

ZH_OBERGERICHT LE160070 vom 27. Juni 2017

ZH Obergericht, 2017-06-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160070

FR: ZH_OBERGERICHT LE160070 du 27 juin 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LE160070 del 27 giugno 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien standen sich seit dem 6. Oktober 2015 vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber. Sie haben einen ehelichen Sohn, C._____, geboren am tt.mm.2015. Die Klägerin und Berufungsbeklagte (fortan: Klägerin) lebt seit Oktober 2015 mit C._____ in Zürich, der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagte) verblieb in der ehelichen Wohnung in D._____. Die Beklagte ist in der Türkei ausgebildete Krankenschwester und Lehrerin, arbeitete in der Schweiz jedoch noch nie. Sie absolviert zurzeit einen Deutschkurs. Der Kläger arbeitete bis Oktober 2016 in einem 100%-Pensum, seit November 2016 in einem 60%-Pensum bei einer Leasingfirma.

E. 2

Hinsichtlich der vorinstanzlichen Prozessgeschichte ist auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil vom 31. Oktober 2016 zu verweisen (Urk. 90 S. 5 ff.). Beide Parteien haben das vorinstanzliche Urteil am 3. November 2016 in Empfang genommen (Urk. 88).

E. 2.1

Die Parteien beantragen, das Kind sei unter die alternierende Obhut der Eltern mit wechselnder Betreuung zu stellen, und haben dafür eine genaue Betreuungsregelung vereinbart (Urk. 151 Ziff. 1).

E. 2.2

Damit eine alternierende Obhut angeordnet werden kann, ist zusätzlich zur Tatsache, dass das Alleinentscheidungsrecht gemäss Art. 301 Abs. 1bis ZGB bei den Elternteilen zustehen soll, erforderlich, dass beide Elternteile das Kind in zeitlich grösserem Ausmass als beim üblichen Wochenendbesuchsrecht betreuen, damit von einer häuslichen Gemeinschaft zwischen dem Kind und dem Elternteil ausgegangen werden kann. Erforderlich ist grundsätzlich, dass beide Eltern erziehungsfähig sind. In diesem Zusammenhang spielt die Bereitschaft eines Elternteils, die Beziehung zum anderen Elternteil zuzulassen und zu unterstützen (so genannte Bindungstoleranz), eine Rolle, wie auch die Qualität der persönlichen Beziehung der Eltern zum Kind. Sodann kommt die Anordnung nur in Frage, wenn das Verhältnis der Eltern nicht derart konflikthaft ist, dass erwartet werden kann, die Eltern würden sich auch längerfristig über Alltagsfragen einigen können. Sie müssen fähig und bereit sind, miteinander zu kommunizieren und in organisatorischen Belangen zu kooperieren. Allein aus dem Umstand, dass ein Elternteil sich einer Regelung mit geteilter Betreuung widersetzt, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, die nötige Kooperation sei nicht gewährleistet. Von einer alternierenden Obhut ist nur abzusehen, wenn ein derart gravierender Elternkonflikt schwelt, dass es den Kindesinteressen widerspräche, es diesem Konflikt auszusetzen. Nebst der Erziehungsfähigkeit und Betreuungsmöglichkeit kann auch die Stabilität der örtlichen und

familiären Verhältnisse ausschlaggebend sein. Zu be-

- 23 - achten sind ferner die geographischen Verhältnisse, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern. Schliesslich ist dem Wunsch der Kinder Rechnung zu tragen, soweit dies tunlich ist (vgl. BGer 5A_72/2016 vom 2. November 2016, E. 3.3.2, ZR 114 Nr. 6 und OGer ZH LE140020 vom 20. November 2014, E. II.3).

