

ZH_OBERGERICHT LE140014 vom 9. Oktober 2014

ZH Obergericht, 2014-10-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE140014

FR: ZH_OBERGERICHT LE140014 du 9 octobre 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LE140014 del 9 ottobre 2014

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. Mai 2011 verheiratet (Urk. 26/1 S. 3) und Eltern des Sohnes C._____, geboren am tt.mm.2011. Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 23. April 2013 wurde vom Getrenntleben der Parteien Vormerk genommen sowie eine zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung vorge- merkt und mit Bezug auf die Kinderbelange genehmigt. Danach steht der Sohn C._____ für die Dauer des Getrenntlebens unter der geteilten Obhut der Parteien (Urk. 26/71).

E. 1.1

Die Klägerin stellt das Gesuch, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen sowie ihr in der Person von Rechts- anwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (Urk. 27 S. 3). Zur Vermeidung fruchtloser Doppelspurigkeit verweise sie zur Begründung ihrer Prozessbedürftigkeit inhaltlich auf die Beschwerdeschrift vom 27. März 2014 im Verfahren RE140009 an das Obergericht, mit welcher sie die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz anfocht (Urk. 27 Rz. 20 un- ter Verweis auf Urk. 30). Nachdem ihr mit Beschluss vom 26. Mai 2014 mitgeteilt wurde, dass ein Vergleich ihres Bedarfs mit ihrem regulärem Einkommen (ohne Bonus) im Beschwerdeverfahren RE140009 einen monatlichen Überschuss von Fr. 930.– ergab, und ihr Frist angesetzt wurde, um Urkunden über den Erhalt und die Höhe der Bonuszahlung(en) im Jahr 2014 einzureichen (Urk. 38 S. 3 und Dis- positiv-Ziffer 4), macht die Klägerin mit Eingabe vom 30. Juni 2014 geltend, der im April 2014 ausbezahlte Bonus sei aufgebraucht. Aufgrund des Vorbezugs von Fr. 4'000.– im Januar 2014 seien vom Gesamtbonus nur noch Fr. 24'580.– brutto vorhanden gewesen. Es seien anschliessend an den Erhalt des Bonus' diverse Zahlungen für den laufenden Bedarf der Klägerin und des Kindes oder Unter- haltszahlungen an den Beklagten sowie zur Begleichung offener Schulden erfolgt (Urk. 42/2). Nach der Sammelzahlung per 30. April 2014 sei nur noch ein positiver Saldo von rund Fr. 5'000.– und vor der nächsten ordentlichen Lohnzahlung im Juni 2014 von rund Fr. 100.– übrig geblieben (Urk. 42/2-4). Der im Beschwerde- verfahren vor Obergericht betreffend die Abweisung des erstinstanzlichen Ge- suchs der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege (Verfahrens-Nr. RE140009)

- 36 - theoretisch errechnete prozessuale Notbedarf sei in diesem Zusammenhang nicht massgebend. Weil dort verschiedene Ausgaben des ehelichen Lebensstandards (höhere Grundbeträge, Leasingkosten, Schuldenzahlungen, Ferien etc.) unbe- rücksichtigt geblieben seien, habe die Klägerin monatlich ein Manko zu tragen, das sie nur mit einem Bonus decken könne. Zudem habe sie durch das mit dem Bonus höhere Einkommen eine höhere Steuerlast zu tragen (Urk. 40 Rz. 8).

E. 1.2

Zudem lehnte es die Vorinstanz ab, den Beklagten zu verpflichten, der Klägerin Fr. 3'000.– persönliche Unterhaltsbeiträge zurückzubezahlen. Sie hatte diesen Antrag damit begründet, dass der Beklagte sich zwischen dem 23. April und dem 29. Mai 2013 in der ... [Klinik] und zwischen dem 18. September und dem 16. November 2013 in Grossbritannien aufgehalten habe. Während dieser Zeit seien ihm die Kosten für den Grundbetrag, den Arbeitsweg sowie der Grund- betrag für die Betreuung C.____s nicht angefallen. Die Vorinstanz kam aber zum Schluss, dass es bereits an der Voraussetzung der Dauerhaftigkeit der veränder- ten Verhältnisse mangle (Urk. 28 S. 13 f.). Die Klägerin hat diesen Antrag (Rechtsbegehren Ziffer 3) im Berufungsverfahren nicht erneuert, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen. 2. Die Klägerin moniert, dass gemäss rechtskräftiger Regelung des Ur- teils vom 23. April 2013 dem Beklagten ab 1. August 2013 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei. Die beantragte Sorgerechts- und Obhutsregelung

- 33 - entlaste den Beklagten und ermögliche es ihm, einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 500.– pro Monat für das Kind zu bezahlen. Eine weitere Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Urteil sei ihr nicht möglich, da die Vorinstanz aufgrund der verweigerten Abänderung nicht weiter auf diesen Antrag eingegangen sei. Die Abweisung des Antrages auf Rückerstattung von persönlichen Unterhaltsbeiträ- gen beanstandet die Klägerin nicht (Urk. 27 Rz. 19). Vor Vorinstanz machte die Klägerin betreffend Unterhaltsbeiträge bzw. vom Beklagten zu erzielendes bzw. erzielbares Einkommen keine weiteren Ausführungen, ausser dass ein Unter- haltsbeitrag von monatlich Fr. 500.– gemessen am Bedarf eines Einzelkindes am unteren Ende sei und dass der geforderte Betrag die schwachen finanziellen Ver- hältnisse des Beklagten berücksichtige (Urk. 1/18 Rz. 16). 3. Der Beklagte erwidert, er wäre auch bei einer Abänderung der Sorge- rechts- bzw. Obhutsregelung nicht in der Lage, Unterhaltszahlungen zu leisten (Urk. 35 Rz. 20). Vor Vorinstanz führte er aus, er verdiene nach wie vor als selb- ständiger Skilehrer nicht genug, um sich selbst zu versorgen. Er hoffe, dass sich dies bald ändern werde, und sei um neue Kunden bemüht. Die Fortbildung zum Personal Trainer diene gerade dazu, sein Einkommen saisonunabhängig zu ma- chen und ganzjährig arbeiten zu können. Die Erfolgsaussichten hierzu seien zur Zeit sehr gut, da diese Branche in den letzten Jahren einen Aufschwung erlebt habe (Urk. 1/20 Rz. 8). Der Beklagte sei, bevor sich die Parteien kennen gelernt hätten und auch in der ersten Zeit ihrer Beziehung, rund um den Erdball gereist und habe überall, wo gerade Winter gewesen sei, Skiunterricht gegeben. Dies gehe, seit er ein Kind habe, nicht mehr (Prot. I S. 6 Ergänzung 12). 4. In der Eheschutzvereinbarung vom 11. April 2013 (Urk. 26/66) ver- pflichtete sich die Klägerin, dem Beklagten ab dem 1. Mai 2013 monatlich Fr. 3'200.– und ab dem 1. August 2013 monatlich Fr. 1'000.– Unterhaltsbeiträge für ihn persönlich zu bezahlen. Die Parteien hielten fest, dass der Beklagte spä- testens ab 1. August 2013 eine Erwerbstätigkeit aufnehmen und ab diesem Zeit- punkt seinen Bedarf bis zu einem Mankobetrag von Fr. 1'000.– selber decken werde (Ziff. 8 der Vereinbarung). Die Parteien hielten weiter fest, dass der Beklag- te damals nicht in der Lage gewesen sei, "sich in einem weiteren Umfang" finan-

- 34 - ziell an den Auslagen C.____s zu beteiligen (Ziff. 5 der Vereinbarung). Von einer Festlegung von Kinderunterhaltsbeiträgen wurde aufgrund der damaligen Leis- tungsfähigkeiten der Parteien abgesehen (Ziff. 6 der Vereinbarung). Damit hat der Beklagte seit dem 1. August 2013 Anspruch auf persönliche monatliche Unter- haltsbeiträge im

Betrag von Fr. 1'000.–. Die Klägerin macht diesbezüglich keinen Abänderungsgrund geltend. Der Beklagte scheint damit auch in den Augen der Klägerin nicht leistungsfähig zu sein. Aufgrund der in Kindersachen geltenden Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO) ist nachfolgend aber trotzdem zu klären, ob der Beklagte einen Beitrag an den Kinderunterhalt bezahlen könnte, insbesondere da er aufgrund der oben dargelegten abzuändernden Betreuungsordnung neu einen Tag pro Woche mehr arbeiten könnte. Die Parteien hielten in der ursprünglichen Eheschutzvereinbarung nicht fest, wieviel der Beklagte ab 1. August 2013 arbeiten sollte. Wie gleich zu zeigen sein wird, kann aber darauf verzichtet werden festzulegen, in welchem Pensum der Beklagte einer Arbeitstätigkeit nachzugehen hätte. Selbst wenn ihm nämlich ein hypothetisches Einkommen als 100 % erwerbstätiger, angestellter Fitnesstrainer angerechnet würde, zeigt ein Blick ins Lohnbuch, dass er damit realistischerweise monatlich höchstens Fr. 3'500.– brutto verdienen könnte (der Beklagte verfügt über keinen eidgenössisch anerkannten Ausweis; vgl. Philipp Mühlhauser, Das Lohnbuch 2013, S. 586). Im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens kann darauf verzichtet werden, abzuklären, ob der Beklagte als selbständiger Personaltrainer mehr verdienen könnte, da es glaubhaft erscheint, dass er sich zuerst einen Kundenstamm erarbeiten muss (vgl. Urk. 37/4) und nichts darauf hinweist, dass er damit in absehbarer Zeit in der Lage sein wird, mehr als ein angestellter Fitnesstrainer zu verdienen. Schliesslich könnte der Beklagte als Schneesportlehrer mit kurzfristigen Einsätzen zwischen Fr. 124.– bis Fr. 164.– pro Tag (Mühlhauser, a.a.O., S. 517) verdienen, was ebenfalls nicht zu einem höheren Monatseinkommen während der Skisaison führen würde. Der Bedarf des Beklagten wurde in der ursprünglichen Eheschutzvereinbarung auf Fr. 3'609.– festgesetzt (Urk. 26/66). Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass sich dieser – abgesehen vom um Fr. 100.– gesenkten Grundbetrag für C._____ (vgl. E. IV./1.2.1 unten) – verändert hat. Damit ist aktuell von einem Notbedarf des Beklagten von

- 35 - Fr. 3'509.– auszugehen. Dies macht klar, dass der Beklagte selbst bei der Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens aufgrund eines 100 % - Pensums nicht leistungsfähig wäre (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 02.63; BGE 135 III 66 E. 2 – 10). Das Berufungsbegehren der Klägerin, es sei der Beklagte zu verpflichten, ihr an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes einen Kinderunterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 500.– zu bezahlen, ist deshalb abzuweisen. IV.

