

ZH_OBERGERICHT LE160006 vom 10. August 2016

ZH Obergericht, 2016-08-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160006

FR: ZH_OBERGERICHT LE160006 du 10 août 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LE160006 del 10 agosto 2016

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Juni 2011 in Winterthur. Sie haben einen gemeinsamen, vorehelichen Sohn E._____, geboren am tt.mm.2008 (Urk. 3). E._____ lebte seit seiner Geburt zusammen mit seinen Eltern in F._____ [Staat in Asien] (... [Stadt]), bis der Gesuchsteller mit ihm im August 2013 in die Schweiz zurückkehrte. Die Gesuchsgegnerin folgte im Mai 2014 nach (Prot. I S. 9, S. 17, S. 23; Urk. 10 S. 3; Urk. 24 S. 11).

E. 1.1

Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht werden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Die in Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO genannten Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Das Bundesgericht hat eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO für das Berufungsverfahren abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 625 E. 2.2; 138 III 788 E. 4.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Bei unechten Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor Vorinstanz hätten vorgebracht werden können, hat die novenwillige Partei daher genau zu begründen, weshalb die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnte bzw. vorgebracht wurde. Dabei hat die betroffene Partei substantiiert darzulegen, dass und inwiefern sie vor erster Instanz mit der zumutbaren Sorgfalt prozessiert hat, indes trotzdem nicht in der Lage war, die Tatsache bzw. das Beweismittel in das erstinstanzliche Verfahren einzubringen (ZK ZPO – Reetz/Hilber, Art. 317 N 61). Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können (P. Volkart, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N 3).

E. 1.2

Soweit der Gesuchsteller zusammen mit seiner Berufungsantwort neue Unterlagen, namentlich eine Kopie des abgelaufenen Passes der Gesuchsgegnerin, den abgelaufenen Pass von E._____ sowie Kopien des aktuellen Passes von E._____ und die Nachweise seiner persönlichen Arbeitsbemühungen von Juni 2014 bis November 2015 (Urk. 33/1-3) ins Recht reicht, erfolgt deren Eingabe ins Verfahren verspätet, zumal der Gesuchsteller nicht darlegt, inwiefern er diese Unterlagen nicht bereits vor Vorinstanz hätte einreichen können. Die neu eingereichten Unterlagen sind entsprechend unbeachtlich. 2. Der Gesuchsteller stellte im Rahmen seiner Berufungsantwort die eingangs genannten Berufungsanträge (Urk. 31). Sofern er die Zuteilung der Obhut für den

- 8 - gemeinsamen Sohn E._____ an sich (Ziffer 1), die Einräumung eines angemessenen Besuchs- und Ferienrechts für E._____ an die Gesuchsgegnerin (Ziffer 2) sowie die

Zuteilung der ehelichen Wohnung für die Dauer des Getrenntlebens zur ausschliesslichen Benützung an sich und damit verbunden einen möglichst raschen Auszug der Gesuchsgegnerin beantragt (Ziffer 5 und 6), verlangt der Gesuchsteller die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids und damit sinngemäss die Abweisung der Berufung in diesen Punkten. Hingegen verliert die Berufungsbeklagte Partei, die nicht selbst Berufung erhoben hat, ihr Recht, vor der Rechtsmittelinstanz Rechtsbegehren zu stellen, welche über den blossen Antrag auf Abweisung der von der Berufungsklägerin erhobenen Hauptberufung hinausgehen (ZK ZPO – Reetz/Theiler, Art. 312 N 7, N 12). Weil der Gesuchsteller keine eigenständige Berufung erhoben hat und eine Anschlussberufung im summarischen Verfahren unzulässig ist (Art. 314 Abs. 2 ZPO), sind die Begehren des Gesuchstellers betreffend Zusprechung von Kinder- und persönlichen Unterhaltsbeiträgen (Ziffer 3 und 4) nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens, weshalb auf diese Anträge nicht einzutreten ist.

E. 2

Am 2. September 2015 reichten die Parteien beim Einzelgericht am Bezirksgericht Horgen (fortan: Vorinstanz) ein Eheschutzgesuch ein (Urk. 9/6), bevor sie wenige Tage später mit Eingabe vom 7. September 2015 bei der Vorinstanz ein Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren anhängig machten (Urk. 9/1). Nachdem die Parteien mit Verfügung vom 2. Oktober 2015 zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert und zur Anhörung auf den 18. Dezember 2015 vorgeladen worden waren (Urk. 9/7), zog die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan: Gesuchsgegnerin) ihr Gesuch um Ehescheidung auf gemeinsames Begehren mit Schreiben vom 30. Oktober 2015 zurück (Urk. 9/13). Mit Verfügung vom 18. November 2015 setzte die Vorinstanz den Parteien Frist zur Einreichung der Scheidungsklage an und wies sie daraufhin, dass ein allfälliges Eheschutzbegehren erneut eingereicht werden müsse (Urk. 9/20). Am 26. November 2015 kündigte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchsteller)

- 6 - bei der Vorinstanz mündlich an, dass er ein Eheschutzgesuch einreichen wolle (Urk. 9/22), was er in der Folge mit Eingabe vom 1. Dezember 2015 schriftlich tat (Urk. 1). Mit Verfügung vom 9. Dezember 2015 wurde das Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren als gegenstandslos abgeschrieben und die Parteien wurden zur Verhandlung mit persönlicher Befragung vorgeladen (Urk. 7). Am ursprünglichen Anhörungsdatum wurde festgehalten, so dass am 18. Dezember 2015 die vorinstanzliche Hauptverhandlung stattfand (Vi-Prot. S. 5 ff.). Nachdem anlässlich der Verhandlung zwischen den Parteien kein Vergleich erzielt werden konnte (Vi-Prot. S. 5), fällte die Vorderrichterin am 28. Januar 2016 den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 13).