E. 2.3

An der Erziehungsfähigkeit beider Parteien bestehen grundsätzlich keine Zweifel. Dies obwohl der Beklagte in der Berufung seine bereits vor Vorinstanz geäusserten Bedenken wiederholte (Urk. 89 S. 12 ff.), die Klägerin sei mit der Erziehung von C._____ überfordert und stelle ihre Interessen über diejenigen von C._____, C._____ entwickle sich unter der Obhut der Klägerin nicht altersgerecht, weise immer wieder Verletzungen (Brandwunde am Finger, Schürfwunde am Kopf, etc.) auf und habe einen Plattschädel, sowie die Klägerin verweigere auch in Kinderbelangen die Kommunikation. Kleinere Verletzungen wie die geschilderten gehören zum Alltag von Kleinkindern, ein Plattschädel ist verbreitet und bietet keinen Grund zur Sorge. Ernste Verletzungen wurden nicht behauptet. Ebenso wenig wurde näher dargetan, inwiefern C._____ sich infolge ungeeigneter Betreuung durch die Klägerin nicht altersgemäss entwickle. Dass die Klägerin mit der Kindererziehung überfordert sein soll oder ihre Interessen über diejenigen von C._____ stellt, bleibt eine unsubstantiierte Behauptung. Mit Bezug auf den Beklagten ist zu bemerken, dass dieser C._____ unbestrittenermassen schon im September 2015 einige Tage alleine betreute (Urk. 89 S. 9) und auch während des Getrenntlebens gemäss dem effektiv gelebten, vorinstanzlich angeordneten Besuchsrecht einmal im Monat zu sich auf Besuch mit Übernachtung hatte. Es ist insgesamt – in Übereinstimmung mit dem Kurzbericht der Beiständin – weder bei Betreuung von C._____ durch den Vater noch durch die Mutter eine Gefährdung des Kindeswohls auszumachen und davon auszugehen, dass beide Parteien je zur alleinigen und selbständigen Betreuung von C._____ fähig sind (vgl. Urk. 127). Allerdings ist die anfänglich insbesondere von der Klägerin verweigerte Kommunikation in Kinderbelangen als problematisch einzustufen. Nach Intervention der Beiständin zeigte sich die Klägerin indessen bereit, zumindest mittels Notizzetteln in Kinderbelangen mit dem Beklagten zu kommunizieren (Urk. 127). Schliesslich zeugt auch der Abschluss der vorliegenden umfassenden Vereinba-

- 24 - rung (Urk. 151) von der grundsätzlichen Bereitschaft und Fähigkeit der Parteien, in Kinderbelangen – wo nötig – zumindest ein Minimum an Verständigung zu erreichen. Insofern ist über die einstweilige Einschätzung der Beiständin, es fehle an ausreichender Kommunikationsfähigkeit, jedenfalls zur Zeit hinwegzusehen. Die Beiständin ging im Kurzbericht vom 18. April 2017 nämlich nicht auf den Fall ein, dass sich die Parteien zu einer Einigung durchringen können. In räumlicher Hinsicht ist eine alternierende Obhut mit wechselnder Betreuung zumindest bis zum Kindergartenentritt – C._____ hat jeweils zwischen D._____ und Zürich zu wechseln – vertretbar. Ab dem Eintritt in den Kindergarten werden die Parteien sich bemühen müssen, die räumliche Distanz möglichst zu verringern, namentlich in der gleichen Gemeinde oder im gleichen Stadtquartier zu wohnen, um unangemessen lange Schul- bzw. Kindergartenwege für C._____ zu vermeiden. Die getroffene Betreuungsregelung mit einer Betreuungsaufteilung von zunächst ca. 70% bei der Mutter und 30% beim Vater, sowie hernach paritätisch erscheint durchdacht und angemessen. Sie ermöglicht C._____ einen fließenden Übergang von der derzeit alleinigen Obhut der Mutter und nimmt angemessen Rücksicht auf die