E. 1.2.1

Im Beschwerdeverfahren RE140009 wurde folgender Notbedarf der Klägerin errechnet (Urteil vom 26. Mai 2014, E. 5.5): - Grundbetrag Fr. 1'620.– (Grundbetrag plus Zuschlag von 20 %) - Grundbetrag C._____ Fr. 300.– (3/4 von Fr. 400.–) - Steuern Fr. 570.– - Unterhaltszahlungen an Beklagten Fr. 1'000.– - Miete Fr. 2'730.– - Kosten Mietzinskaution Fr. 23.– - Krankenkassenprämien Fr. 270.– - Krankheitskosten Fr. 80.– - Haftpflicht-/Hausratversicherung Fr. 30.– - Kommunikationskosten Fr. 120.– - Fremdbetreuungskosten C._____ Fr. 1'300.– - Arbeitsauslagen Fr. 620.– Total Fr. 8'663.–

=====

E. 1.2.2

Auf der Einkommensseite wurde ein Nettoeinkommen (inkl. Kinderzulage) von monatlich Fr. 9'593.35 ermittelt (Urteil vom 26. Mai 2014, E. 6).

E. 1.2.3

Es resultierte ein monatlicher Überschuss von Fr. 930.35. Ein zusätzlicher Notgroschen war nicht aufzurechnen, da ein solcher schon durch eine Erhöhung des Grundbetrages um 20 % berücksichtigt wurde. Es wurde gefolgert, dass die Klägerin mit einem Überschuss von Fr. 930.– in der Lage ist, die Kosten des erstinstanzlichen Prozesses (nebst den eigenen Anwaltskosten eine Entscheidgebühren von Fr. 3'468.75 sowie eine Parteientschädigung von Fr. 3'800.–; Urk. 28 S. 18; aufgrund des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens wird sie nebst ihren eigenen Anwaltskosten nur noch die hälftige Entscheidgebühren zu tragen haben, s. E. 3.1.2 unten) innert vernünftiger Frist – d.h. innert rund eines Jah-

- 37 - res – zu bezahlen. Die Bonuszahlung wurde nicht berücksichtigt (Urteil vom 26. Mai 2014, E. 6).

E. 1.3

Aus dem verfassungsrechtlichen Begriff der Mittellosigkeit folgt, dass grundsätzlich auf die aktuelle ("augenblickliche") ökonomische Situation des Gesuchstellers im Zeitpunkt der Einreichung eines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege abgestellt wird und nur Einkünfte und Vermögenswerte berücksichtigt werden dürfen, die tatsächlich (effektiv) vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar sind (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 8). In Anbetracht des Zweckgedankens der unentgeltlichen Rechtspflege dürfen zudem finanzielle Mittel mitberücksichtigt werden, die bis zum Zeitpunkt des Entscheides über die unentgeltliche Rechtspflege angefallen sind (vgl. BGer 5D_114/2007 vom 20. März 2008, E.4). Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege stammt vom 27. März 2014; der Bonus wurde am 25. April 2014 ausbezahlt (Urk. 27 und Urk. 42/1+2). Bereits im Januar 2014 bezog die Klägerin einen Vorschuss von Fr. 4'000.– auf ihren Bonus (vgl. Urk. 42/1). Dem Effektivitätsprinzip ist damit genüge getan, der Bonus war kurzfristig realisierbar bzw. wurde bis zum Entscheidungszeitpunkt ausbezahlt. Wenn die Klägerin behauptet, der Bonus sei mittels diverser Zahlungen für ihren laufenden Bedarf und denjenigen des Kindes oder Unterhaltszahlungen an den Beklagten sowie zur Begleichung offener Schulden aufgebraucht worden, da ihr im Verfahren RE140009 theoretisch ermittelter Notbedarf in diesem Zusammenhang nicht massgebend sei, kommt sie ihrer Substantiierungspflicht nicht nach – weder was den aufgebrauchten Bonus noch was ihren prozessualen Notbedarf anbelangt. Die Klägerin legt nicht dar, um wieviel ihr prozessualer Notbedarf – der höhere eheliche Lebensstandard ist in diesem Zusammenhang sowieso nicht relevant – höher ist, als er im Beschwerdeverfahren errechnet wurde. Nachdem die Klägerin in ihrer Berufung einfach auf ihre zeitgleich erhobene Beschwerde verwies und diese mit Entscheid vom 26. Mai 2014 abgewiesen wurde, hätte sie in ihrer Eingabe vom 30. Juni 2014 (Urk. 40) dartun müssen, warum ihr – allenfalls aufgrund neuer Tatsachen – für das Berufungsverfahren ein höherer prozessualer Notbedarf zuzugestehen sei. Selbst wenn aber von einem höheren

- 38 - prozessualen Notbedarf ausgegangen würde (z.B. aufgrund höherer Steuern und regelmässig abbezahlter Schulden), wäre noch die Bonuszahlung von Fr. 28'580.– (Urk. 42/1) zu berücksichtigen. Bei vielen auf die Bonuszahlung folgenden Überweisungen der Klägerin wird nicht klar, was damit bezahlt wurde. So überwies die Klägerin beispielsweise am 28. April 2014 Fr. 9'800.– auf ihr Anlagesparkonto (Urk. 42/2 S. 3 i.V.m. Urk. 42/4), welches dann aber am 20. Juni 2014 einen Saldo von Fr. 4.95 aufwies (Urk. 42/4). Es bleibt folglich im Dunkeln, wozu diverse Überweisungen dienten und ob die Klägerin damit als mittellos geltend kann. Zwar hat – nach nicht unumstrittener Ansicht – auch der rechtskundig vertretene Gesuchsteller Anspruch auf Ausübung der richterlichen

Fragepflicht. Ist ihm aber aus einem früheren Verfahren bekannt, dass er seine finanziellen Verhältnisse umfassend offen- und belegen muss, darf von der Ausübung der Fragepflicht abgesehen werden (BK ZPO I-Bühler, Art. 119 N 109 mit vielen weiteren Hinweisen). Spätestens nach dem Entscheid vom 26. Mai 2014 im Verfahren RE140009 musste der rechtskundig vertretenen Klägerin klar sein, dass sie ihre finanziellen Verhältnisse umfassend offen- und belegen muss, soweit sie die im Beschwerdeentscheid diesbezüglich getroffenen Feststellungen nicht gegen sich gelten lassen will. Dies tat sie nicht, weshalb sie weiterhin nicht als mittellos gelten kann. Ihr Gesuch, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen sowie ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen, ist deshalb abzuweisen.

E. 2

Mit Eingabe vom 19. November 2013 gelangte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan: Klägerin) an das Bezirksgericht Bülach und stellte in der Folge eingangs wiedergegebene Abänderungsbegehren. Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 28 S. 3 f.). Die Vorinstanz fällte am 7. März 2014 das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 28).

E. 2.1

Der Beklagte stellt das Gesuch, es sei die Klägerin zu verpflichten, ihm für das Rechtsmittelverfahren einen Prozess- bzw. Parteikostenvorschuss von Fr. 5'500.– zu leisten; eventualiter sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, wobei die unentgeltliche Rechtsvertretung gestützt auf Art. 119 Abs. 4 ZPO rückwirkend auch für das erstinstanzliche Verfahren zu bewilligen sei (Urk. 35 S. 2). Der Beklagte begründet das Gesuch um einen Prozesskostenvorschuss einzig mit der anwaltlichen Sorgfaltspflicht (Urk. 35 Rz. 21.2). Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege begründet der Beklagte wie folgt: Da ihm im angefochtenen Entscheid eine (zumindest annähernd) kostendeckende Parteientschädigung zugesprochen worden sei, sei er

- 39 - durch das erstinstanzliche Urteil nicht beschwert gewesen, und es habe von seiner Seite keine Notwendigkeit bestanden, die Kosten- und Entschädigungsregelung anzufechten. Nachdem die Klägerin den Entscheid weitergezogen habe, sehe dies anders aus. Auch stelle sich die Frage der Einbringlichkeit der Prozessentschädigung. Aus diesem Grund werde die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege rückwirkend auch für das erstinstanzliche Verfahren beantragt. Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege seien erfüllt. Die Bedürftigkeit des Beklagten gehe aus den Akten sowie den neu eingereichten Unterlagen hervor (Urk. 35 Rz. 21.3 und 21.4 unter Hinweis auf Urk. 37/4-6). Nur weil seine Eltern bereit seien, ihm Geld für die laufenden Lebenskosten und den Aufbau seiner Selbständigkeit vorzustrecken (das Geld sei geliehen, nicht geschenkt), heisse dies noch lange nicht, dass sie auch bereit seien, die Folgen der Prozessierwut der Klägerin zu tragen. Insbesondere seien sie dazu in keinsten Art und Weise verpflichtet (Urk. 44 Rz. 8).

E. 2.2

Die Klägerin entgegnet zum Antrag auf Prozesskostenvorschuss, in Anbetracht ihrer geschilderten finanziellen Lage sei es ihr nicht möglich, dem Beklagten auch noch einen

Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'500.– zu bezahlen. Zudem stelle sie in Abrede, dass der Beklagte auf den Prozesskostenvorschuss überhaupt angewiesen sei. Wie der Beklagte selber ausführe, habe er seit 1. August 2013 einzig die Fr. 1'000.– Unterhaltsbeiträge der Klägerin als Einnahme. Trotzdem beziehe er offenbar keine Sozialhilfegelder, sondern werde von seinen Eltern finanziert. Gemäss dem Eheschutzurteil vom 23. April 2013 sollte der Beklagte sich aber durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit selber finanzieren können. Wenn er dies einfach auf seine Eltern abwälzen wolle und könne, sei er aber auf diese Art und Weise selber leistungsfähig, sprich auf einen Prozesskostenvorschuss der Klägerin nicht angewiesen (Urk. 40 Rz. 10). Zudem könne auf den Antrag auf Leistung des Prozesskostenvorschusses vorliegend schon grundsätzlich nicht eingetreten werden (Urk. 46 Rz. 1 unter Hinweis auf OGer ZH LE130048 vom 21. Oktober 2013, E. 4 und 5).

E. 2.3

Der von der Klägerin zitierte Entscheid, wonach auf ein Begehren um einen Prozesskostenvorschuss in einem Eheschutzverfahren nicht einzutreten ist,

- 40 - wenn es ausdrücklich als Massnahmebegehren gestellt wurde (OGer ZH LE130048 vom 21. Oktober 2013, E. 4), ist vorliegend nicht einschlägig. Der Beklagte hat sein Gesuch nicht ausdrücklich als Massnahmebegehren bezeichnet. Damit kann es als Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrages verstanden werden. Fraglich ist, ob die Klägerin einen solchen zu leisten vermag. Die Zusage eines Prozesskostenvorschusses bzw. – im Eheschutzverfahren – eines Prozesskostenbeitrages (vgl. ZR 85 Nr. 32; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 136) setzt einerseits Bedürftigkeit des ansprechenden und Leistungsfähigkeit des angesprochenen Ehegatten voraus. Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des (Berufungs-)Entscheides. Ist der Gesuchsteller in der Lage, die bereits aufgelaufenen und die künftig zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten innert nützlicher Frist, gegebenenfalls in Raten, zu bezahlen, so besteht kein Anlass zur Gewährung eines Prozesskostenbeitrages resp. der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. ZR 90 Nr. 57; ZR 98 Nr. 35). Aufgrund des Umstandes, dass die Klägerin ihren Bonus aufgebraucht zu haben scheint und ihre Prozess- und Anwaltskosten sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren selber tragen muss, ist sie nicht in der Lage, dem Kläger einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 5'500.– zu bezahlen. Das entsprechende Gesuch des Beklagten ist abzuweisen. 2.4.1. Fraglich ist, ob es bei der Beurteilung des Gesuchs des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege eine Rolle spielt, dass er fast nichts zu seinem Lebensunterhalt verdient. Aus dem Effektivitätsgrundsatz folgt, dass das Selbstverschulden des Gesuchstellers an seiner Mittellosigkeit und sein Verzicht auf die Erzielung von Einkommen oder Vermögen sowie die Möglichkeit/Zumutbarkeit, ein höheres Einkommen zu erzielen, als der Gesuchsteller tatsächlich realisiert, unerheblich sind. Unter Vorbehalt der Fälle von Rechtsmissbrauch ist daher jede Auf- und Anrechnung von hypothetischem Einkommen oder Vermögen unzulässig (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 9). Rechtsmissbrauch liegt nur vor, wenn ein Gesuchsteller gerade mit der – als innere Tatsache nur mittelbar (durch Indizien) nachweisbaren – Absicht auf Einkommen verzichtet oder Vermögen entäussert hat, um in einem zu führenden oder bereits rechtshängigen Prozess in den Genuss der unentgeltlichen Rechtspflege zu gelangen (BK ZPO I-Bühler, Vorbem.