E. 3

Die Gesuchsgegnerin hat in der Berufungsschrift beanstandet, es erstaune, dass die Vorinstanz es im vorliegenden Fall nicht für nötig befunden habe, den gemeinsamen Sohn E. _____ anzuhören, und hat eine Anhörung von E. _____ beantragt (Urk. 24 S. 8). Gemäss Art. 298 ZPO ist ein Kind durch das Gericht anzuhören, wenn nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Grundsätzlich hat daher eine Anhörung in allen familienrechtlichen Verfahren zu erfolgen (ZK ZPO – Schweighauser, Art. 298 N 24). Ein Gericht darf die Anhörung des Kindes nicht allein deshalb unterlassen, weil diese nach seiner Auffassung keinen entscheidenden Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben kann (BGer 5A_405/2007 vom 6. Dezember 2007, E. 3.2.). Das Anhörungsrecht stellt einen

Ausfluss des Persönlichkeitsrechts des Kindes dar und soll dem Gericht ermöglichen, sich ungefiltert und unmittelbar über die Wünsche und Bedürfnisse des Kindes ein eigenes Bild zu machen (ZK ZPO – Schweighauser, Art. 298 N 11 f.). Entsprechend ist E._____ im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens von einer Delegation der erkennenden Kammer angehört worden (vorstehend E. I.3., Urk. 36 und Prot. II S. 6 ff.).

- 9 -

E. 3.1

Die Gesuchsgegnerin beanstandet das Einkommen des Gesuchstellers insbesondere für den Fall, dass ihr die Obhut über E._____ zugeteilt wird. Sie geht davon aus, dass der Gesuchsteller diesfalls seine finanzielle Leistungsfähigkeit maximal ausschöpfen kann (Urk. 24 S. 12 f., S. 19). Es sei dem Gesuchsteller sowohl möglich als auch zumutbar, Vollzeit als Maler zu arbeiten (Urk. 24 S. 19). Die Gesuchsgegnerin nimmt dabei ein hypothetisches Einkommen des Gesuch-

- 19 - stellers in seinem angestammten Beruf als Maler und bei einem 100 %-igen Arbeitspensum von mindestens Fr. 5'543.– an (Urk. 24 S. 19).

E. 3.2

Wie ausgeführt (vorstehend E.III.A.) ist die Obhut über E._____ dem Gesuchsgegner zuzuteilen. Dem Gesuchsgegner ist daher mit Blick auf die Betreuung des erst 7 ½-jährigen E._____ die Aufnahme einer 100 % Erwerbstätigkeit nicht zumutbar (BGer 5A_336/2015 vom 3. März 2016, E. 5.3.; BGE 137 III 102). Die Vorinstanz rechnete ihm entsprechend für seine aktuelle Tätigkeit als Promotor in einem 60 %-Pensum ein Nettoeinkommen von Fr. 2'873.25 an, mit welchem Einkommen er nicht in der Lage ist, seine eigenen Lebenshaltungskosten sowie diejenigen von E._____ in der Höhe von monatlich Fr. 3'873.– zu decken (Urk. 25 S. 29; nachstehend E. III.C.4.). Abgesehen davon, dass die Gesuchsgegnerin vor Vorinstanz das dem Gesuchsteller anzurechnende Einkommen nicht näher bezifferte bzw. substantiierte (Urk. 10 S. 7; Prot. I S. 15), ihre diesbezüglichen Vorbringen also verspätet und damit unbeachtlich sind (vorstehend E. II.1.1.), wäre der Gesuchsteller auch dann nicht in der Lage, der Gesuchsgegnerin Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, wenn ihm das von der Gesuchsgegnerin behauptete Malergehalt in der Höhe von Fr. 5'543.– im Umfang eines 60 %-Pensums angerechnet würde. Bei einem 60 %-Pensum ergäbe dies ein Einkommen von gerademal Fr. 3'325.80. Auch dieses Einkommen des Gesuchstellers würde zur Bezahlung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchsgegnerin nicht ausreichen. 4. Der von der Vorinstanz ermittelte Bedarf des Gesuchstellers mit E._____ wird von der Gesuchsgegnerin nur insofern beanstandet, als sie die Zuteilung der Obhut für E._____ an sich verlangt, weshalb der Grundbetrag für E._____ von Fr. 400.– im Bedarf des Gesuchstellers nicht mehr zu berücksichtigen und entsprechend auch für den Gesuchsteller der tiefere Grundbetrag für eine alleinstehende Person von Fr. 1'200.– einzusetzen wäre. Ausserdem beantragt die Gesuchsgegnerin die Zuteilung der ehelichen Wohnung an sich, weshalb sie dem Gesuchsteller tiefere Wohnkosten von Fr. 1'400.– statt Fr. 1'562.– zugesteht (Urk. 24 S. 19; Urk. 25 S. 29). Wie noch zu zeigen sein wird, ist die eheliche Wohnung dem Gesuchsteller und E._____ zuzuteilen (nachstehend E. III.D.). Da im Übrigen auch die Obhut über E._____ beim Gesuchsteller verbleibt (vorste-