Erwerbssituation des Beklagten bzw. die Sprachschule und die geplante Erwerbstätigkeit der Klägerin, wobei die bereits bestehende Fremdbetreuung ebenfalls gezielt Berücksichtigung fand. Nach dem Gesagten kann die Vereinbarung betreffend Obhut und Betreuungsregelung ohne Weiteres genehmigt werden. 3. Die Parteien vereinbarten sodann, dass jede Partei die Kosten, die durch die Kinderbetreuung bei ihr anfallen, insbesondere also Unterkunft, Verpflegung, Freizeitaktivitäten etc. selbst trägt. Die übrigen regelmässig anfallenden Kinderkosten (wie Alltagsbekleidung, Gesundheitskosten, Sport/Hobbies, Fremdbetreuung etc.) habe die Klägerin zu tragen, welche auch die Post der Kinder besorge (Urk. 151 Ziff. 2). Diese Kostenaufteilung wurde bei Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gestützt auf die Unterhaltsberechnungstabellen der Zürcher Gerichte angemessen berücksichtigt (Urk. 134/1-4). Wie sich aus den Unterhaltsberechnungen für die Zeit ab Januar 2017 weiter ergibt (Urk. 134/1-4), kann mit den vereinbarten, im Wesentlichen auf diesen Berechnungen basierenden Beiträgen an die Kinderkosten der Bedarf von C._____ jederzeit gedeckt werden. Der Betreu-

- 25 - ungsunterhalt bleibt indessen bis zur für Juli 2018 vorgesehenen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Klägerin zu einem grossen Teil ungedeckt. Dies ist jedoch hinzunehmen, um einen Eingriff ins Existenzminimum des Beklagten zu vermeiden. Er ist infolge der Übernahme von wesentlichen Teilen der Kinderbetreuung bei gegebenen Fremdbetreuungsanteilen und mit Blick auf das Alter von C._____ offensichtlich nicht in der Lage, sein Pensum von 60% dauerhaft auszubauen. Sodann ist auch die getroffene Prämisse, die Beklagte sei per Juli 2018 in der Lage, mit einem Pensum von 50% ein Einkommen von Fr. 2'630.- netto pro Monat zu erzielen, realistisch. Dieser Lohn entspricht dem Medianlohn für eine Pflegehelferin SRK bei gegebenen Parametern (Urk. 133). Der Beklagten als in der Türkei ausgebildete Krankenschwester verbleibt bis dahin genügend Zeit, die erforderlichen Sprachkenntnisse zu erwerben und das Anerkennungsverfahren des Schweizerischen Roten Kreuzes zu durchlaufen. Arbeitskräfte im Spitex-Bereich sind sodann sehr gesucht. Nach dem Ausgeführten sind auch die für die Zeit ab Januar 2017 vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge als angemessen zu genehmigen. Die für die Zeit davor vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge basieren auf dem vorinstanzlichen Urteil und berücksichtigen die letztlich im Berufungsverfahren unbestritten gebliebenen, von der Beklagten von März bis September 2016 erhaltenen, nicht rückerstattbaren Kleinkindererziehungsbeiträge, die vom Beklagten vorübergehend bezahlten Krankenkassenprämien für C._____ und die Klägerin (Urk. 142), sowie die Pensumsreduktion des Beklagten per 1. November 2017. Auch die für November/Dezember 2016 vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge sind deshalb zu genehmigen.

E. 3

Die Unterhaltsregelungen von Ziffer 2/a und 2/b dieser Vereinbarung basieren auf den dieser Vereinbarung angehängten Berechnungen mittels des Unterhaltsrechters der Zürcher Gerichte und den dort ersichtlichen Bedarfs- und Einkommenszahlen. Der Unterhaltsregelung liegen folglich (gerundet) die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

