehr wohl gegen ein Besuchsrecht ab Samstag Mittag. Dies zumindest dann, wenn die Ausübung des Besuchsrechts mit der Auflage versehen wird, die Betreuung der Kinder persönlich und ausserhalb der Geschäftslokalitäten wahrzunehmen. Offensichtlich arbeitet der Gesuchsgegner am Samstag bis 16:00 Uhr, was er auch bereits vor Vorinstanz geltend gemacht hat (Urk. 51

S. 7). Dass der Gesuchsgegner seine Ar-

- 16 - beitszeiten flexibel gestalten könnte, liegt sodann entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen nicht auf der Hand. Zwar hat er mehrfach angegeben, die Betreuung der Kinder auch unter der Woche gewährleisten zu können, da er beabsichtigt, sein 100% Pensum durch die Beschäftigung von Mitarbeitern zu reduzieren (Urk. 23 S. 4; Urk. 26 S. 1). Dies hat er aber offensichtlich nicht getan und auch die Vorinstanz scheint in ihrem Urteil unverändert von einem 100%-Pensum des Gesuchsgegners auszugehen. Wie die Ausübung des Besuchsrechts persönlich und ausserhalb der Geschäftslokalität indes während der Geschäftszeiten des Gesuchsgegners umgesetzt werden soll, ist nicht ersichtlich. Entsprechend modifizierte auch die Kindervertreterin ihren ursprünglichen Antrag auf ein Wochenend-Besuchsrecht von Freitag Abend bis Sonntag Abend dahingehend, dass das Besuchsrecht erst am Samstag nach Arbeitsende aufgenommen werden sollte (Urk. 54 S. 10). Dies erscheint sinnvoll. Entsprechend ist in Abänderung der Dispositiv-Ziffer 4 des angefochtenen Urteils ein Wochenend-Besuchsrecht von Samstag, 16:00 Uhr bis Sonntag, 19:00 Uhr festzulegen. Klar festzuhalten ist an dieser Stelle erneut, dass es sich beim Anspruch auf Kontakt auf ein gegenseitiges Recht handelt und die Kinder genau so einen Anspruch haben, ihren Vater in regelmässigen Abständen in ausreichendem Umfang sehen zu können. Hinsichtlich der Vorankündigung der Ausübung des Ferienbesuchsrechts kann ohne grosse Weiterungen festgehalten werden, dass eine solche Regelung gerichtsüblich ist und der beidseitigen Planung und Vorbereitung der Feriengestaltung dient. Der Gesuchsgegner tut nicht substantiiert dar, weshalb im vorliegenden Fall davon abzuweichen wäre. Es bestehen keine Gründe, weshalb der Gesuchsgegner seine Ferien nicht vorzeitig planen könnte, anstatt sie kurzfristig zu beziehen.

E. 3

Unterhaltsbeiträge

E. 3.1

Die Vorinstanz hat den Gesuchsgegner dazu verpflichtet, rückwirkend per 1. Juli 2011 Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich im Betrag von Fr. 1'500.– und solche für die Kinder von je Fr. 1'300.– zuzüglich allfälliger Familien- oder Ausbildungszulagen zu bezahlen. Der Unterhaltsberechnung legte sie

- 17 - einen Bedarf des Gesuchsgegners von Fr. 3'375.50 zu Grunde und ging von einem Einkommen des Gesuchsgegners aus selbständiger Erwerbstätigkeit als G._____ von Fr. 7'470.– pro Monat aus. Der vom Gesuchsgegner geltend gemachte Verkauf seiner H._____-Geschäfte mit gleichzeitiger Anstellung im ehemals eigenen Betrieb erachtete die Vorinstanz als unglaubhaft und stellte zur Einkommensermittlung auf die Einkommenszahlen des Gesuchsgegners als Selbständigerwerbender der Jahre 2009 bis 2011 ab (Urk. 65 S. 21 ff.) Unbestritten blieb der Bedarf des Gesuchsgegners sowie der Beginn der Zahlungspflicht rückwirkend ab dem 1. Juli 2011. Hiervon ist im Folgenden auszugehen.