- 20 - hend E.III.A.), ist der von der Vorinstanz errechnete Bedarf des Gesuchstellers mit E._____ in der Höhe von Fr. 3'873.– zu bestätigen. Die Vorinstanz hielt zu recht fest, dass

zufolge der sehr bescheidenen finanziellen Verhältnisse keine der Parteien in der Lage ist, dem anderen Ehegatten persönliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. D. Zuteilung der Familienwohnung 1. Die Vorinstanz hat die eheliche Wohnung an der C.____-Strasse ... in D.____ für die Dauer des Getrenntlebens samt Hausrat und Mobiliar dem Gesuchsteller und E.____ zur alleinigen Benützung zugewiesen (Urk. 25 S. 22 und S. 33). Im Berufungsverfahren beantragt die Gesuchsgegnerin die Zuteilung der Wohnung an sich (Urk. 24 S. 2). 2. Die Vorinstanz hat die Regeln für die Zuteilung der ehelichen Wohnung zutreffend dargelegt. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 25 S. 22). Entscheidendes Kriterium für die Zuteilung der Familienwohnung ist die Zweckmässigkeit bzw. die Frage, welchem Ehegatten die Wohnung nach Abwägung aller Interessen den grösseren Nutzen bringt. Bei der Beurteilung der Zweckmässigkeit ist insbesondere den Interessen minderjähriger Kinder Rechnung zu tragen und folglich die eheliche Wohnung demjenigen Ehegatten zu überlassen, welcher die Kinder in Obhut nimmt (BSK ZGB I - Schwander, Art. 176 N 7). Für E.____ ist es nach dem Umzug von F.____ in die Schweiz besonders wichtig, dass er in seiner gewohnten Umgebung bleiben kann, hat er sich in der Schule doch mittlerweile gut eingelebt und auch Freunde gefunden (Prot. II S. 6 f.). Aus Stabilitätsgründen betreffend die Schule und das soziale Netzwerk von E.____ ist die Wohnung daher für die Dauer des Getrenntlebens dem Gesuchsteller und E.____ zur alleinigen Benutzung zuzuweisen. Die Gesuchsgegnerin hat die eheliche Wohnung zwischenzeitlich verlassen (Prot. II S. 7; Urk. 40 S. 2). Zwar macht sie geltend, dass sie immer noch bei Freunden unterkomme und aus finanziellen Gründen Mühe habe, eine neue Wohnung zu finden (Urk. 40 S. 2). Dies vermag jedoch das ausgewiesene Interesse des Gesuchstellers und insbesondere von E.____ an der Zuteilung der ehelichen Wohnung nicht aufzuwiegen.

- 21 - 3. Nachdem die vorinstanzliche Regelung mit Auszugsfrist bis 31. März 2016 vollstreckbar geworden ist (Art. 315 Abs. 4 ZPO) und die Gesuchsgegnerin offenbar bereits ausgezogen ist (Urk. 40 S. 2), erübrigt sich die Ansetzung eines neuen Auszugstermins. E. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen Da der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich zu bestätigen ist (nachstehend E. III.F.), hat die Berufungsinstanz nicht über die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu befinden (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Vorinstanz setzte die in der Höhe unangefochten gebliebene Gerichtsgebühr auf Fr. 4'900.- (Entscheidgebühr von Fr. 4'600.- und Dolmetscherkosten von Fr 300.-) fest (Urk. 25 S. 31 und S. 33). Sie auferlegte die Kosten den Parteien je zur Hälfte. Der vorinstanzliche Kostenentscheid ist nicht zu beanstanden. F. Ergebnis Bezugnehmend auf die vorstehenden Erwägungen ist die Berufung der Gesuchsgegnerin vollumfänglich abzuweisen. Ebenso ist auf die Anträge des Gesuchstellers – soweit er nicht die Abweisung der Berufung verlangt – nicht einzutreten (vorstehend E.II.2.). Entsprechend ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). IV. 1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Berufungsverfahren zu befinden. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich - in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1,

E. 4

Im Übrigen ist vorzumerken, dass das angefochtene Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 28. Januar 2016 in den nicht angefochtenen Dispositivziffern 1 und 7 rechtskräftig geworden ist (Art. 315 Abs. 1 und 4 ZPO). III. A. Obhut 1. Die Vorinstanz stellte den gemeinsamen Sohn E.____ nach