- 41 - zu Art. 117 - 123 N 66 f.). Da es nicht der Beklagte ist, der vorliegendes (Rechtsmittel-)Verfahren angestrengt hat, kann ihm kein Rechtsmissbrauch betreffend das nicht erzielte Einkommen vorgeworfen werden. Die Prüfung eines hypothetischen Einkommens

erübrigt sich damit. Der Beklagte ist aufgrund seiner unter E. III.B geschilderten finanziellen Situation mittellos. Dass seine Eltern ihren mündigen Sohn finanziell unterstützen, vermag daran nichts zu ändern (vgl. BGE 119 Ia 134 E. 4; BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 47). Zudem waren seine Begehren nicht aussichtslos, weshalb sein Gesuch, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zur Seite zu stellen, – für das Berufungsverfahren – gutzuheissen ist. 2.4.2. Gemäss Art. 119 Abs. 4 ZPO kann die unentgeltliche Rechtspflege ausnahmsweise rückwirkend bewilligt werden. Da die Vorinstanz dem Beklagten keine Kosten auferlegte und ihm eine Prozessentschädigung zusprach, schrieb sie dessen Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als gegenstandslos geworden ab (Urk. 28 S. 17; vgl. BGer 5A_849/2008 vom 9. Februar 2009, E. 2.2.1). Die Überprüfung des erstinstanzlichen Kostenentscheids führt nun aber dazu, dass auch der Beklagte für das erstinstanzliche Verfahren teilweise kostenpflichtig wird (s. E. 3 unten). Entscheiden betreffend unentgeltliche Rechtspflege ist dieselbe beschränkte materielle Rechtskraft beizumessen wie verwaltungsrechtlichen Verfügungen. Sie können grundsätzlich von Amtes wegen oder auf Antrag widerrufen werden, wenn sie sich im Nachhinein als unrichtig erweisen (vgl. BK ZPO I-Bühler, Art. 119 N 64 ff.). Der Beklagte hatte zwar vor Vorinstanz keinen Antrag auf einen Prozesskostenbeitrag gestellt (Urk. 28 S. 3, Urk. 1/8 S. 2, Urk. 1/20 S. 1). Nachdem die aktenkundigen finanziellen Verhältnisse der Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren nicht besser waren, wäre sie auch damals nicht in der Lage gewesen, dem Beklagten einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen. Der Kläger hat damit auch im erstinstanzlichen Verfahren als mittellos zu gelten. Da auch die weiteren Voraussetzungen (keine Aussichtslosigkeit, sachliche Notwendigkeit einer anwaltlichen Vertretung) gegeben sind, ist ihm die unentgeltliche Rechtspflege rückwirkend auch für das erstinstanzliche Verfahren zu gewähren.

- 42 -

E. 3

Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin am 27. März 2014 innert Frist Berufung, wobei sie die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 27). Am 14. April 2014 erfolgte eine Noveneingabe der Klägerin (Urk. 32). Die Berufungsantwort datiert vom 9. Mai 2014; der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan: Beklagter) schliesst darin auf Abweisung der Berufung (Urk. 35 S. 2). Mit Beschluss vom 26. Mai 2014 wurde die Berufungsantwortschrift der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 38 Dispositiv-Ziffer 1); der Klägerin Frist angesetzt, um zu dem vom Beklagten gestellten Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses Stellung zu nehmen (Dispositiv-Ziffer 2); der Klägerin Frist zur Novenstellungnahme angesetzt (Dispositiv-Ziffer 3) sowie schliesslich der Klägerin Frist angesetzt, um Urkunden betreffend ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege einzureichen (Dispositiv-Ziffer 4). Nach einmaliger Fristerstreckung (Urk. 39) erfolgte die Stellungnahme zur Berufungsantwortschrift mit Eingabe vom 30. Juni 2014 (Urk. 40). Mit Verfügung vom 11. Juli 2014 wurde die Stellungnahme der Gegen-

- 6 -
partei zur Kenntnisnahme zugestellt und sie darauf hingewiesen, dass eine allfällige Stellungnahme innert zehn Tagen ab Zustellung der Verfügung zu erfolgen hätte (Urk. 43). Eine Stellungnahme des Beklagten erfolgte mit Eingabe vom 25. Juli 2014 (Urk. 44). Mit Verfügung vom 28. Juli 2014 wurde diese Stellungnahme der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 45). Mit Eingabe vom

E. 3.1

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es keinen Grund gibt, die elterliche Sorge der Klägerin alleine zuzuteilen, d.h. sie dem Beklagten zu entziehen. Weder die Gewaltschutzmassnahmen aus dem Jahr 2012 vor der Trennung der Parteien, noch die Panikattacken des Klägers im Jahr 2013 vermögen die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge auf die Klägerin zu begründen. Die offensichtlich bestehenden Kommunikationsschwierigkeiten erweisen sich nicht als derart gravierend, als dass sie die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge im Rahmen eines Eheschutzverfahrens erfordern. Denn die Klägerin macht keine Situation geltend, in der sich die Parteien betreffend wichtige Fragen im Leben von C._____ (Inhalt der elterlichen Sorge) nicht zu einigen vermochten. Das Abänderungsbegehren, es sei das Kind C._____, geboren tt.mm.2011, für die weitere Dauer des Getrenntlebens der Parteien unter die alleinige elterliche Sorge der Klägerin zu stellen, ist deshalb abzuweisen.

E. 3.1.1

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass die Klägerin mit ihren Begehren vollständig unterlegen sei. Der Beklagte unterliege in Bezug auf die Herausgabe des Passes. Letzteres Begehren sei im Vergleich zu den Begehren der Klägerin als so marginal zu betrachten, dass es sich rechtfertige, die gesamten Kosten des Verfahrens der Klägerin aufzuerlegen (Urk. 28 S. 15).

E. 3.1.2

Sind Kinderbelange strittig, werden die Kosten des Verfahrens (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) gemäss obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte auferlegt und die Prozessentschädigungen wettgeschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Solche Gründe werden den Parteien vorliegend nicht abgesprochen, womit die Kosten betreffend den Sorgerechts- bzw. Obhutspunkt sowie den persönlichen Verkehr den Parteien je hälftig aufzuerlegen gewesen wären. Betreffend Unterhalt unterliegt die Klägerin – auch nach obergerichtlicher Beurteilung – vollumfänglich; der Beklagte unterlag mit seinem Editionsbegehren bezüglich Pass (Urk. 28 S. 13 f. und E. III.B. oben). Diese beiden Begehren verursachten ähnlich grossen Aufwand, weshalb es sich rechtfertigt, die vorinstanzlichen Kosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren wegzuschlagen. Die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidungsgebühr wurde von den Parteien nicht angefochten; sie erweist sich als angemessen und ist zu bestätigen.

E. 3.2

Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren 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, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 5'500.– angemessen. Gemäss E. 3.1.2. sind sie den Parteien betreffend die Kinderbelange (ohne Kinderunterhaltsbeiträge) je hälftig aufzuerlegen. Die Klägerin unterliegt im Berufungsverfahren betreffend Unterhalt, der Beklagte hinsichtlich Prozesskostenvorschuss. Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren des Beru-

- 43 - fungsverfahrens den Parteien somit je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen auch für das Berufungsverfahren wettzuschlagen. Es wird beschlossen:

E. 7

August 2014 erfolgte eine weitere Noveneingabe der Klägerin (Urk. 46 bis 48/1- 4). Dem Beklagten wurde mit Verfügung vom 20. August 2014 Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 49). Diese erfolgte mit Eingabe vom 1. September 2014 (Urk. 50 bis 52/1-2). Am 2. September 2014 wurde die Stellungnahme des Beklagten zur Noveneingabe der Klägerin zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 53). Diese erklärte mit Eingabe vom 12. September 2014, auf eine Stellungnahme zu verzichten (nicht ohne weitere Ausführungen zu machen, Urk. 54), was dem Beklagten am 17. September 2014 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 55). II. 1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils blieb unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 28. März 2014 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 1/23). Dies ist vorzumerken. 2. Was die allgemeinen Erwägungen der Vorinstanz zur Abänderung von Eheschutzentscheiden sowie zur elterlichen Sorge und Obhut unter bis Ende Juni 2014 geltendem Recht anbelangt, so sind diese zutreffend, und es kann darauf verwiesen werden (Urk. 28 S. 4 f.). III. A. Elterliche Sorge / Obhut 1. Zur bisherigen Regelung hielt die Vorinstanz fest, dass mit Eheschutzentscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 23. April 2013 der Sohn C._____ gestützt auf eine Trennungvereinbarung vom 11. April 2013 unter die geteilte Obhut der Parteien gestellt worden sei. Die Betreuung des Sohnes sei so

- 7 - geregelt worden, dass C._____ jede Woche von Montagmorgen, 08.30 Uhr, bis Dienstagmittag, 14.00 Uhr, durch den Beklagten betreut worden sei. Der Klägerin habe die Betreuung von Dienstagmittag, 14.00 Uhr, bis Samstagmorgen, 08.30 Uhr, obliegen. Mittwoch bis Freitag sollte C._____ in der Fremdbetreuung sein. In den geraden Wochen sollte C._____ die Wochenenden von Samstagmorgen, 08.30 Uhr, bis Montagmorgen, 08.30 Uhr, beim Beklagten, in den ungeraden Wochen bei der Klägerin verbringen. Die Parteien hätten zudem festgehalten, dass derjenige Elternteil, welcher das Kind betreue, C._____ für den Obhutswechsel zum anderen Elternteil bringe. Kurze Zeit nachdem das Eheschutzverfahren abgeschlossen gewesen sei, hätten die Parteien diese Betreuungsregelung einvernehmlich abgeändert. Neu sollte C._____ von Sonntag, 10.00 Uhr, bis Dienstag, 18.00 Uhr, durch den Beklagten und von Dienstag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 10.00 Uhr, durch die Klägerin betreut werden (Urk. 28 S. 5 f.). Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid, C._____ unter der geteilten Obhut der Parteien zu belassen, wie folgt: Die Klägerin habe bereits im originären Eheschutzverfahren ausgeführt, dem Beklagten seien seine Hobbies wichtiger als das Kind, er sei unselbständig und mit der Betreuung von C._____ überfordert, der Beklagte erleide Panikattacken und müsse daher Medikamente einnehmen, sie kümmere sich somit faktisch alleine um das Kind und den Haushalt, sowie dem Beklagten könne man seit Februar 2013 das Kind nicht mehr anvertrauen, da er nicht in der Lage sei, es zu betreuen. Dennoch hätten die Parteien in der Folge die geteilte Obhut vereinbart. Die Klägerin habe nun im Abänderungsverfahren ausgeführt, damals sei sie davon ausgegangen, dass mit einer verbindlichen Regelung und der Bestellung des Beistandes eine Beruhigung der Situation geschaffen werden könne, was sich nun als "blauäugig" erwiesen habe. Bereits die lange Dauer der damaligen Vergleichsgespräche zeige jedoch, dass die Vereinbarung nicht leichtfertig abgeschlossen worden sei. Zudem sei der Vergleich auch von einer Kindsvertreterin unterstützt worden.