- 20 - Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:
Beklagter: Ab 20. Oktober 2015 bis 31. Oktober 2016: CHF 10'100.- (100% Pensum) Ab 1. November 2016 bis 31. Juni 2017: CHF 6'053.- (60% Pensum) Ab 1. Juli 2017 bis 31. Dezember 2017: CHF 7'670.- (60% Pensum und 20% ALV bzw. Zusatzeinkommen

hypoth.; eingeschränkte Erwerbsfähigkeit infolge Kinderbetreuung 30%) Ab 1. Januar 2018 bis 30. Juni 2018: CHF 7'670.– (60% Pensum und 20% ALV bzw. Zusatzeinkommen hypoth.; überobligatorischer Einsatz bei eingeschränkter Erwerbsfähigkeit infolge Kinderbetreuung 50%) Ab 1. Juli 2018: CHF 6'053.– (60% Pensum; eingeschränkte Erwerbsfähigkeit infolge Kinderbetreuung 50%) Klägerin: Ab 20. Oktober 2015 bis 29. Februar 2016: CHF 0.– (eingeschränkte Erwerbsfähigkeit infolge Kinderbetreuung 100%) Ab 1. März 2016 bis 30. September 2016: CHF 2'820.– (Kleinkinderbetreuungsbeiträge; eingeschränkte Erwerbsfähigkeit infolge Kinderbetreuung 100%) Ab 1. Oktober 2016 bis 30. Juni 2018: CHF 0.– (eingeschränkte Erwerbsfähigkeit infolge Kinderbetreuung; Deutschkurs Niveau B1/Anerkennungsverfahren Pflegehelferin SRK)

- 21 - Ab 1. Juli 2018: CHF 2'630.– (50% Pensum hypoth.; eingeschränkte Erwerbsfähigkeit infolge Kinderbetreuung 50%) C._____: die Familienzulage von derzeit CHF 200.–, bezogen vom Beklagten Vermögen: beide Parteien und C._____ verfügen über kein nennenswertes Vermögen Kosten und Entschädigung

E. 3.1

Die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags setzt einerseits Bedürftigkeit der ansprechenden und andererseits Leistungsfähigkeit der angesprochenen Partei im Zeitpunkt des Entscheids voraus (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 159 ZGB N 135). Es sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze – Mittellosigkeit und Nicht-Aussichtslosigkeit – analog anzuwenden. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Ein allfälliger Überschuss zwischen dem effektiv zur Verfügung stehenden Einkommen und dem Notbedarf der gesuchstellenden Partei ist mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten in Beziehung zu setzen und danach zu fragen, ob die gesuchstellende Partei mit dem ihr verbleibenden Überschuss in der Lage ist, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten innert angemessener Frist selbst zu finanzieren. Im Sinne einer groben Faustregel geht die Rechtspre-

- 27 - chung davon aus, dass der monatliche Überschuss es ihr ermöglichen sollte, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (BGE 141 III 369 E. 4.1 S. 371 f.; Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi [Hrsg.], Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung: SWR Bd. 3, Bern 2001, S. 182 f. und 185 f.). Gemäss dem Effektivitätsgrundsatz dürfen in die Beurteilung nur Einkünfte und Vermögenswerte einbezogen werden, die effektiv vorhanden und verfügbar sind. Hingegen ist die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Prozessfinanzierung mittels Prozesskostenvorschusses oder -beitrags auf familienrechtlicher Grundlage subsidiär. Soweit ein solcher erhältlich gemacht werden kann oder könnte, ist die unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 5).