Abwägung der Vorbringen der Parteien und sorgfältiger Prüfung der einzelnen Zuteilungskriterien unter die Obhut des Gesuchstellers. Beide Parteien seien fähig, E. _____ zu erziehen und verfügten über die Möglichkeit, den Sohn persönlich zu betreuen. Der Gesuchsteller sei in E. _____s ersten fünf Lebensjahren dessen Hauptbezugsperson gewesen und habe die Kinderbetreuung zum Hauptteil übernommen, während die Gesuchsgegnerin immer wieder längere Zeit berufsbedingt abwesend gewesen sei. Er habe bewiesen, dass er in der Lage sei, die Betreuungsfunktion für E. _____ zu übernehmen und verantwortungsvoll auszuüben (Urk. 25 S. 12 ff.). Obwohl grundsätzlich beide Parteien in der Lage seien, E. _____ persönlich zu betreuen, da die Gesuchsgegnerin nicht erwerbstätig sei und der Gesuchsteller auf Abruf arbeite, sei es letztlich der Gesuchsteller, der E. _____ ein stabiles und gefestigtes Umfeld bieten könne. Die persönliche Verfügbarkeit der Parteien gehe im Übrigen dem Kriterium der Stabilität nach, insbesondere wenn beide Parteien wie vorliegend gleich erziehungsfähig seien (Urk. 25 S. 16). 2. Die Gesuchsgegnerin bringt mit Berufung vom 15. Februar 2016 im Wesentlichen vor, dass im vorliegenden Fall die Obhutzuteilung die übrigen Trennungsfolgen determiniere. Entsprechend lasse sich die Vorinstanz bei der Regelung sämtlicher Trennungsfolgen einzig und allein vom Primat des Kindeswohls leiten. Andere Überlegungen, insbesondere wirtschaftliche, hätten keinen Eingang in die Erwägungen der Vorinstanz gefunden. Dabei seien auch die Interessen Dritter, wie beispielsweise diejenigen der öffentlichen Hand, gänzlich unberücksichtigt

- 10 - geblieben. Diese einseitige Betrachtungsweise der Vorinstanz führe im Ergebnis zu einer äusserst stossenden und unhaltbaren Entscheidung (Urk. 24 S. 5). 3. Der Begriff der Obhut hat mit dem am 1. Juli 2014 in Kraft getretenen, neuen Recht über die gemeinsame elterliche Sorge eine reduzierte Bedeutung erhalten. Er schliesst das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht mehr mit ein. Dieses ist nun Teil der elterlichen Sorge, welche im Regelfall und so auch vorliegend bei beiden Eltern verbleibt. Unter Obhut zu verstehen ist neu nur noch die faktische Betreuung des Kindes in Hausgemeinschaft, d.h. die Befugnis, mit dem minderjährigen Kind in häuslicher Gemeinschaft zu leben, die tägliche Betreuung des Kindes und die Ausübung der Rechte und Pflichten betreffend die alltägliche Pflege und Erziehung (Büchler/Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge - Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in: Jusletter vom 11. August 2014, S. 5). Für die Zuteilung der Obhut an einen Elternteil gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im Scheidungsfall. Massgebend bei der vorzunehmenden Beurteilung ist damit primär das Kindeswohl und alle dafür wichtigen Umstände. Die Interessen der Eltern sind von sekundärer Bedeutung. Im Einzelfall ist es schwierig festzustellen, was das Kindeswohl erfordert, denn das Kind hätte es zumeist nötig, zu beiden Elternteilen intensiv und konstant die Beziehung aufrecht erhalten zu können. Das Bundesgericht hat versucht, eine gewisse Hierarchie in die Zuteilungskriterien zu bringen. Demnach muss vorab die Erziehungsfähigkeit der Eltern geklärt werden. Ist diese bei beiden Elternteilen gegeben, sind vor allem Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzung ungefähr in gleicher Weise, kann die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Unter Umständen kann die Möglichkeit der persönlichen Betreuung auch dahinter zurücktreten. Schliesslich ist – je nach Alter der Kinder – ihrem eindeutigen Wunsch Rechnung zu tragen. Den genannten Kriterien lassen sich die weiteren Gesichtspunkte zuordnen, namentlich die Bereitschaft

eines Elternteils, mit dem anderen in Kinderbelangen zusammenzuarbeiten, oder die Forderung, dass eine Zuteilung der Obhut von einer persönlichen Bindung und echter Zuneigung getragen sein sollte. Bei der Beurteilung der für

- 11 - die Obhutzuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Gericht über einen grossen Ermessensspielraum (BGer 5A_115/2015 vom 1. September 2015, E. 5.1 mit Hinweisen).