E. 3.2

Der Gesuchsgegner macht in seiner Berufung mit Verweis auf die im Recht liegenden Unterlagen geltend, er sei nicht in der Lage, die festgesetzten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Der Verkauf seiner H._____ sei entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen nicht fingiert. Er habe seinen Betrieb an I._____ verkauft, da er mit seinem Geschäft in

den letzten Jahren überfordert gewesen sei und sich mit Bezug auf die Eröffnung eines zweiten Geschäfts verspekuliert habe. Für die Eröffnung des zweiten Geschäfts in J. _____ habe er sich bei I. _____ verschuldet und diese Schulden mit dem Verkauf der beiden Geschäften beglichen. I. _____ habe ihn sodann in seinem ehemaligen Betrieb als G. _____ angestellt. Er verdiene als Angestellter der K. _____ Fr. 3'525.- netto zuzüglich Kinderzulagen von Fr. 250.- pro Kind (Urk. 64 S. 2 f.). Überdies habe er während der Zeit des Getrenntlebens verschiedene Beiträge für die Gesuchstellerin und die Kinder bezahlt; auch heute bezahle er noch die Krankenkassenprämien der Gesuchstellerin und der Kinder (Urk. 64 S. 2).

E. 3.3

Vorab ist mit Bezug auf die gesuchstellerischen Anträge hinsichtlich seiner Unterhaltspflicht festzuhalten, dass Rechtsbegehren, die eine Summe Geld zum Gegenstand haben, zu beziffern sind. Auf nicht bezifferte Anträge ist - wie bereits erwähnt - ausnahmsweise einzutreten, sofern sich aus der Berufungsbegründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ohne weiteres ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt (BGer 5A_667/2011 mit Verweis auf BGE 134 III 235). Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der Begründung, dass

- 18 - der (bei Berufungseinreichung unvertretene und rechtsunkundige) Gesuchsgegner keinerlei Unterhaltsbeiträge bezahlen will. Es ist in diesem Punkt daher - entgegen dem Antrag der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 75 S. 11) - auf die Berufung einzutreten.

E. 3.4

Inhaltlich stellt sich die Gesuchstellerin auf den Standpunkt, der Gesuchsgegner habe mit seiner Behauptung, er sei seit 1. September 2012 Angestellter bei der K. _____, gleichzeitig anerkannt, dass er bis zu diesem Zeitpunkt das von der Vorinstanz errechnete Einkommen als Selbständigerwerbender von Fr. 7'470.- erzielt habe. Zumindest mache er nichts Gegenteiliges geltend. Somit könne für die Zeit vom 1. Juli 2011 bis zum 31. August 2012 von der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners im vorinstanzlich festgestellten Umfang ausgegangen werden (Urk. 75 S. 12). Für die Zeit ab dem 1. September 2012 habe die Vorinstanz zutreffend dargelegt, dass die Umstände rund um den angeblichen Verkauf des Geschäfts unglaubwürdig erschienen. Der eingereichte Kaufvertrag zwischen dem Gesuchsgegner und I. _____ (Urk. 67/1) sowie die von I. _____ verfassten Bestätigungsemails (Urk. 67/2) seien als Gefälligkeitsschreiben unter Freunden zu werten. Auch eine Analyse der im Recht liegenden Kontoauszüge und Lohnabrechnungen müsse zum Schluss führen, dass der Verkauf der H. _____ nur vorgeschoben sei (Urk. 75 S. 13-18). Die vom Gesuchsgegner angeführten geleisteten Zahlungen zu Gunsten der Gesuchstellerin und der gemeinsamen Kinder würden sodann bloss von Relevanz sein, sofern sie die Unterhaltsleistungspflicht nach dem 1. Juli 2011 betreffen würden, und seien im Übrigen bestritten (Urk. 75 S. 13).

E. 3.5

Zunächst ist anzumerken, dass der vom Gesuchsgegner mit seiner Berufung ins Recht gereichte Arbeitsvertrag zwischen ihm und der K. _____ GmbH vom 14. September 2012 (Urk. 67/4) ein neues Beweismittel darstellt, welches verspätet eingereicht wurde (vgl. Erw. II.1.4). Mit Blick auf das geltende Noven-