Die Klägerin sei nun im Nach- hinein mit der geteilten Obhut nicht mehr zufrieden (Urk. 28 S. 8). Keine der Par- teien spreche der anderen jedoch explizit die Erziehungsfähigkeit ab (Urk. 28 S. 8 f.). Die Klägerin habe geltend gemacht, dass der Beklagte sich nicht an die vereinbarten Betreuungszeiten gehalten habe. Dass der Beklagte sich nicht an

- 8 - vereinbarten Betreuungszeiten unter der Woche gehalten habe, sei nicht glaub- haft gemacht worden. Zwar bestehe eine leichte Kooperationsunfähigkeit der Par- teien betreffend die Wochenenden, es könne jedoch nicht festgestellt werden, aus welchen Gründen es zur fehlenden Obhutsausübung durch den Beklagten an den Sonntagen gekommen sei. Es könne daher nicht abgeleitet werden, dass der Be- klagte seine Obhutspflicht verletzt habe. Dass es bei der Ausübung der Betreu- ungszeiten hin und wieder zu Unregelmässigkeiten komme, führe noch zu keiner Gefährdung des Kindeswohls und stelle somit keinen Abänderungsgrund dar (Urk. 28 S. 9 f.). Es gebe keine substantiierten Anhaltspunkte, dass der Beklagte nicht betreuungsfähig sei (Urk. 28 S. 10 f.). Die Klägerin sei der Meinung, dass der Beklagte nicht in der Lage sei, C._____ bei der Betreuung die nötige Sicher- heit zu geben, da der Beklagte in der Vergangenheit Panikattacken in der Ge- genwart des Kindes erlitten habe, was zu gefährlichen Situationen geführt habe. Der Beklagte habe selber zugegeben, dass er in C._____s Gegenwart eine Pani- kattacke erlitten habe. Gleich am darauffolgenden Tag sei er freiwillig in die ... [Klinik] eingetreten, um sich behandeln zu lassen und einen derartigen Vorfall in Zukunft verhindern zu können. Der Beklagte führe seit dem Klinikaustritt die Be- handlung erfolgreich mit Medikamenten und Gesprächstherapien fort. Somit be- stehe keine konkrete Gefährdung für die Gesundheit von C._____ bei der Betreu- ung durch den Beklagten (Urk. 28 S. 11). Der sechswöchige Klinikaufenthalt des Beklagten könne keine Abänderung der Obhutsregelung begründen, denn dieser Aufenthalt sei notwendig und auch im Interesse von C._____ gewesen (Urk. 28 S. 11). Ähnlich verhalte es sich mit einem Aufenthalt des Beklagten in Grossbri- tannien. Gemäss den Ausführungen des Beklagten habe er während dieser Zeit eine Ausbildung zum Personal Trainer im Hinblick darauf gemacht, sich später selbständig zu machen und somit auch für C._____ sorgen zu können (Urk. 28 S. 11 f.). Die Klägerin habe zudem einen von der Kindes- und Erwachsenen- schutzbehörde (KESB) Bülach ... verfassten und an den Rechtsvertreter der Klä- gerin adressierten Brief eingereicht, worin die KESB ohne erkennbare Begrün- dung eine Neureglung der Obhut befürworte. Der von der Klägerin ebenfalls ins Recht gelegte Zwischenbericht der D._____ komme zum Schluss, dass eine Ab- klärung zur Beurteilung des Kindeswohls und Zuteilung der Obhut zu veranlassen

- 9 - sei. Der Beistand stütze sich dabei zur Hauptsache auf Ausführungen der Kläge- rin, ein eigentlicher Grund für die gestellten Anträge betreffend eine allfällige Ge- fährdung von C._____ sei aber nicht erkennbar (Urk. 28 S. 12). Die seitenweise und wortgewaltig vorgetragene Ausführungen des Rechtsvertreters der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung würden sich nicht ansatzweise mit den Ausfüh- rungen der Parteien decken – insbesondere der Klägerin anlässlich deren Befra- gung –, weshalb auf diese nicht weiter einzugehen sei (Urk. 28 S. 12). Der vom Beklagten über ihn selbst eingereichte ärztliche Bericht sowie die fünf aus dem Umfeld des Beklagten eingereichten Briefe/Berichte betreffend seine Person fän- den ebenfalls keinen Eingang in die Entscheidungsfindung, da sie zu tendenziös abge- fasst seien (Urk. 28 S. 12). Zusammengefasst seien keine wesentlichen Gründe für die Zuteilung der el- terlichen Sorge an die Klägerin ersichtlich, da das Kindeswohl durch den Beklag- ten nicht gefährdet werde. Sodann seien

im Vergleich zur ersten Eheschutzver- handlung keine (wesentlichen) Änderungen der Verhältnisse feststellbar. Der Ge- sundheitszustand des Beklagten sei bereits damals ein Thema gewesen und ha- be sich seither nicht verschlechtert. Im Gegenteil könne davon ausgegangen wer- den, dass sich dieser durch den Aufenthalt in der Klinik und die Therapien ver- bessert habe. Die geringfügigen beidseitigen Einschränkungen der Kooperations- fähigkeit würden es nicht rechtfertigen, die Obhut ohne Weiteres einer Partei zu- zuteilen und von der bisherigen Betreuungsregelung abzuweichen. Dies gelte umso mehr, als der Beklagte an der gemeinsamen Obhut festhalten wolle und nach heutiger Einschätzung als Obhutsinhaber keineswegs weniger geeig- net er- scheine als die Klägerin. Zudem entspreche die gemeinsame Obhut der bisheri- gen Betreuung. Sie solle auch deshalb beibehalten werden, weil sie für die Stabili- tät der Verhältnisse Sorge und für die Entwicklung von C._____ insofern von we- sentlicher Bedeutung sei. Es könne von den Parteien erwartet und gefordert wer- den, dass sie ihre Probleme bei der Kooperation bezüglich der Betreuung und Er- ziehung von C._____ überwinden würden. Im Ergebnis sei die geteilte Obhut so- mit beizubehalten und die Anträge betreffend elterliche Sorge, Obhut und Be- suchsrecht seien abzuweisen (Urk. 28 S. 12 f.).

- 10 - 2. Rügen der Klägerin 2.1.1. Die Klägerin rügt erstens, eine geteilte Obhut sei in einem Eheschutz- verfahren mangels (bzw. zufolge Wegfalls) ihres Einverständnisses unzulässig (geworden)(Urk. 27 Rz. 6). 2.1.2. Die gemeinsame Obhut mit geregelten Betreuungszeiten war in einem Eheschutzverfahren unter altem Recht möglich, sofern sich beide Eltern einig wa- ren. Aber auch bei Uneinigkeit wurde im Eheschutzverfahren grundsätzlich nur die Obhut einem Elternteil zugeteilt und das Kind unter ihrer gemeinsamen elterli- chen Sorge belassen (Art. 297 Abs. 1 und 2 aZGB und BGE 136 III 353, E. 3.1. mit Hinweisen). Seit dem 1. Juli 2014 gilt die gemeinsame elterliche Sorge auch bei einer Scheidung als Regelfall. Das neue Recht gelangt sofort mit seinem In- krafttreten auch in bereits hängigen Verfahren – wie dem vorliegenden – zur An- wendung (Art. 1 Abs. 3 SchlT ZGB). Zuständig bleibt für den vorliegenden Fall das Gericht (Art. 179 Abs. 1 ZGB und Art. 134 Abs. 4 ZGB). Das Gericht überträgt die elterliche Sorge in einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren einem Eltern- teil nur dann allein, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls notwendig ist (Art. 298 Abs. 1 ZGB). Im Grundsatz gilt daher unter neuem Recht auch nach ei- ner Trennung Art. 296 Abs. 2 ZGB. Das gemeinsame Sorgerecht wird durch eine solche somit nicht tangiert. Der anzuwendende Massstab entspricht dabei demje- nigen des Art. 298b Abs. 2 ZGB (Gloor/Schweighauser, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, in: FamPra.ch 2014, S. 1, 8). Da unter neuem Recht definitionsgemäss die gemeinsame elterli- che Sorge dem Wohl des Kindes dient, kommt die Übertragung des Sorgerechts auf nur einen Elternteil grundsätzlich nur dann in Frage, wenn auch der Entzug des Sorgerechts im Sinne von Art. 311 ZGB, also im Sinne einer Kindesschutz- massnahme, gegenüber dem andern Elternteil angezeigt wäre (Meyer, Gemein- same elterliche Sorge nach neuem Recht – Regelungsmöglichkeiten in der Pra- xis?, Vortrag an einer Tagung zum Scheidungsrecht des Europainstituts der Uni- versität Zürich vom 15. Mai 2014, S. 5, Rz. 10 unter Hinweis auf Botschaft, S. 9078 und 9103 i.V.m. S. 9105 sowie AB 2012 N 1638; relativierend: Gloor/Schweighauser, a.a.O., S. 1, 6). Gemäss Art. 311 ZGB ist der Entzug der

- 11 - elterlichen Sorge lediglich zulässig, wenn keine mildere Massnahme ausreicht und die Eltern wegen Unerfahrenheit, Krankheit, Gebrechen, Abwesenheit, Ge- walttätigkeit oder ähnlichen Gründen ausserstande sind, die elterliche Sorge pflichtgemäss auszuüben (Abs. 1