E. 4.1

Erziehungsfähigkeit der Eltern Der Vorinstanz kann gefolgt werden, wenn sie erwog, dass vorliegend beide Parteien erziehungsfähig seien (Urk. 25 S. 13). Dass sowohl der Gesuchsteller als auch die Gesuchsgegnerin das Beste für E._____ wollen, steht ausser Zweifel. Der Gesuchsteller bemängelte zwar an der Erziehung und Betreuung der Gesuchsgegnerin, sie unternehme nichts mit E._____ und gebe sich zu wenig mit ihm ab, vielmehr sei sie tagsüber die ganze Zeit am Telefon (Prot. I S. 9 und S. 19). Die Gesuchsgegnerin gab dem entgegen zu Protokoll, dass sich das gute Verhältnis des Gesuchstellers zu E._____ vor allem aufs Spielen beziehe. Abgesehen vom Spielen könne E._____ aber nicht viel vom Gesuchsteller lernen. Dieser habe kein Verantwortungsgefühl und lege ein patriarchalisches Verhalten an den Tag (Prot. I S. 23 f.). Auch wenn beide Parteien die Erziehung des anderen Elternteils teilweise in Frage stellen oder kritisieren, so mögen unter ihnen diesbezüglich in erster Linie kulturelle Differenzen bestehen. So meinte denn auch der Gesuchsteller anlässlich der persönlichen Befragung im vorinstanzlichen Verfahren, dass es mit Blick auf die Betreuung von E._____ durch die Gesuchsgegnerin Dinge gebe, die anders seien, wie die Mentalität und Erziehung. Betreffend Pünktlichkeit, Spielen mit dem Kind oder gemeinsame Unternehmungen mit E._____ sei er anderer Meinung als die Gesuchsgegnerin (Prot. I S. 9). Dass sich Eltern in Erziehungsfragen nicht immer einig werden, liegt auf der Hand und ist nichts Aussergewöhnliches. In ihrer Stellungnahme zur Kinderanhörung vom 20. Juli 2016 bringt die Gesuchsgegnerin im Weiteren an, dass der Umstand, dass E._____ regelmässig alleine zu Hause sei, als grober Verstoss gegen die elterliche Sorgfaltspflicht zu qualifizieren sei und damit die Erziehungsfähigkeit des Gesuchstellers in Frage gestellt werden müsse (Urk. 40 S. 4). Dem kann entgegen gehalten werden, dass es einem 7 ½-jährigen Jungen erfahrungsgemäss zumutbar ist, den Schulweg alleine oder mit Kollegen zu bewältigen und mit einem Hausschlüssel in die Woh-

- 12 - nung zu gelangen. Dies muss umso mehr gelten, als im gleichen Haus G._____, ein Kindergartenfreund von E._____, und seine Familie wohnt (Prot. II. S. 7). Dass der Gesuchsteller jeweils erst viel später nach Hause käme bzw. zu den Hauptmahlzeiten nicht zuhause wäre, ergibt sich aus den Aussagen von E._____ genauso wenig, wie dass dies regelmässig vorkommen soll. Im Gegenteil hat E._____ angegeben, dass der Gesuchsteller meistens zuhause sei (Prot. II S. 7). Anhaltspunkte, wonach vorliegend eine der Parteien nicht erziehungsfähig wäre, bestehen keine.

E. 4.2

Bisherige Betreuung und Stabilität der Verhältnisse

E. 4.2.1

Gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien lebten diese seit der Geburt von E._____ im Dezember 2008 bis zu dessen viertem Lebensjahr gemeinsam in F._____ (Prot. I S. 7). In dieser Zeit war die Gesuchsgegnerin hauptsächlich um das Auskommen

der Familie besorgt (Prot. I S. 22, S. 24), indem sie verschiedene Shops in H._____ [Staat in Asien] und F._____ betrieb (Prot. I S. 8, S. 25). Sie war daher immer wieder für zwei oder drei Monate beruflich abwesend, während welcher Zeit sich der Gesuchsteller um E._____ kümmerte (Prot. I S. 7 f. und S. 19). Im August 2013 zog der Gesuchsteller mit E._____ in die Schweiz (Prot. I S. 9 und S. 23). Die Gesuchsgegnerin blieb in F._____ und kam in der Zeit von August 2013 bis Mai 2014 drei oder vier mal für rund einen Monat in die Schweiz auf Besuch (Prot. I S. 9, S. 16, S. 19 und S. 23), bevor auch sie im Mai 2014 ihre Geschäfte in F._____ aufgab und definitiv in die Schweiz zog (Prot. I S. 17, S. 23).

E. 4.2.2

Die Gesuchsgegnerin macht in der Berufungsschrift geltend, es werde bestritten, dass der Gesuchsteller die Hauptbezugsperson von E._____ sei. Es sei eine tatsachenwidrige Behauptung, dass der Gesuchsteller E._____ jahrelang alleine betreut habe. Die Gesuchsgegnerin sei jeweils nur während weniger Wochen pro Jahr auf Geschäftsreisen gewesen. Auch in der Zeit zwischen August 2013 und Mai 2014 sei sie regelmässig für längere Zeit in die Schweiz gereist. Im Übrigen sei der Gesuchsteller stets von Familienangehörigen der Gesuchsgegnerin unterstützt worden, als die Parteien noch in F._____ gelebt hätten. Es stimme daher nicht, dass der Gesuchsteller E._____ während der Geschäftsreisen der

- 13 - Gesuchsgegnerin alleine betreut habe. Die Vorinstanz würdige die divergierenden Darstellungen der Parteien einseitig und stütze sich dabei einzig auf die bestrittenen Behauptungen des Gesuchstellers, was einer willkürlichen Würdigung der Aussagen gleichkomme (Urk. 24 S. 9).