- 19 - recht ist der Arbeitsvertrag daher nicht zu beachten. Gleiches gilt für die eingereichten Bestätigungsemails von I. _____ vom 29. Oktober 2012 (Urk. 67/2). Weiter ist die Ansicht der Gesuchstellerin zutreffend, dass der Gesuchsgegner in seiner Berufung lediglich die Annahme der Vorinstanz, der Verkauf seines H. _____-Geschäfts sei fingiert, kritisiert. Das von ihm vor dem angeblichen Verkauf der H. _____ erzielte Einkommen von Fr. 7'470.- moniert er nicht, womit es dabei sein Bewenden hat. Somit ist für die Zeit vom 1. Juli 2011 bis zum 31. August 2012 ohne grosse Weiterungen von der Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners im von der Vorinstanz festgesetzten Umfang auszugehen und die Berufung in diesem Umfang abzuweisen. Im Übrigen ist für die Zeitspanne ab dem 1. September 2012 in Übereinstimmung mit der Vorinstanz festzuhalten, dass der Verkauf der K. _____ an I. _____ und die Anstellung des Gesuchsgegners in derselben Unternehmung unglaublich ist. Hierzu ist Folgendes auszuführen: - Die Chronologie des angeblichen Verkaufs ist unstimmtig. Gemäss Kaufvertrag wurde die H. _____ am 29. August 2012 an I. _____ verkauft. In seiner Eingabe vom 4. September 2012 - und demnach zeitlich nach dem behaupteten Verkauf - erwähnte der Gesuchsgegner einen solchen indes nicht und berichtete im Gegenteil davon, dass er in seinen beiden Geschäften zwei Arbeitnehmer sowie einen Angestellten habe (Urk. 35 S. 1). Auch gab er an, sein Einkommen sei anhand der Durchschnittseinkommen der Jahre 2010, 2011 und 2012 zu ermitteln, wobei zu beachten sei, dass er momentan (damit war das Jahr 2012 gemeint) die von der Gesuchstellerin geltend gemachten Erfolge nicht erzielen könne. Der Gesuchsgegner ging am 4. September 2012 damit offensichtlich selber von seiner Selbständigkeit aus. Auch in seiner Eingabe vom 24. September 2012 erwähnte der Gesuchsgegner mit keinem Wort, die selbständige Erwerbstätigkeit aufgegeben zu haben (Urk. 43). Weshalb der Gesuchsgegner diese einschneidende Veränderung seiner persönlichen Verhältnisse dem Gericht nicht mitteilte, bleibt unklar. Der Gesuchsgegner äussert sich hierzu zumindest nicht.

- 20 - - Der Gesuchsgegner äussert sich auch widersprüchlich zum Grund der Geschäftsaufgabe. Während er vor Vorinstanz den geplanten Wegzug nach L. _____ [Staat in Europa] dafür angab (Urk. 51 S. 6), nennt er im Berufungsverfahren persönliche und finanzielle Überforderung (Urk. 64). - Die vom Gesuchsgegner eingereichten Lohnabrechnungen der Monate September 2012 bis Februar 2013 werfen Fragen auf. Die im vorinstanzlichen Verfahren ins Recht gereichten Lohnabrechnungen der Monate September und Oktober 2012 (Urk. 48/2 und 3) stimmen von der grafischen Gestaltung und der Datierung nicht mit den im Berufungsverfahren für die selben Monate eingereichten Lohnabrechnungen überein (Urk. 82/4). Offensichtlich handelt es sich um zwei unterschiedliche Dokumente, welche denselben Sachverhalt bezeugen sollen. Weshalb der Gesuchsgegner zwei unterschiedliche Lohnabrechnungen erhalten haben soll, ist nicht ersichtlich. Die im Berufungsverfahren ins Recht gereichten Lohnabrechnungen (September 2012 bis Februar 2013) sind sodann allesamt am 12. Februar 2013 ausgestellt worden. Dies erstaunt und legt den Schluss nahe, dass diese nachträglich (wohl zu Beweis Zwecken) erstellt worden sind. Gesamthaft muss davon ausgegangen werden, dass die Lohnabrechnungen fingiert sind. - Schliesslich sprechen auch die im Recht liegenden Kontoauszüge des Gesuchsgegners gegen die Aufgabe der Selbständigkeit. Zum einen erscheint der angebliche Lohn als angestellter G. _____ im Betrag von Fr. 3'525.65 nur gerade ein Mal in den Auszügen; nämlich am 31. Oktober 2012 auf dem Konto bei der ... (Urk. 82/18). In den übrigen Monaten wurde kein entsprechender Betrag auf eines der Konti des Gesuchsgegners einbezahlt. Umgekehrt erscheinen nach dem 1. September 2012

und somit nach dem angeblichen Verkauf des Geschäfts mehrfach Gutschriften auf dem gesuchsgegnerischen Konto bei der ..., welche aus der Einlieferung von Warenbezügen für K._____ herrühren (vgl. Urk. 82/18). Demnach sind nach dem angeblichen Verkauf der H._____ auf dem Konto des Gesuchsgegners regelmässig Zahlungseingänge im Zusammenhang mit dem Warenverkauf