Ziff. 1). Hinsichtlich Gewalttätigkeit spielt es keine Rolle, ob das Kind direkt Opfer häuslicher Gewalt wird oder ob es davon nur indirekt betroffen ist, weil sich die häusliche Gewalt gegen den andern Elternteil richtet (Botschaft, S. 9109). Weiter ist der Entzug der elterlichen Sorge zulässig, wenn die Eltern sich um das Kind nicht ernstlich gekümmert oder ihre Pflichten gegenüber dem Kind gröblich verletzt haben (Abs. 1 Ziff. 2). Bei Art. 311 ZGB handelt es sich nicht um eine abschliessende Aufzählung. Es gilt aber, da auf den Tatbestand des Entzugs der elterlichen Sorge, also eine Kindesschutzmassnahme, verwiesen wird, ein strenger Massstab. Einigkeit herrscht darüber, dass bei zutiefst zerstrittenen Eltern das Sorgerecht einem Elternteil allein zugewiesen werden muss, wenn die Eltern das Sorgerecht nicht mehr zum Wohl des Kindes ausüben können, d.h. sich der Dauerkonflikt auf das Wohl des Kindes negativ auswirkt, und angenommen werden kann, die Übertragung der elterlichen Sorge auf nur einen Elternteil verbessere die Situation für das Kind. Das ist etwa dann der Fall, wenn Eltern sich aus egoistischen Gründen in medizinischen Fragen oder bei Ausbildungsfragen zu blockieren versuchen und damit dem Kind objektiv schaden. Blosser Kooperationsverweigerung allein kann dagegen nicht mehr ausreichen, um die gemeinsame elterliche Sorge zu verweigern. Jedenfalls aber kommt die Zuweisung der elterlichen Sorge an einen Elternteil allein nicht in Frage, wenn eine andere Massnahme, beispielsweise die Zuweisung der Obhut an einen Elternteil oder die Regelung der Betreuungsanteile oder des persönlichen Verkehrs (s. nächster Absatz), ausreichend ist, um das Kindeswohl zu wahren (Art. 298 Abs. 2 ZGB; Meyer, a.a.O., Rz. 11 mit weiteren Hinweisen; Gloor/Schweighauser, a.a.O., S. 1, 7). Der Begriff der Obhut hat mit dem neuen Recht eine reduzierte Bedeutung erhalten. Er schliesst das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht mehr mit ein. Dieses ist nun Teil der elterlichen Sorge. Unter Obhut zu verstehen ist neu nur noch die faktische Betreuung des Kindes in Hausgemeinschaft (früher: sog. faktische Obhut). Derjenige Elternteil, dem das Obhutsrecht zusteht, kann alleine die alltäglichen und die dringlichen Angelegenheiten entscheiden (Meyer, a.a.O., Rz. 13 mit weiteren Hinweisen). Zu den alltäglichen Dingen gehören etwa Fragen der Bekleidung, der Freizeitgestaltung oder der Ernährung (Meyer, a.a.O., Rz. 14 mit weiteren Hinweisen). In der Lehre wird angenommen, dass eine geteilte Obhut auch gegen den Willen einer Partei angeordnet werden kann, wenn sie dem Kindeswohl dient. Zur Beurteilung, wann eine geteilte/alternierende Obhut angezeigt ist, sind quantitative und qualitative Kriterien massgeblich (Gloor/Schweighauser, a.a.O., S. 1, 10). Es wird dafür plädiert, es sei davon auszugehen, dass die entscheidende Frage sei, ob im Hinblick auf das Kindeswohl beiden Eltern die Rechte gemäss Art. 301 Abs. 1bis ZGB zukommen sollen oder nicht (Meyer, a.a.O., Rz. 19). Es fragt sich, ob diese Ansicht mit dem Wortlaut von Art. 301 Abs. 1bis ZGB vereinbar ist, welcher wie folgt lautet: "Der Elternteil, der das Kind betreut, kann allein entscheiden, wenn: (1.) die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist; (2.) der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist." Der Begriff der "Betreuung" ist weiter gefasst als der Begriff der "faktischen Obhut". Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist mithin ein gemeinsamer Haushalt zwischen einem Elternteil und dem Kind für die Alleinentscheidungsbefugnis nicht Voraussetzung. Entsprechend vertritt ein Teil der Lehre die Meinung, das Alleinentscheidungsrecht stehe – in den gesetzlichen Grenzen – beiden Inhabern der elterlichen Sorge zu (so auch der Bericht des Bundesamts für Justiz zur Inkraftsetzung der Revision der elterlichen Sorge, S. 12). Diese Auffassung ist abzulehnen. Die Entscheidungskompetenzen müssen möglichst mit der faktischen Verantwortung für das Kind beziehungsweise mit dessen Lebenswirklichkeit im Einklang stehen. Folglich soll Inhaber des Alleinentscheidungsrechts nach Art. 301 Abs. 1bis ZGB nur derjenige

Elternteil sein, der mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft lebt, dem also die (allenfalls geteilte) Obhut zukommt (Büchler/Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, Rz. 58 f.; Gloor/Schweighauser, a.a.O., S. 1, 13 f.; so auch Botschaft, S. 9106). Freilich kann derjenige Elternteil, der das Kind im Rahmen des persönlichen Verkehrs betreut, grundsätzlich selbständig entscheiden, wie er die gemeinsame Zeit mit dem Kind gestalten möchte. Insofern kommen mithin auch diesem Elternteil Alleinentscheidungsbefugnisse zu, die allerdings nicht die gleiche Tragweite wie - 13 - diejenigen in Art. 301 Abs. 1bis ZGB haben (Büchler/Maranta, a.a.O., Rz. 59). Damit eine geteilte/alternierende Obhut angeordnet werden kann, ist zusätzlich erforderlich, dass beide Elternteile das Kind in zeitlich grösserem Ausmass als beim üblichen Wochenendbesuchsrecht betreuen (Meyer, a.a.O., Rz. 19). Wird die Obhut einem Elternteil zugeteilt, hat dies zur Rechtsfolge, dass der persönliche Verkehr des nicht obhutsberechtigten Elternteils festgesetzt werden muss (Art. 273 ff. ZGB). Der Wohnsitz des Kindes befindet sich am Wohnsitz des obhutsberechtigten Elternteils (Art. 25 Abs. 1 ZGB). Zudem schuldet der nicht obhutsberechtigte Elternteil Kindesunterhalt (Art. 276 Abs. 2, Art. 289 Abs. 1 ZGB). Bleibt dagegen die Obhut alternierend bei beiden Elternteilen, wird die konkrete Regelung der Betreuung durch "Betreuungsanteile" festgesetzt (Art. 298 Abs. 2 und Art. 298d Abs. 2 ZGB).

2.1.3. Diese neue Rechtslage betreffend Sorge- und Obhutsrecht gilt es bei der Prüfung der weiteren klägerischen Rügen zu berücksichtigen.

2.2.1. Zweitens rügt die Klägerin, die Parteien hätten die ursprüngliche Vereinbarung über die Obhut ab Ende Mai 2013 einvernehmlich geändert. Selbst diese vom Beklagten anerkannte Änderung zu negieren und das Abänderungsbegehren ohne inhaltliche Prüfung des Kindesinteresses vollständig abzuweisen, verletze die Officialmaxime (Urk. 27 Rz. 7).

2.2.2. Die einvernehmliche Abänderung der Regelung der Betreuungszeiten – ohne an deren Umfang etwas zu ändern (vgl. Urk. 35 Rz. 7) – kann kein Grund für eine Abänderung der elterlichen Sorge bzw. Obhut sein. Sollte die Berufungsinstanz allerdings zum Schluss kommen, dass anderweitig ein Abänderungsgrund vorliegt, wird die einvernehmliche Abänderung der Betreuungszeiten gebührend zu berücksichtigen sein.

2.3.1. Weiter macht die Klägerin geltend, auf prozessuale Abänderungsbestimmungen abzustellen, wie dies die Vorinstanz getan habe, verletze die Official- und Untersuchungsmaxime. Das Kindeswohl sei vorrangig (Urk. 27 Rz. 8).

- 14 - 2.3.2. Auch bei Geltung der Official- und Untersuchungsmaxime muss ein Abänderungsgrund vorliegen, d.h. es müssen sich die Verhältnisse verändert haben (Art. 179 Abs. 1 ZGB). Die Vorinstanz führte aus, dass mit der bisherigen Regelung das Kindeswohl nicht gefährdet sei und dass die Ausführungen der Klägerin selber nur den Schluss zuliessen, dem Kind gehe es unter der Obhut des Beklagten jeweils so gut, dass ihm die Erziehungsfähigkeit nicht abzuspochen sei (vgl. Urk. 35 Rz. 8). Zwar ist es zutreffend, dass, wenn eine Neuregelung zum Wohle des Kindes erforderlich ist, keine zu hohen Anforderungen an die Veränderung der Verhältnisse gestellt werden sollten. Ist beispielsweise das Gericht bei seiner Entscheidung von einer Prognose ausgegangen, die sich im Nachhinein als falsch erwiesen hat, so kann eine Neuregelung der elterlichen Obhut angezeigt sein, obwohl sich die Verhältnisse streng genommen gar nicht geändert haben. Vielmehr hat sich ein zukünftiger Sachverhalt anders abgespielt, als das Gericht im Urteilszeitpunkt angenommen hat. In solchen und ähnlichen Fällen darf nicht starr am Begriff der veränderten Verhältnisse festgehalten werden, sondern es muss dem Kindeswohl zum Durchbruch verholfen und die Obhut neu geregelt werden (vgl. FamPra.ch

3/2005, S. 630; FamKomm Scheidung/Wirz, Art. 134 mit 315a/b ZGB N 11 ff. mit weiteren Hinweisen; BGer 5A_148/2014 vom 8. Juli 2014, E. 4 mit weiteren Hinweisen). Nach dem Gesagten wird aufgrund der weiteren von der Klägerin erhobenen Rügen in der Folge zu prüfen sein, ob das Kindeswohl eine Neuregelung der elterlichen Sorge bzw. Obhut erfordert. 2.4.1. Die Klägerin moniert weiter, dass alleine sie die Obhut wirklich ausübe (Urk. 27 Rz. 9). Die Unstetigkeiten bei den Kontakten zwischen dem Beklagten und seinem Sohn hätten sich bereits negativ auf C._____ ausgewirkt (Urk. 27 Rz. 14 f. unter Hinweis auf Prot. I S. 15). Die Klägerin rügt, dass während des Klinikaufenthaltes des Beklagten die Betreuung des Sohnes ganz bei ihr gelegen habe und sie vom Kläger nicht informiert worden sei, wann er aus der Klinik zurückkehren und sich wieder um C._____ kümmern würde. Unerwartet sei er dann aus der Klinik zurückgekehrt und habe je nachdem auf seine Obhutszeiten gepocht, und die ganze von der Klägerin geschaffene Ordnung sei wieder zerstört gewesen. Für sie als arbeitstätige Mutter wie auch für das Kind bräuchte es den Beklagten als berechenbaren, verlässlichen, regelmässig anwesenden Men-

- 15 - schen, stattdessen schaue er immer zuerst für sich. Analog habe sich die Sachlage beim mehr als achtwöchigen Aufenthalt des Beklagten in Grossbritannien dargestellt. Die Klägerin werfe dem Beklagten nicht vor, dort eine Ausbildung gemacht zu haben. Der Vorwurf gehe vielmehr dahin, dass er seine Entscheidung zur Landesabwesenheit eigenmächtig getroffen habe, ohne Rücksicht auf die Klägerin und C._____ zu nehmen. Immer habe die Klägerin die "Fehlzeiten" auszugleichen, und der Beklagte stelle seine Obhutspflichten hinten an. Zudem hätte der Beklagte seine Ausbildung ebenso gut in der Schweiz absolvieren können (Urk. 27 Rz. 16 f.). Mit ihrer Eingabe vom 14. April 2014 offerierte die Klägerin Dr. med. Dipl. Ing. E._____ als Zeugin zur Erziehungsfähigkeit des Beklagten und zu dessen Obhutsausübung. Sie sei vor dem Wechsel des Beklagten zu Dr. med. F._____ bis letztes Jahr die behandelnde Ärztin des Beklagten gewesen und kenne ihn persönlich aus wohl 32 Sitzungen mit ihm. In der Woche vor ihrer Eingabe habe die Klägerin Kontakt mit Dr. E._____ gehabt und diese habe sich entsetzt darüber gezeigt, dass der Beklagte ungeachtet seiner psychischen Probleme die Obhut über das Kind ausüben dürfe (Urk. 32). Mit Eingabe vom 30. Juni 2014 führte die Klägerin weiter aus, die Tatsache, die Obhut nach Lust und Laune auszuüben, zeige den Beklagten gegenüber der Klägerin wie auch dem Kind als egoistisch und unzuverlässig. Bezeichnend sei, dass er die Obhut als dermassen überfordernd und lästig empfinde, dass die Klägerin das Kind konventionswidrig ständig bringen und holen müsse (Urk. 40 Rz. 7 unter Hinweis auf Beilage 42/6). Zudem seien die Übergaben jedes Mal ein wahres Drama, weil das Kind nicht zum Vater wolle, dies schreiend kundtue, sobald sie dort angekommen seien, und sich körperlich gegen die Übernahme durch den Beklagten wehre. Dieses Verhalten des Kindes habe keineswegs bloss mit der Trennung von der Mutter zu tun, denn bei Ankunft in der Tagesstätte würden solche Szenen ausbleiben (Urk. 40 Rz. 7). Schliesslich bringt die Klägerin in ihrer Noveneingabe vom 7. August 2014 vor, am Wochenende vom 3. August 2014 habe schon wieder ihre Mutter zur Betreuung des Kindes für den Beklagten einspringen müssen. C._____ sei krank