E. 4.2.3

Dem hält der Gesuchsteller in der Berufungsantwort vom 10. März 2016 entgegen, dass er seit der Geburt von E._____ derjenige gewesen sei, der E._____ betreut und erzogen habe. Er sei immer mit E._____ und damit für E._____ der Hauptfixpunkt gewesen. Die Gesuchsgegnerin sei viel unterwegs und für mehrere Monate im Jahr abwesend gewesen. Es treffe zu, dass er von den Familienangehörigen der Gesuchsgegnerin Unterstützung erhalten habe, dies sei aber eher selten gewesen. Als E._____ vier Jahre alt gewesen sei und die finanziellen Mittel gefehlt hätten, in F._____ eine gute Schule zu finanzieren, sei er im August 2013 mit E._____ in die Schweiz gereist. Die Gesuchsgegnerin sei in F._____ geblieben. Da er und E._____ in der Schweiz zunächst nur einen befristeten Wohnsitz gehabt hätten, sei er der einzige Halt für E._____ gewesen, weshalb sie eine spezielle Beziehung zueinander hätten. Zwar sei ursprünglich der Plan gewesen, dass die Gesuchsgegnerin ihm nach ihrer definitiven Ankunft in der Schweiz im Mai 2014 den Rücken freihalten werde, damit er Arbeit finden könne. Nur nach kurzer Zeit aber habe er festgestellt, dass die Gesuchsgegnerin sich mit der Betreuung von E._____ nicht habe abfinden und diese nicht habe umsetzen können. Es sei daher dabei geblieben, dass er auch nach der Ankunft der Gesuchsgegnerin E._____ weiterhin betreut habe, an Elterngesprächen teilgenommen habe, E._____ zu Bett gebracht, ihn am Morgen geweckt, für ihn gekocht und mit ihm gespielt habe. Die Gesuchsgegnerin sei am ersten Schultag von E._____ nicht da gewesen, wisse nicht, wann er Schule, wann Turnen oder Schwimmen und wann er frei habe (Urk. 31 S. 3).

E. 4.2.4

Die Vorinstanz erwog, es sei davon auszugehen, dass der Gesuchsteller während der ersten 5 ½ Lebensjahre stets bei E._____ gewesen sei, während die Gesuchsgegnerin regelmässig für längere Zeit geschäftlich abwesend gewesen sei. Dass sich die Situation, wonach der Gesuchsteller alleine und zu einem grösseren Teil die Hauptbetreuungsarbeit erledigen würde, seit der Ankunft der Ge-

- 14 - suchstellerin in der Schweiz im Mai 2014 grundlegend verändert hätte, sei von der Gesuchsgegnerin nicht glaubhaft dargetan worden. Insbesondere im Hinblick auf die vorhandene Stabilität und Routine durch die jahrelange alleinige Betreuung des Gesuchstellers sei E._____ unter dessen Obhut zu stellen. Dieser habe in der Vergangenheit während der längeren berufsbedingten Abwesenheiten der Gesuchsgegnerin bewiesen, dass er in der Lage sei, Betreuungsfunktionen zu übernehmen und verantwortungsvoll auszuüben. Überdies sei aufgrund dieses Engagements des Gesuchstellers davon auszugehen, dass dessen Beziehung zu E._____ besonderes eng sei und im Laufe der Zeit noch an Gewicht gewonnen habe. Entsprechend sei das Kriterium stabiler Verhältnisse zugunsten des Gesuchstellers zu gewichten (Urk. 25 S. 14).

E. 4.2.5

Unstrittig ist, dass der Gesuchsteller in den ersten Lebensjahren stets bei E._____ war und die Parteien in F._____ eine Art "umgekehrte Rollenverteilung" lebten. So war die Gesuchsgegnerin mehrheitlich abwesend, weil sie in F._____ und H._____ mehrere Shops betrieb und für das Auskommen der Familie sorgte. Nachdem sich die Parteien E._____s Ausbildung in F._____ nicht leisten konnten, war es der Gesuchsteller, der alleine mit E._____ in die Schweiz zurückkehrte und dafür sorgte, dass E._____ Anschluss im Kindergarten fand und schliesslich eingeschult wurde. Damit war der Gesuchsteller in den ersten Lebensjahren von E._____ sowie insbesondere in der Zeit des wohl auch mit einem Kulturschock verbundenen Umzugs von F._____ in die Schweiz für E._____ eine wichtige Konstante. Ausserdem gab die Gesuchsgegnerin an, dass sie mit der Betreuung und Erziehung von E._____ aufgrund der Sprache teilweise Probleme habe. Sie spreche mit E._____ englisch. Sie könne die deutsche Sprache jedoch lernen (Prot. I S. 24; Prot. II S. 7). Auch vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller die Hauptbezugsperson von E._____ ist, mithin der Gesuchsteller an Elternabenden teilnimmt, E._____ bei den Hausaufgaben hilft und ihn in schulischen Belangen unterstützt. Aus den genannten Gründen sind die vorinstanzlichen Erwägungen zur Stabilität der Verhältnisse nicht zu beanstanden.

E. 4.3

Möglichkeit und Bereitschaft der künftigen Betreuung

- 15 - Die Vorinstanz erwog, dass beide Elternteile im vorliegenden Fall gleich gewillt und fähig seien, E._____ persönlich zu betreuen. Bei dieser Ausgangslage komme es daher entscheidend auf die Stabilität der familiären Verhältnisse an (Urk. 25 S. 16). Dem ist zuzustimmen. Die Stabilität der Verhältnisse spricht für den Gesuchsteller (vorstehend E. III.4.2.). Dies gilt umso mehr, als die Gesuchsgegnerin mittlerweile von zuhause ausgezogen ist, bei Freunden wohnt (Prot. II S. 7; Urk. 40 S. 2) und sich offenbar zwischenzeitlich nicht so organisieren konnte, dass sie das ihr mit vorinstanzlichem Entscheid eingeräumte, ausgedehnte Besuchrecht inkl. Übernachtungen für E._____ wahrnehmen könnte und auch tatsächlich wahrnimmt (Urk. 40 S. 3; Prot. II S. 7).