- 21 - in der H._____ zu verzeichnen. Weshalb diese Gutschriften auf dem Konto des Gesuchsgegners in seiner Position als Angestellter erfolgten, ist nicht klar. Es liegt auf der Hand, dass normalerweise die erzielten Gewinne aus Warenbezügen auf das Konto des Geschäftsinhabers und nicht auf das Konto eines Angestellten überwiesen werden. Schliesslich resultieren in den Kontoauszügen des gesuchsgegnerischen Kontos nach dem 1. September 2012 diverse Gutschriften der M._____. Dabei handelt es sich nach unbestritten gebliebener Angabe der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 75 S. 17) um ein Unternehmen, welches im Bereich der elektronischen Zahlungsabwicklung tätig ist und vom Gesuchsgegner für die Entgegennahme von Kreditkartenzahlungen in der H._____ beansprucht wird. Wiederum ist nicht ersichtlich, weshalb die Eingänge von Kreditkartenzahlungen für Waren oder Dienstleistungen in der H._____ auf das Konto eines Angestellten fliessen sollten. In Anbetracht der gemachten Ausführungen muss davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsgegner seine selbständige Arbeitstätigkeit nach dem 1. September 2012 unverändert fortgeführt hat. Aus diesem Grund ist auch nach dem 1. September 2012 von einem Einkommen als Selbständigerwerbender im Betrag von netto Fr. 7'470.- pro Monat auszugehen. Die vorinstanzliche Unterhaltsbeitragsberechnung ist somit nicht zu beanstanden. Nach der Deckung des (unangefochten gebliebenen) Bedarfs des Gesuchsgegners von Fr. 3'375.50 verbleibt ihm ein Überschuss von rund Fr. 4'100.-, welcher entsprechend der ebenfalls unangefochten gebliebenen Aufteilung der Vorinstanz im Betrag von Fr. 1'500.- auf die Gesuchstellerin persönlich und im Betrag von je Fr. 1'300.- auf die beiden gemeinsamen Kinder entfällt.

E. 3.6

Die vom Gesuchsgegner im Rahmen der Berufung geltend gemachten Zahlungen an die Gesuchstellerin und die Kinder sind sodann nicht zu beachten. Es handelt sich dabei um neue Behauptungen, bei welchen nicht ersichtlich ist, weshalb es dem Gesuchsgegner nicht zumutbar gewesen sein sollte, diese Behauptungen bereits vor Vorinstanz zu erheben (vgl. Erw. II.1.4). Es sei an dieser Stelle

- 22 - aber angemerkt, dass die vom Gesuchsgegner seit 1. Juli 2011 tatsächlich geleisteten Zahlungen an den Unterhalt der Gesuchstellerin und der beiden gemeinsamen Kinder an die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners angerechnet werden können.

E. 4

Prozesskostenbeitrag für das erstinstanzliche Verfahren

E. 4.1

Gemäss konstanter Praxis der Kammer besteht für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Endentscheid kein Raum mehr. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen hat indes die angesprochene Partei der ansprechenden Partei die Aufwendungen des Verfahrens bzw. für die Rechtsvertretung gestützt auf Art. 159 Abs. 3 ZGB zu ersetzen. Voraussetzung hierfür ist - wie auch bei der subsidiär zu gewährenden unentgeltlichen Rechtspflege -, dass die ansprechende Partei nicht über die

finanziellen Mittel verfügt, um den Prozess ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhalts binnen nützlicher Frist zu finanzieren und dass der Prozessstandpunkt nicht aussichtslos erscheint. Zudem muss die angesprochene Partei zur Leistung des Prozesskostenvorschusses in der Lage sein. Letzteres ist - wie unter Ziff. III.3 vorstehend ausgeführt - nicht der Fall, da der Gesuchsteller als mittellos anzusehen ist. Das ge-

- 27 - suchstellerische Begehren um Leistung eines Prozesskostenvorschusses ist vor diesem Hintergrund abzuweisen.