- 16 - gewesen und der Beklagte habe sich zum wiederholten Mal geweigert, ihn während der ihm obliegenden Obhutszeit zu betreuen. Er habe bekannt gegeben, sich nicht anstecken zu wollen. Er sei dann auch am Montag, 4. August 2014, nicht erreichbar gewesen, obschon er gewusst habe, dass die Mutter der Klägerin zurück nach ... und die Klägerin zur Arbeit mussten. Die Klägerin habe deshalb das Kind in die Tagesstätte bringen und ein

Meeting mit dem CEO ihrer Arbeitgeberin absagen müssen. Daraufhin habe der Beklagte auch noch behauptet, für die von ihm verweigerten Obhutstage ein Nachholrecht zu haben. Am Abend des 4. August 2014 habe er dann zu alledem die Klägerin eingespannt, damit diese per Skype dafür Sorge, dass das Kind endlich bei ihm einschlafe, obschon es zu ihr gewollt habe (unter Hinweis auf eine DVD mit der Aufnahme eines Skype-Gesprächs vom 4. August 2014, 20.49 Uhr; Urk. 48/4). In den letzten eineinhalb Jahren habe die Klägerin an ungezählten Abenden seiner Obhutstage zur Wohnung des Beklagten fahren müssen, weil er das Kind nicht ins Bett gekriegt habe und dann entweder in Panik geraten sei oder die Geduld verloren habe. Die zwei Reaktionsmuster des Beklagten, Flucht oder Aggression, würden das Kindeswohl gefährden und die Klägerin aufreiben (Urk. 46 Rz. 4 – 7).

2.4.2. Der Beklagte bestreitet, dass seine Ausbildung in Grossbritannien zum Personal Fitnesstrainer nicht mit der Klägerin abgesprochen gewesen sei. Er habe der Klägerin überdies diverse Vorschläge unterbreitet, wie die Obhutsfrage in dieser Zeit ohne Zusatzbelastung für sie hätte geregelt werden können (Urk. 35 Rz. 5.4. und 18 unter Hinweis auf Urk. 26/20 S. 6 f.). Die Ausbildung zum Personaltrainer habe er in Grossbritannien absolviert, weil solche Kurse dort sehr viel kostengünstiger seien als in der Schweiz und weil er nicht genügend gut Deutsch spreche, um eine entsprechende Ausbildung in der Schweiz zu absolvieren (Urk. 35 Rz. 18). Dass der Beklagte sein Kind angeblich "deutlich seltener" in seiner Obhut gehabt habe als vorgesehen, sei masslos übertrieben. Wie die Vorinstanz richtig ausgeführt habe, könne der betreffende Umstand dem Beklagten nicht einseitig zur Last gelegt werden. In der Zeit seit der erstinstanzlichen Hauptverhandlung habe der Beklagte sein Obhutsrecht regulär ausüben können und habe dies auch getan (Urk. 35 Rz. 5.5 unter Hinweis auf Urk. 37/3). Schliesslich liege sein Klinikaufenthalt ein Jahr zurück, und es seien keine Panikattacken mehr

- 17 - aufgetreten (Urk. 35 Rz. 16). Die Klägerin beantrage die Befragung von Dr. E. _____, welche sich über die Obhutsregelung "entsetzt" gezeigt haben solle. Dies erstaune, die Rechtsbeiständin des Beklagten habe nämlich im Laufe des Verfahrens telefonischen Kontakt mit Dr. E. _____ gehabt, und ihr gegenüber habe sie sich grundlegend anders geäussert. Zudem hätten sich der Beklagte und Dr. E. _____ seit letztem Jahr nicht mehr gesehen. Über die aktuelle Verfassung des Beklagten könne Dr. E. _____ damit nichts aussagen (Urk. 35 Rz. 17). Dass das Kind nicht zum Beklagten wolle und sich schreiend gegen die Übergaben wehren solle, stelle eine reine Erfindung der Klägerin dar (Urk. 44 Rz. 7). Der Beklagte bestreitet in seiner Eingabe vom 1. September 2014 die Ausführungen der Klägerin zum Wochenende vom 3. August 2014. C. _____ und die Klägerin seien über das Wochenende krank gewesen, und die Mutter der Klägerin habe bereits vorher zu den beiden geschaut, sie habe keineswegs wegen dem Beklagten einspringen müssen. Er habe sich nicht geweigert, das Kind zu übernehmen, sondern einzig am 2. August 2014 mitgeteilt, es sei für ihn grundsätzlich in Ordnung, falls C. _____ bei der Klägerin und der Grossmutter bleiben möchte. Zudem sei er an diesem Wochenende persönlich bei der Klägerin und C. _____ vorbeigegangen, um zu schauen, wie es ihnen gehe und ob sie etwas bräuchten (Urk. 50 Rz. 4 unter Hinweis auf Urk. 52/1). Die Klägerin sei für den Beklagten zudem nur schwer erreichbar. Er habe sehr wohl mitgeteilt, dass er am 4. August 2014 erst um 10.00 Uhr erreichbar sein würde. Hätte man ihm vorgängig gesagt, dass die Klägerin ein wichtiges Meeting gehabt habe, hätte er selbstverständlich seine Tagesplanung angepasst, davon sei aber erst im nachhinein die Rede gewesen (Urk. 50 Rz. 5). Das eingereichte Video – bei dem sich die Frage nach der Verletzung von Art. 179quater StGB stelle – zeige ein offensichtlich müdes und quengelndes Kind. Solche Szenen vor dem Einschlafen seien

nicht ungewöhnlich. Daraus ein Versagen und eine persönliche Unzulänglichkeit des betreuenden Elternteils zu konstruieren, sei schlichtweg lebensfremd. C._____ habe am fraglichen Abend wiederholt nach seiner Mutter verlangt. Der Beklagte habe dem Sohn den Wunsch erfüllt und ihn über Skype mit der Klägerin reden lassen. Solches sei

- 18 - aber nicht unzählige Male vorgekommen, sondern bleibe die Ausnahme (Urk. 50 Rz. 7). 2.4.3. Hier soll an die Kriterien für die Obhutszuteilung unter altem Recht erinnert werden, an denen grundsätzlich festgehalten werden kann: 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 – deren 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). 2.4.4. Die von der Klägerin angeführte Stelle des vorinstanzlichen Protokolls bestätigt ihre Vorbringen nicht, wonach sich die Unregelmässigkeiten in der Obhutsausübung durch den Beklagten negativ auf C._____ auswirkten. Die Klägerin sagte dort lediglich, dass der Sohn nicht verstehe, wann er bei ihr und wann beim Beklagten sei und diese Unstetigkeiten ihm Mühe bereiten würden (Prot. I S. 15 zweite Antwort). Dass ein unterdessen dreijähriges Kind die sich aufgrund der vereinbarten Betreuungsregelung ergebende Betreuung nicht versteht, liegt auf

- 19 - der Hand. Es wäre an den Eltern, das Kind auf den jeweils bevorstehenden Wechsel in der Betreuung vorzubereiten und dem Kind diesen Übergang so leicht wie möglich zu machen. Denn das Kind würde am liebsten mit beiden Eltern gleichzeitig zusammen sein, stattdessen wird von ihm verlangt, jeweils auf einen Elternteil zu verzichten. Überhaupt ergibt die persönliche Befragung der Klägerin im Abänderungsverfahren vor Vorinstanz ein Bild, das mit den Schilderungen ihres Rechtsvertreters wenig zu tun hat. Die Klägerin führte dort aus, C._____ sei ein sehr lustiges und lebendiges Kind, habe aber auch eine traurige und melancholische Seite (Prot. I S. 14). Auf die Frage, wie das Verhältnis von C._____ zum Beklagten sei, antwortete die Klägerin (wie bereits erwähnt), mit zunehmendem Alter C._____, auch weil er sich nun verbal verständigen könne, falle ihr auf, dass er nicht verstehe, wann er bei der Klägerin und wann beim Beklagten sei. Diese Unstetigkeiten würden ihm Mühe bereiten. C._____ liebe den Beklagten. Wenn er vom Beklagten zurückkomme, berichte er von den gemeinsamen Erlebnissen. Auf die Frage, ob diese Berichte positiv oder negativ seien, erwiderte die Klägerin, sie seien durchaus

positiv. Er sei aber auch in einem Alter, in dem er alle Fragen mit "ja" beantworte. Auf die Frage, ob die Klägerin je das Gefühl gehabt habe, dass C._____ eine schlechte Zeit mit dem Beklagten verbracht habe, antwortete sie, nein nicht direkt. Ihr falle auf, dass er oft überdreht sei und an Schlafmangel leide. In der Routine gebe es zudem immer Unterbrüche. Sie wisse, dass der Beklagte es nicht hinbekomme, die Schlaf- und Weckzeiten – wie sie von ihr und in der Krippe gelebt würden – weiterzuführen (Prot. I S. 15). Bereits anlässlich des ursprünglichen Eheschutzes hatte die Klägerin ausgeführt, sie habe nie in Frage gestellt, dass der Beklagte ein guter Vater sei (Prot. EE 130020 S. 26). Aufgrund der Ausführungen der Klägerin selbst lässt damit nichts darauf schliessen, dass der Beklagte nicht erziehungsfähig wäre. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Beklagte C._____ allenfalls nicht die gleiche Struktur wie die Klägerin zu bieten vermag. Was die Panikattacken des Beklagten betrifft, so sind seit seiner stationären Behandlung keine weiteren Attacken bekannt. Sein behandelnder Arzt, Dr. med. F._____, Facharzt Psychiatrie und Psychotherapie FMH, hat am 25. Februar 2014 denn auch bestätigt, dass seine Angstzustände im Verlauf der Behandlung