E. 4.4

Zuteilungswunsch E._____. Anlässlich der Kinderanhörung vom 6. Juli 2016 sagte E._____, dass die aktuelle Situation für ihn stimme, wie sie sei (Prot. II S. 7). Die Gesuchsgegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass daraus kein deutliches Votum von E._____ zugunsten eines Verbleibs beim Gesuchsteller abgeleitet werden könne (Urk. 40 S. 4 f.). Dem ist insofern zuzustimmen, als E._____ noch nicht in einem Alter ist, in dem seinen Wünschen ausschlaggebende Bedeutung zukommen kann, weil er alters- gemäss noch nicht in der Lage ist, einen stabilen Zuteilungswunsch zu äussern und die Tragweite seiner Entscheidungen abzuschätzen. Trotzdem ist die Äusserung von E._____ als zusätzliches Argument in die Entscheidungsfindung miteinzuziehen. So hätte E._____ immerhin die Gelegenheit gehabt, dem Gericht mitzuteilen, falls er die Gesuchsgegnerin häufiger und regelmässiger sehen oder öfters bei ihr übernachten möchte. Dies hat er nicht getan.

E. 4.5

Wirtschaftliche Verhältnisse der Parteien

E. 4.5.1

Die Gesuchsgegnerin führt in der Berufungsschrift vom 15. Februar 2016 über mehrere Seiten aus, dass für die Obhut zuteilung nicht allein ausschlaggebend sein könne, zu welchem Elternteil das Kind eine innigere Beziehung pflege. Vielmehr müsse auch entscheidend sein, welche Partei die Familie finanziell zu tragen habe. Dies sei eindeutig der Gesuchsteller, weshalb er seine finanzielle Leistungsfähigkeit voll auszuschöpfen habe. Die Vorinstanz habe in ihrem Ent-

- 16 - scheid Ausführungen zu den Grundsätzen der Obhut zuteilung gemacht und dabei auf die vom Bundesgericht festgelegte Hierarchie der Kriterien verwiesen, welche für die Zuteilung der Obhut massgebend sein soll. Im Kern komme demnach die Vorinstanz zum Schluss, dass bei der Obhut zuteilung das Kindeswohl Vorrang vor allen anderen Überlegungen habe. Diese Ansicht werde bestritten, führe sie zu einem stossenden und nicht vertretbaren Ergebnis. Insbesondere sei dem Kindeswohl auch eine materielle respektive finanzielle Komponente immanent. Mit anderen Worten stelle das wirtschaftliche, finanzielle Wohl des Kindes ein massgebender Teilgehalt des Kindeswohls dar (Urk. 24 S. 5 ff.). Im vorliegenden Fall sei die ganze Familie vollumfänglich von der Sozialhilfe abhängig, welcher Umstand das wirtschaftliche Wohl von E._____ tangiere. Die Vorinstanz hätte daher zwingend die Frage klären müssen, weshalb es der Familie nicht gelinge, ihren Lebensbedarf aus eigener Kraft zu bestreiten und sich in ihren Erwägungen zur Regelung der Trennungsfolgen umso mehr von wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen müssen (Urk. 24 S. 7).

E. 4.5.2

Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird – entgegen der Ansicht der Gesuchsgegnerin – deutlich (vorstehend E. III.3.), dass für die Zuteilung der elterlichen Obhut das Kindeswohl Vorrang vor allen anderen Kriterien hat. Allgemein hat sich der Vorrang persönlicher Elemente vor den materiellen Elementen durchgesetzt. Zwar muss für das tägliche Leben eines Kindes ein gewisser Mindeststandard hinsichtlich Unterkunft, Gesundheitsvorsorge und wirtschaftliches Existenzminimum gewährleistet sein. Die wirtschaftlichen Verhältnisse können aber nur dann ein wesentliches Gewicht erlangen, wenn bei einem Elternteil diese ökonomischen Mindeststandards nicht gewährleistet wären oder wegen der ungesicherten wirtschaftlichen Situation eines Elternteils die Instabilität seiner Lebensverhältnisse zu befürchten wäre (Johannsen/Henrich/Jaeger, Fami-

lienrecht, 6. Aufl., München 2015, § 1671 BGB, N 53; Staudinger/Coester (2009), § 1671 BGB, N 212). Dies ist vorliegend weder beim Gesuchsteller noch bei der Gesuchsgegnerin der Fall. Die Vorinstanz hielt dazu zutreffend fest, dass die Frage, ob der Gesuchsteller wirtschaftlich leistungsfähiger ist bzw. sein könnte als die Gesuchsgegnerin, in Bezug auf die Obhut zuteilung von vornherein und mit Blick auf das allein massgebliche Kindeswohl unbeachtlich ist (Urk. 25 S. 15). Entspre-

- 17 - chend sind allein die vom Bundesgericht entwickelten Zuteilungskriterien entscheidend.