E. 4.2

Das Eventualbegehren der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist hingegen gutzuheissen. Die Gesuchstellerin ist - wie bereits ausgeführt - mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos. Damit sind die Voraussetzungen für die Befreiung von den Gerichtskosten nach Art. 117 ZPO erfüllt. Des weiteren erscheint die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung zur gehörigen Wahrung der Rechte der Gesuchstellerin im Rechtsmittelverfahren vorliegend sachlich notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die der Gesuchstellerin auferlegten Gerichtskosten sind demnach unter Hinweis auf das Nachforderungsrecht des Staats gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Sollte sich herausstellen, dass der Entschädigungsanspruch der Gesuchstellerin uneinbringlich ist, ist die der Gesuchstellerin zuzusprechende Parteientschädigung von Fr. 3'000.- aus der Gerichtskasse zu bezahlen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Es wird beschlossen:

E. 4.3

Vorab ist mit Bezug auf den gesuchstellerischen Antrag festzuhalten, dass dieser den gesetzlichen Anforderungen genügt. Die Berufung erweist sich indes mit Blick auf die Begründung als zu wenig substantiiert. Die Begründung eines Rechtsmittels hat zu erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll. Der Berufungskläger hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Im vorliegenden Fall setzt sich der Gesuchsgegner in keiner Weise mit dem vorinstanzlichen Entscheid und den entsprechenden Ausführungen zum Prozesskostenbeitrag auseinander. Er erhebt keine substantiierten Rügen bezüglich der Tatsachenfeststellung, dass die Gesuchstellerin mittellos und der Prozess nicht aussichtslos sei und er zum Urteilszeitpunkt über ein Vermögen von rund Fr. 64'000.- verfügt haben und somit leistungsfähig gewesen sein soll. Mit dem Vorbringen, dass er zur Leistung des Prozesskostenbeitrages nicht in der Lage sei, tut er nicht dar, wieso dem vor dem Hintergrund seines Vermögens von Fr.

- 23 - 64'000.- so sein soll. Die Berufung ist daher in diesem Punkt schon deshalb abzuweisen. Überdies wäre der Gesuchstellerin beizupflichten, dass es sich bei der (sehr rudimentär) geltend gemachten Mittellosigkeit des Gesuchsgegners um eine neue Behauptung handelt, welche aufgrund des geltenden Novenrechts nicht zu hören wäre. Der Gesuchsgegner legt nicht dar, weshalb es ihm nicht bereits vor Vorinstanz zumutbar gewesen sein soll, seine angebliche Zahlungsunfähigkeit geltend zu machen.

E. 4.4

Zusammenfassend ist der vorinstanzliche Entscheid mit Blick auf die Zusage eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 5'000.- an die Gesuchstellerin zu bestätigen.

E. 5

Es wird vorgemerkt, dass die Dispositivziffern Ziffern 2, 3, 5, 6, 7, 10 und 11 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 2. November 2012 in Rechtskraft erwachsen sind.

E. 5.1

Die Vorinstanz hat die Gerichtskosten zu drei Vierteln dem Gesuchsgegner und zu einem Viertel der Gesuchstellerin auferlegt. Sie begründet dies damit, dass die Kosten des Verfahrens in Bezug auf Kinderbelange - welche im vorliegenden Fall (ohne Kosten der Kindesvertreterin) rund die Hälfte der Entscheidgebühr ausmachten, von den Parteien je hälftig zu tragen seien. Bezüglich den übrigen Anträgen obsiege die Gesuchstellerin vollumfänglich, weshalb sich die obgenannte Kostenverteilung rechtfertige. Die Kosten der Kindesvertretung hat die Vorinstanz sodann separat ausgewiesen und den Parteien hälftig auferlegt (Urk. 65 S. 25).

E. 5.2

Der Gesuchsgegner beantragt berufsungsweise, die Kosten des Verfahrens seien den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Er begründet seinen Antrag damit, dass er die Kindervertreterin nicht aus Schikane eingesetzt habe (Urk. 64 S. 2).

E. 5.3

Es besteht kein Anlass, die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsregelung zu korrigieren. Sie erweist sich mit Blick auf das Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen der Parteien im erstinstanzlichen Verfahren als zutreffend. Der Gesuchsgegner scheint sodann zu verkennen, dass die von ihm kri-