- 20 - verschwunden seien. Nach den Kriterien des ICD-10 der WHO sei keine psychische Erkrankung zu diagnostizieren (Urk. 1/21/11 S. 1). Wäre dies anders, wäre der Antrag der Klägerin, der Beklagte solle zwei Tage pro Woche (inkl. einer Übernachtung) zu C._____ schauen, schwer nachvollziehbar. Eine Zeugenbefragung von Dr. E._____ ist nicht zielführend, da sie keine Angaben zum aktuellen Gesundheitszustand ihres ehemaligen Patienten machen kann, hat sie doch den Beklagten unbestrittenermassen seit letztem Jahr nicht mehr gesehen (Urk. 35 Rz. 17; zudem müsste sie der Beklagte auch zuerst vom Arztgeheimnis entbinden). Was die Skype-Aufnahme betrifft, stellt sich vorab die Frage, ob sie überhaupt verwertbar ist. Dass die Klägerin zu deren Erlangung allenfalls eine strafbare Handlung gegen den Geheim- oder Privatbereich nach Art. 179 ff. StGB begangen haben könnte, ändert vorliegend jedoch nichts an deren Verwertbarkeit. Rechtswidrig beschaffte Beweismittel können berücksichtigt werden, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Art. 152 Abs. 2 ZPO). Bei der Interessensabwägung spielt der massgebliche Verfahrensgrundsatz und das beeinträchtigte Rechtsgut eine entscheidende Rolle. Je mehr der Gerichtsbetrieb den Parteibetrieb bei der Stoffsammlung ersetzt (wie dies vorliegend für die Frage der Sorge- und Obhutszuteilung der Fall ist, Art. 296 Abs. 1 ZPO), desto manifester ist das öffentliche Interesse an der Wahrheitsfindung. Andererseits wäre vorliegend – ginge man von einer Verletzung des Geheim- oder Privatbereiches durch Aufnahmegeräte gemäss Art. 179quater StGB aus – nicht besonders intensiv in den Geheim-/Privatbereich des Beklagten eingegriffen worden. Die Interessensabwägung fiel somit jedenfalls zugunsten der Wahrheitsfindung aus (vgl. zum Ganzen: BSK ZPO-Guyan, Art. 152 N 10 ff.; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 152 N 38 ff.; Leu, DIKE-Komm-ZPO, Art. 152 N 43 ff.). Urk. 48/4 ist demnach – unabhängig von einer allfälligen Verletzung des Geheim-/Privatbereiches – zu berücksichtigen. Die Aufnahme zeigt ein zuerst friedlich daliegendes Kleinkind, welches, als es (offenbar) mit der Klägerin spricht, wünscht, mit ihr zu kuscheln und dann zu ihr möchte. Die Klägerin sagt ihm, dass es heute mit seinem Vater kuscheln dürfe und am folgenden Tag wieder mit ihr. Im Laufe des Gesprächs beginnt das Kind zu weinen. Die ganze Aufnahme dauert gut zwei

- 21 - Minuten. Inhaltlich zeigt die Aufnahme höchstens, dass der Beklagte nicht gerade glücklich agiert, wenn er C._____ abends via Skype mit seiner Mutter kommunizieren

lässt. Denn einerseits beginnt das Kind erst im Verlaufe des Gesprächs mit der Klägerin zu weinen. Andererseits weinen Kleinkinder oft bei der Trennung von der Mutter – auch bei in einem Haushalt zusammenlebenden Familien –, beruhigen sich aber in der Regel bald wieder, nachdem die Mutter weggegangen ist und sie abgelenkt sind. Immerhin zeigt der Wunsch des Kindes, mit seiner Mutter zu kuscheln, seine enge Beziehung zu ihr; sagt aber letztendlich nichts darüber aus, dass es nicht mit seinem Vater zusammen sein möchte. Für die in einem Vollzeitpensum arbeitstätige Klägerin ist es mehr als mühsam, wenn der Beklagte seine Betreuungsaufgaben nicht vollständig wahrnimmt. Bei Abschluss der Betreuungsregelung durften beide Parteien davon ausgehen, dass diese auch tatsächlich gelebt wird. Wenn dies dann mehrfach und vorwerfbar nicht der Fall ist, kann dies zwar – insbesondere auch unter neuem Recht – in einem Eheschutzverfahren kein

Abänderungsgrund betreffend gemeinsame elterliche Sorge sein. Fraglich ist allerdings, ob es mit den Kindsinteressen vereinbar ist, die Obhut bei beiden Parteien gemeinsam zu belassen. Vorliegend mangelt es für eine alternierende Obhut bereits an der ungefähr zu gleichen Teilen ausgeübten Betreuung. Daran mag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Beklagte C._____ im März und April 2014 unbestrittenermassen mit einer Ausnahme immer von Sonntag (z.T. erst abends) bis Dienstag betreute (Urk. 37/3) und nicht vollständig eruierbar ist, wer für die vorangehend vom Beklagten nicht ausgeübten Sonntagsbetreuungen verantwortlich ist; der Beklagte macht dazu geltend, er habe keinen Einfluss darauf, wann C._____ zu ihm komme, falls er überhaupt komme (Prot. I S. 25 und Urk. 35 Rz. 9). Fakt ist, dass der Beklagte innerhalb eines Jahres zweimal für mehrere Wochen nicht zu C._____ schauen konnte (Klinikaufenthalt) bzw. schaute (Fitnessausbildung in Grossbritannien) und derart lange Kontaktabbrüche bei Kleinkindern zu einer gewissen Entfremdung führen. Hinsichtlich der Panik-Attacke und seinem darauffolgenden Klinikaufenthalt kann dem Beklagten zwar kein Vorwurf gemacht werden. Auch nicht, dass er als Patient einer psychiatrischen Klinik der Klägerin keinen Zeitplan zu präsentieren vermochte, wann er seinen Obhutspflichten wieder nachkommen kann. Der neueste

- 22 - Vorfall vom ersten Augustwochenende 2014 lässt jedoch darauf schliessen, dass die Schilderungen der Klägerin, wonach sie sich auf den Beklagten nicht verlassen könne, nicht vollständig unbegründet sind. Zwar kann dem eingereichten E-Mail- und SMS-Verkehr der Parteien (Urk. 48/1-3) sowie zwischen dem Beklagten und dessen Schwiegermutter (Urk. 52/1) nicht entnommen werden, dass er C._____ übers Wochenende nicht betreuen wollte. Er schrieb der Mutter der Klägerin lediglich, dass es für ihn in Ordnung wäre, wenn der kranke C._____ während seiner Besserung bei der Klägerin bleiben wolle (Urk. 52/1 S. 1). Allerdings ist es doch befremdend, wenn der Beklagte – wegen eines Fitnesstrainings – den Sohn dann am darauffolgenden Montag erst ab 10.00 Uhr statt wie gebeten ab 09.00 Uhr betreuen möchte, obschon er weiss, dass die Grossmutter für die Betreuung C._____s nicht zur Verfügung steht und die Klägerin arbeiten muss (Urk. 52/1 S. 1). Der Beklagte hat schliesslich am Montag, ohne zu klären, wer nun ab 09.00 Uhr zu C._____ schaut, sein Fitnesstraining absolviert und damit darauf vertraut, dass die Klägerin bis 10.00 Uhr für eine Betreuungslösung C._____s besorgt ist. Er war zudem für die Klägerin während dieser Zeit – sie stand offenbar mit dem Sohn vor der Tür des Beklagten – telefonisch nicht erreichbar (Urk. 48/1+2). Schliesslich wirft es auch Fragen betreffend sein Verantwortungsbewusstsein auf, wenn der Beklagte mit der Begründung besserer Jobaussichten mehrere Wochen in Grossbritannien ist und damit für die Betreuung C._____s nicht zur Verfügung steht (auch wenn er geltend macht, seine

Mutter hätte während seiner Abwesenheit zu C._____ geschaut, was die Klägerin nicht gewollt habe; Urk. 1/20 Rz. 5), bis heute aber keiner substantiellen Erwerbstätigkeit nachgeht. Neben der konfliktreichen Beziehung der Parteien (s. E. 2.6 unten) und ihren offensichtlichen Kommunikationsschwierigkeiten (vgl. dazu ihren SMS- und E-Mail-Verkehr anlässlich des Wochenendes vom 4. August 2014, Urk. 48/1- 3 und Urk. 52/1) spricht damit vor allem der Umstand, dass der Beklagte seit der ursprünglichen Eheschutzvereinbarung in zeitlich weit geringerem Umfang für C._____ da war als vereinbart, für eine Obhutsteilung an die Klägerin. Daran kann auch der Umstand nichts ändern, dass C._____ unter der Woche aufgrund des 100 % - Arbeitspensums der Klägerin (Urk. 26/54/5) grossmehrheitlich fremd- betreut wurde. Dies war auch gemäss ursprünglicher Vereinbarung nicht anders

- 23 - (schliesslich muss jemand in der Familie die notwendigen finanziellen Mittel verdienen). Es ist die Klägerin, die, wenn alle Stricke reissen, die Verantwortung für die (Fremd-)Betreuung C._____s trägt und so für die notwendige Stabilität sorgt. Es scheint somit angezeigt, die Obhut der Klägerin zuzusprechen, damit Verantwortung und Obhut in Anwendung obiger Erwägungen (E. 2.1.2.) im Einklang stehen. 2.5.1. Weiter rügt die Klägerin, die mit dem Kind befassten Behörden, nämlich der Beistand und die KESB, beurteilten in der aktuellen Regelungssituation das Kindeswohl als gefährdet und hätten dies beide schriftlich kund getan. Die Vorinstanz hätte weitere Nachforschungen anstellen müssen (Urk. 27 Rz. 10). 2.5.2. Vorerst muss hier nochmals auf die Eigenheit des vorliegenden Falles hingewiesen werden, dass einzig der Rechtsvertreter der Klägerin von Kindeswohlgefährdung spricht, die Klägerin aber anlässlich ihrer Befragung vor Vorinstanz diametral andere Ausführungen zu Protokoll gab (s. E. 2.4.4. oben). Die vom Rechtsvertreter der Klägerin erhobenen Vorwürfe lassen sich aber auch nicht mit den von ihm zitierten Schreiben in Übereinstimmung bringen. Im Brief der KESB vom 13. November 2013 steht kein Wort von einer Gefährdung des Kindeswohls (Urk. 1/3/3). Im Zwischenbericht des Beistands C._____s vom

E. 9

Oktober 2013 schreibt dieser zwar, dass die Parteien zur Zeit nicht in der Lage seien, die geteilte Obhut zum Wohle des Sohnes umzusetzen. Er beantragt die Abklärung des Kindeswohls, schreibt aber nichts von einer konkreten Kindeswohlgefährdung (Urk. 1/3/4 S. 4). Problematisch ist dieser Bericht insoweit (was bereits die Vorinstanz zutreffend festhielt), als sich der Beistand zur Hauptsache auf Ausführungen der Klägerin und deren Rechtsvertreter stützt. Nach dem eben Ausgeführten und angesichts der Ausführungen der Klägerin erforderten weder das Schreiben der KESB vom 13. November 2013 noch der Zwischenbericht des Beistandes vom 9. Oktober 2013 weitere Abklärungen betreffend eine Kindeswohlgefährdung. 2.6.1. Zudem beanstandet die Klägerin, dass ihr Anspruch auf Beweis und damit auch ihr Gehörsanspruch verletzt worden sei, indem keine Berichte bei der KESB und der Jugend- und Familienberatung H._____ und kein Erziehungsfähig-

- 24 - keitsgutachten über den anerkanntermassen psychisch kranken Beklagten eingeholt worden seien (Urk. 27 Rz. 10 f.). Es bleibe eine blosser unbelegte Behauptung, der Beklagte habe keine psychischen Probleme mehr. Seine aggressiven Ausbrüche im Beisein von Frau und Kind hätten zu mehreren – auch gerichtlich überprüften – Wegweisungen geführt und zum Rayonverbot ausdrücklich auch für die damalige Kinderkrippe (Urk. 40 Rz. 3 unter Hinweis auf Beilagen 42/5/6+7). Beachte man, wie der Beklagte die Klägerin wegen des Kinderpasses "plage" und dies sachfremd mit Geldforderungen verquicke (Urk.