E. 5

Zusammengefasst erscheinen damit beide Parteien erziehungsfähig. Gegenseitige Anhaltspunkte fehlen. Die bisherige Betreuung und vor allem aber die Stabilität der Verhältnisse sowie auch die Möglichkeit der künftigen Betreuung und Unterstützung von E._____ in schulischen Belangen sprechen jedoch für eine Zuteilung der Obhut über E._____ an den Gesuchsteller. Im Sinne des Kindeswohls ist insbesondere die Stabilität der Verhältnisse hoch zu gewichten. E._____ fühlt sich in der derzeitigen Schule in D._____ offenbar wohl, hat Freunde gefunden und kann über Mittag zum Gesuchsteller nach Hause gehen (Prot. II S. 6 ff.). Auch ist es dem Gesuchsteller möglich, E._____ mit den Hausaufgaben zu helfen und ihn altersgerecht zu fördern. An dieser Einschätzung vermögen im Übrigen auch die von der Gesuchstellerin im Rahmen der Stellungnahme zur Kinderanhörung vom 20. Juli 2016 nachgereichten Fotografien (Urk. 41), welche sie und E._____ bei verschiedenen Freizeitaktivitäten zeigen, nichts zu ändern, werden damit bloss nicht sehr aussagekräftige Momentaufnahmen illustriert. Es wird vom Gesuchsteller denn auch nicht in Abrede gestellt, dass die Gesuchsgegnerin schöne Erlebnisse mit E._____ teilt und in Zukunft im Rahmen des ausgedehnten Besuchsrechts auch weiterhin teilen kann. Immerhin gab der Gesuchsteller bei der Vorinstanz zu Protokoll, dass E._____ seine Mami liebe, das sei ganz klar. Und sie liebe E._____, auch das sei ganz klar. Das Verhältnis zwischen den beiden sei gut (Prot. I S. 9). B. Besuchsrecht Wird die elterliche Obhut einem Elternteil alleine zugeteilt, ist dem anderen ein Besuchsrecht einzuräumen (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Das von der Vorinstanz angeordnete ausgedehnte Besuchsrecht der Gesuchsgegnerin (Urk. 25 S. 20 f., S. 32 f.) wurde weder von der Gesuchsgegnerin für den Eventualfall noch vom Gesuchsteller angefochten (Urk. 24 S. 2). Da die Gesuchsgegnerin aber ausführen liess, dass sie abwechselnd bei Bekannten auf der Couch schlafe und aus finanziellen

- 18 - Gründen keine eigene Wohnung finde (Urk. 40 S. 2), stellt sich die Frage einer Einschränkung des von der Vorinstanz festgelegten Besuchsrechts, da die Gesuchsgegnerin offenbar aktuell nicht in der Lage ist, ein ausgedehntes Besuchsrecht wahrzunehmen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die Gesuchsgegnerin mit entsprechenden Suchbemühungen möglichst bald eine eigene Wohnung finden wird. Jedenfalls hätte sie diesbezüglich auch Anspruch auf Unterstützung des Sozialamts. Vor diesem Hintergrund kann von einer Einschränkung des Besuchsrechts abgesehen werden. Damit bleibt es bei dem von der Vorinstanz festgesetzten Besuchsrecht der Gesuchsgegnerin. C. Unterhaltsbeiträge 1. Weil die Obhut über E._____ beim Gesuchsteller bleibt, sind der Gesuchsgegnerin keine Kinderunterhaltsbeiträge zuzusprechen. Der entsprechende Antrag der Gesuchsgegnerin ist abzuweisen (Urk. 24 S. 2). 2. Die Gesuchsgegnerin beantragt mit der Berufung weitere persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'180.– pro Monat (Urk. 24 S. 2). Die Vorinstanz sprach

mangels wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Parteien gegenseitig keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zu (Urk. 25 S. 25 ff.). Sie ging bei der Berechnung der Unterhaltsansprüche von einem Einkommen der Gesuchsgegnerin von Fr. 0.– aus und verzichtete einstweilen auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Das hypothetische Einkommen des Gesuchstellers bezifferte sie mit monatlich netto Fr. 2'873.25. Den Notbedarf des Gesuchstellers zusammen mit E._____ bezifferte die Vorinstanz mit Fr. 3'873.– (Urk. 25 S. 26 ff.).

E. 6

Abs. 2 lit. b und 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) - eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– festzusetzen.

- 22 - 2. Umstritten war im vorliegenden Berufungsverfahren im Wesentlichen die Zuteilung der Obhut sowie der ehelichen Wohnung. Nach dem Gesagten unterliegt die Gesuchsgegnerin mit ihrer Berufung vollumfänglich, weshalb ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Dem Gesuchsteller ist mangels erheblicher Umtriebe keine Parteientschädigung zuzusprechen, zumal er auch keine solche verlangt hat. Der fürsorgeabhängigen Gesuchsgegnerin wurde bereits mit Beschluss der Kammer vom 1. März 2016 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ihr wurde Rechtsanwalt X._____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (Urk. 30). Zuzufolge der der Gesuchsgegnerin gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die zweitinstanzlichen Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Gesuchsgegnerin ist auf ihre Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen. 3. Auch der Gesuchsteller liess im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nachsuchen (Urk. 34). Da der Hauptantrag des Gesuchstellers sinngemäss auf Abweisung der Berufung lautet, obsiegt er im vorliegenden Verfahren vollumfänglich, weshalb sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist. Es wird beschlossen:

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