- 24 - tisierten Kosten für die Kindervertretung den Parteien bereits zur Hälfte auferlegt worden sind und das vorinstanzliche Urteil daher in diesem Punkt seinem Berufungsantrag entspricht. III. 1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren zu entscheiden. 2. Der Gesuchsgegner unterliegt mit seiner Berufung hinsichtlich der Unterhaltsfrage, des Prozesskostenbeitrags sowie der Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen vollumfänglich. Mit Blick auf das angefochtene Besuchsrecht unterliegt der Gesuchsgegner ebenfalls zum grössten Teil. Vor dem Hintergrund, dass die Gerichtskosten mit Bezug auf Kinderbelange gemäss ständiger Praxis der urteilenden Kammer den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen sind, wenn sie gute Gründe für ihre Rechtsposition, hatten und diese Kosten vorliegend auf einen Drittel der Gesamtkosten zu veranschlagen sind, rechtfertigt es sich, dem Gesuchsgegner fünf Sechstel und der Gesuchstellerin einen Sechstel der zweitinstanzlichen Gerichtskosten aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 und § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 5'500.– festzusetzen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 3, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 3'000.– festzusetzen und der Gesuchsgegner in Anbetracht des Verfahrensausgangs zu verpflichten, die Gesuchstellerin mit einer auf 2/3 reduzierten Parteientschädigung im Betrag von Fr. 2'000.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu entschädigen. 3. Der Gesuchsgegner ersucht für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 1 und Urk. 72 S. 1). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer

- 25 - Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Vorliegend verbleiben dem Gesuchsgegner von seinem Einkommen nach Bezahlung der Unterhaltsbeiträge keinerlei finanzielle Mittel. Gemäss seiner Steuererklärung für das Jahr 2012 verfügte er indes am 31. Dezember 2012 über ein Vermögen von rund Fr. 30'000.- (Urk. 82/1). Dieses setzte sich zusammen aus einem Wertschriftenvermögen in der Höhe von Fr. 10'622.-, dem Betrag von Fr. 2'044.- auf dem Privatkonto bei der ... (welches am 11. Februar 2013 noch einen Betrag von rund Fr. 375.- auswies, Urk. 82/11) sowie einem Guthaben von Fr. 16'876.- auf den Geschäftskonti bei der ... per 31. August 2012. Die erwähnten Geschäftskonti liess der Gesuchsgegner einerseits aufheben (...konto Nr. ..., Urk. 82/17) und andererseits in Privatkonti umwandeln (...konto Nr. ..., Urk. 82/19). Gemäss Kontoübersicht vom 14. Februar 2013 wies das in ein Privatkonto umgewandelte Geschäftskonto per diesem Datum noch ein Guthaben von rund Fr. 650.- auf. Von dem am 31. Dezember 2012 vorhandenen Vermögen von rund Fr. 30'000.- scheint somit Mitte Februar 2013 nur noch ein Betrag von rund Fr. 11'500.- als Vermögen vorhanden zu sein. Diese Vermögensreduktion ist vor dem Hintergrund, dass der Gesuchsgegner einen Prozesskostenbeitrag an die Gesuchstellerin von Fr. 5'000.- zu bezahlen hatte (Urk. 24) und ihm auch eigene Anwaltskosten erwachsen sind (Urk. 15 und Urk. 59), nachvollziehbar. Der verbleibende Betrag von rund Fr. 11'500.- ist dem Gesuchsgegner sodann als sogenannter Notgroschen zu belassen. Der Gesuchsgegner ist somit als mittellos zu bezeichnen. Obwohl der Gesuchsteller mit seiner Berufung grossmehrheitlich unterliegt, kann sein Standpunkt - gerade mit Blick auf sein teilweises Obsiegen hinsichtlich der zeitlichen Ausgestaltung des Besuchsrechts - nicht als vollkommen aussichtslos gewertet werden. Damit sind die Voraussetzungen für die Befreiung von den Gerichtskosten nach Art. 117 ZPO erfüllt und dem Gesuchsteller ist die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Da die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsführung die entschädigungspflichtige Partei nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an die Gegenpartei befreit, ist der Gesuchsgegner entsprechend der

- 26 - Kostenverteilung zu verpflichten, der Gesuchstellerin die oben erwähnte Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen. Von der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes - wie sie von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ in der Eingabe vom 22. Januar 2013 begehrt wird (Urk. 72 S. 1) - ist hingegen abzusehen. Der Gesuchsteller hat die Berufung am 14. Dezember 2012 in begründeter Fassung eigenständig erhoben und auch selbständig um die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ersucht (Urk. 64). Ein weiterer Schriftenwechsel war nicht erforderlich, ausser mit Bezug auf die Stellungnahme zum von der Gesuchstellerin beehrten Prozesskostenvorschuss, zu welcher es der Gesuchsteller aber unterliess, eine Stellungnahme einzureichen. Vor diesem Hintergrund erscheint die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ am 27. Dezember 2012 nicht notwendig. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher mit Bezug auf die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters abzuweisen. 4. Die Gesuchstellerin stellt im Berufungsverfahren den prozessualen Antrag um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 75 S. 3).