42/6), obschon gerichtlich vereinbart worden sei, dass er keinen Anspruch auf den Kinderpass habe und sein anderslautender Antrag im Abänderungsverfahren rechtskräftig abgewiesen worden sei, erschliesse sich ohne Weiteres, wie er eigenmächtig bestimme, welche Rechte er bezüglich des Kindes habe und welche er der Klägerin abpresse oder sich sonst einfach nehme. Der Beklagte habe handfeste (persönliche, finanzielle und aufenthaltsrechtliche) Eigeninteressen, wenigstens den jetzigen Zustand zu wahren und die objektiven Kindesinteressen hinten an zu stellen (Urk. 40 Rz. 4 unter Hinweis auf Urk. 42/5/2+3). 2.6.2. Der Beklagte entgegnet, auch die Problematik der Gewaltausübung der Klägerin ihm gegenüber, welche von seiner Rechtsvertreterin geltend gemacht und mit zahlreichen Belegen untermauert worden sei, sei stets schlichtweg ignoriert worden. Dagegen hätten die gleichen Stellen nicht genug darauf hinweisen können, dass es diverse polizeiliche Anzeigen der Klägerin gegen den Beklagten wegen häuslicher Gewalt gegeben habe. Eine Anzeige alleine mache aber noch kein Delikt und dass die Polizeibeamten selten einen Grund gesehen hätten, aktiv zu werden, sondern sich im Gegenteil jeweils eher genervt gezeigt hätten, wenn sie schon wieder gerufen worden seien, gehe aus den Akten hervor (Urk. 35 Rz. 10). Aus dem erstinstanzlichen Verfahren dürfte zudem in Erinnerung sein, dass die Klägerin selbst über ein explosives Temperament verfüge. Die Vorinstanz habe immerhin die vom Beklagten vorgebrachten Argumente und insbesondere die eingereichten Textnachrichten der Klägerin im ursprünglichen Eheschutzverfahren für gravierend genug erachtet, dass sie damals superprovisorisch die Obhut dem Beklagten zugesprochen habe (Urk. 44 RZ. 3). Der Beklagte habe psychische Probleme gehabt und sei verantwortungsbewusst genug gewesen,

- 25 - sich deshalb in Behandlung zu begeben. Im Übrigen sei auch die Klägerin nicht über alle Zweifel erhaben, was ihre verbalen Aggressionsausbrüche in den eingereichten Chats belegen würden (Urk. 35 Rz. 11). Schliesslich seien die in der Stellungnahme zur Berufungsantwort zitierten Aktenstücke betreffend Gewaltschutzmassnahmen etc. (Urk. 42/5/1-9) vollumfänglich bereits im ursprünglichen Eheschutzverfahren eingereicht worden und hätten demzufolge im Abänderungsverfahren nichts mehr zu suchen (Urk. 44 Rz. 3). 2.6.3. Was die – behandelte – psychische Erkrankung des Beklagten angeht, kann auf E. 2.4.4. oben verwiesen werden. Zur Erziehungsfähigkeit des Beklagten mussten keine Beweise erhoben werden, weil diese von der Klägerin – wenn auch nicht von deren Rechtsbeistand – anerkannt worden war. Zur tatsächlichen Ausübung der Betreuung durch den Beklagten waren Berichte von Behörden untauglich, weil solche die Ausübung der Betreuung nicht aus eigener Wahrnehmung bestätigen könnten. Die von der Klägerin im Berufungsverfahren eingereichten Gewaltschutzakten sind nicht neu. Diese wurden von ihr schon im ursprünglichen Eheschutzverfahren – welches mit der Vereinbarung der geteilten Obhut endete (Urk. 26/16 S. 10) – eingereicht. Die Akten vermögen damit bereits aus formellen Gründen grundsätzlich keinen Abänderungstatbestand zu begründen. Da es vorliegend aber um das Kindeswohl geht, wo der Untersuchungsgrundsatz anwendbar ist (Art. 296 Abs. 1 ZPO), soll nachfolgend doch inhaltlich auf sie eingegangen werden (s. dazu bereits E. 2.3.2. vorne). Bei den Akten liegt einerseits eine Gewaltschutzverfügung der Kantonspolizei Zürich vom 29. April 2012, mit welcher der Beklagte u.a. 14 Tage aus der ehelichen Wohnung weggewiesen und ihm ein Rayonverbot für die Kindertagesstätte auferlegt wurde (Geschäfts-Nr. 55002261; Urk. 42/5/6). Die Klägerin warf dem Beklagten damals vor, ihren Finger in der Zimmertür eingeklemmt zu haben. Der Beklagte wurde von der Polizei als verbal ausfällig und gegenüber der Klägerin und der Polizei wütend beschrieben (Urk. 42/5/6 S. 3). Verwiesen wird in der Polizeiverfügung auch auf einen

früheren Fall häuslicher Gewalt in I. _____ (S. 4). Andererseits befindet sich bei den Akten eine Verfügung des Zwangsmassnahmengerichts Bülach vom 29. Juni 2012, mit

- 26 - welcher die mit Verfügung der Kantonspolizei Zürich vom 27. Juni 2012 (Geschäfts-Nr. 55391418) angeordneten Schutzmassnahmen (Wegweisung, Rayonverbot, Kontaktverbot) bestätigt und das Gesuch um Aufhebung bzw. Unterbrechung der Schutzmassnahmen für den 4. Juli 2012 abgewiesen wurden. Die Schutzmassnahmen dauerten schliesslich bis zum 11. Juli 2012 fort. Hintergrund der Verfügung war ein Streit der Parteien vom 27. Juni 2012, im Laufe dessen der Beklagte die Klägerin regelrecht aus dem Auto "geschmissen" haben und mit offener Türe und durchdrehenden Reifen weggefahren sein soll. Die Klägerin machte damals geltend, der Beklagte habe sie zwei bis drei Mal pro Woche bedroht und beschimpft. Der Beklagte gab offenbar im Verlaufe dieses Verfahrens zu, während Wutausbrüchen schon Sachen demoliert zu haben. Weiter kann der Verfügung entnommen werden, dass die Berner Kantonspolizei am vorherigen Wohnort der Parteien in I. _____ am 23. Oktober 2011 sowie am 19. und 29. Februar 2012 aufgrund von Streitigkeiten zwischen ihnen habe ausrücken müssen. Auch dort seien letztlich aufgrund von wiederholten Tötlichkeiten, Sachbeschädigung und Drohung Gewaltschutzmassnahmen ausgesprochen worden (Urk. 42/5/7 S. 3 – 5 und 7). Schliesslich reichte die Klägerin ein Schreiben der Staatsanwaltschaft des Kantons Bern vom 11. Juli 2012 zu den Akten, wonach der Beklagte zu einer Einvernahme wegen wiederholten Tötlichkeiten, Drohung, Sachbeschädigung und Wiederhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz unentschuldigt ferngeblieben sei (Urk. 42/5/8). Die gehäufte Anzahl von Gewaltschutzmassnahmen kann damit entgegen dem Beklagten nicht wegdiskutiert werden. Allerdings betrafen alle geschilderten Vorfälle die Zeit vor der Trennung der Parteien. Die Streitereien der Parteien mit Polizeieinsätzen waren damit offensichtliche Folge ihres Paarkonfliktes und haben sich seit ihrer Trennung nicht wiederholt. Es gilt zudem festzuhalten, dass diese Vorfälle die Klägerin nicht daran hinderten, unter gerichtlicher Vermittlung die geteilte Obhut zu vereinbaren. Die Gewaltschutzmassnahmen können damit keinen Abänderungsgrund darstellen, da die entsprechenden Vorfälle vor der Trennung stattfanden und heute keine Kindswohlgefährdung mehr begründen. Auch ist nicht abschliessend geklärt, wer welchen Teil zu den Auseinandersetzungen beitrug (s. dazu gleich anschliessend zu den verbalen Entgleisungen der Klägerin).

- 27 - Wenn der Beklagte der Klägerin auch ein Gewaltproblem vorwirft, so kann einer Verfügung der Vorinstanz vom 18. Februar 2013 – mit welcher die Obhut über den Sohn C. _____ superprovisorisch dem Beklagten zugeteilt wurde – zwar entnommen werden, dass die Klägerin den Beklagten zwischen dem 11. und

E. 13

Februar 2013 auf's Übelste beschimpfte und ihn dabei unter anderem mehrfach als Dieb, Betrüger und Kriminellen bezeichnete und ihm sowie seiner Mutter den Tod wünschte (Urk. 26/4 S. 3 und Urk. 26/48/1 S. 17 ff.). Dem muss aber auch beigelegt werden, dass Hintergrund dieser Beschimpfungen offenbar war, dass der Beklagte vom Bankkonto der Klägerin – ihrer Ansicht nach unerlaubt – Fr. 2'000.– bezogen hatte. Schliesslich fielen aber auch die verbalen Entgleisungen der Klägerin im Rahmen ihres Paarkonfliktes während der Trennung und vermögen heute auch ihrerseits keine Kindswohlgefährdung mehr zu begründen. 2.7.1. Weiter rügt die Klägerin, es stelle eine Gehörsverletzung dar, dass die Vorinstanz nicht auf die gemäss Vorinstanz "wortgewaltigen" Ausführungen des

Rechtsanwalts der Klägerin eingegangen sei (Urk. 27 Rz. 12). 2.7.2. Die Klägerin ist daran zu erinnern, dass auf nicht Entscheidrelevantes nicht weiter eingegangen zu werden braucht – dies insbesondere im summarischen Verfahren. Sodann legt die Klägerin nicht dar, auf welche ihrer konkreten Ausführungen die Vorinstanz hätte eingehen sollen. Sie kommt damit ihrer Rügepflicht nicht nach (Art. 311 Abs. 1 ZPO; vgl. zum Ganzen Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 311 N 36). Auf diese Rüge ist deshalb nicht weiter einzugehen. 2.8.1. Schliesslich beanstandet die Klägerin, die Vorinstanz habe die Anordnung einer Vertretung des Kindes nirgends geprüft, vielmehr habe sie den klägerischen Antrag dazu einfach übergangen. Letzteres verletze ihren Gehörspruch (Urk. 27 Rz. 13). 2.8.2. Dass die Anordnung einer Kindsvertretung im Abänderungsverfahren nicht geprüft wurde, ist zutreffend. Wenn aber die Vorinstanz einen Abänderungsgrund verneinte, erschien eine Kindsvertretung auch nicht notwendig. Denn das Gericht ordnet die Vertretung des Kindes nur wenn nötig an (Art. 299 Abs. 1 - 28 - ZPO). Eine Kindsvertretung hätte aber zu den strittigen Behauptungen aus eigener Wahrnehmung einerseits nichts beitragen können. Andererseits hatte die Vorinstanz im damals erst ein gutes halbes Jahr zurückliegenden Eheschutzverfahren eine Kindsvertretung angeordnet. Dies wenige Monate später schon wieder zu tun, war und ist auch im Interesse der Prozessökonomie nicht angezeigt. 3. Zusammenfassung

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