E. 3.2

Wie sich aus den Unterhaltsberechnungen für die Periode von Januar 2017 bis Juni 2017 ergibt (Urk. 134/1/1), besteht im Familienbudget der Parteien seit der Pensumsreduktion durch den Beklagten per Ende Oktober 2016 ein Manko von rund Fr. 2'500.–. Dieses verbessert sich erst massgeblich, wenn die Klägerin eine Arbeit aufnehmen oder der Beklagte sein Pensum aufstocken wird, was während der Prozessdauer nicht geschehen ist und gemäss der Vereinbarung erst per 1. Juli 2017 (Beklagter) bzw. 1. Juli 2018 (Klägerin) zu geschehen hat (Urk. 151); es handelt sich mithin um Hypothesen. Bei der Prüfung der Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO sind solche Hypothesen jedoch unberücksichtigt zu lassen. Ab Januar 2017 wird durch die vereinbarten Unterhaltsbeiträge für C._____ von Fr. 2'200.– pro Monat (Urk. 151) der ganze Freibetrag über dem familienrechtlichen Notbedarf des Beklagten, welcher keine luxuriösen Positionen enthält, abgeschöpft (vgl. Urk. 134/1). Dennoch verbleibt das erwähnte Manko beim Betreuungsunterhalt. Für die Monate November/Dezember 2016 hat der Beklagte nur Fr. 1'400.– pro Monat für C._____ bei gleichem Einkommen von Fr. 6'053.– zu bezahlen. Dadurch verbleibt ihm während dieser zwei Monate ein kleiner Überschuss von monatlich etwa Fr. 500.– (vgl. Urk. 134/1), welcher jedoch in keiner Weise zur Deckung seiner eigenen Prozesskosten oder derjenigen der Beklagten ausreicht. Die Beklagte verfügt ihrerseits über gar kein Einkommen und wird von der Sozialhilfe unterstützt (Urk. 99/1). Beide Parteien machen sodann

- 28 - glaubhaft geltend, über kein wesentliches Vermögen zu verfügen (Urk. 89 S. 35 f., Urk. 92/9-11; Urk. 97 S. 35, Urk. 99/3). Bei diesen Verhältnissen haben beide Parteien mit Bezug auf die Bezahlung eines Prozesskostenbeitrags an die Gegenpartei als nicht leistungsfähig bzw. im Hinblick auf die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu gelten.

E. 3.3

Die von den Parteien je gestellten Anträge auf Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses sind folglich abzuweisen. Stattdessen ist zu prüfen, ob nebst der Mittellosigkeit die weiteren Voraussetzungen für die Bewilligung des Armenrechts gegeben sind.

E. 3.4

Da die Standpunkte beider Parteien im Berufungsverfahren nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO waren und sie als rechtsunkundige Parteien in einem eher komplexen und hochstrittigen Verfahren zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtliche Vertretung angewiesen waren, ist ihnen die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu bewilligen. Antragsgemäss ist der Klägerin in der Person von Rechtsanwältin Y._____ und dem Beklagten in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ je eine unentgeltliche Rechtsbeistandin für das Berufungsverfahren zu bestellen.

E. 4

Rechtsanwältin Y._____ und Rechtsanwältin lic. iur. X._____ reichten je eine Honorarnote mit der Zusammenstellung ihrer Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsvertreterinnen der Parteien im Berufungsverfahren ein (Urk. 145; Urk. 146-147). Rechtsanwältin Y._____ macht für die Vertretung der Klägerin im Berufungsverfahren einen Zeitaufwand von 42,16 Stunden geltend und beantragt dafür samt Auslagen von Fr. 450.10 (inkl. Übersetzerkosten) und Mehrwertsteuerzuschlag eine Entschädigung von Fr. 10'504.75 (Urk. 147). Rechtsanwältin lic. iur. X._____ beziffert ihren Zeitaufwand für die Vertretung des Beklagten im Berufungsverfahren mit 58,7

Stunden und verlangt dafür ein- schliesslich Auslagen von Fr. 98.90 und Mehrwertsteuerzuschlag eine Entschädi- gung von Fr. 14'053.95 (Urk. 145).

E. 4.1

Die Entschädigung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Berufungs- verfahren in Eheschutzsachen bestimmt sich nach § 23 Abs. 1 i.V.m. § 13 Abs. 1

- 29 - und 2 sowie § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 3 AnwGebV und beträgt folglich in der Re- gel nicht mehr als Fr. 7'100.–. In besonderen Fällen, namentlich wenn der – not- wendige – Zeitaufwand oder die Verantwortung der Rechtsvertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch ist, kann die nach Tarif berechnete Ge- bühr entsprechend erhöht werden (§ 2 Abs. 2 AnwGebV). Ausserdem kann bei starker Inanspruchnahme des Novenrechts im Rechtsmittelverfahren auf die Her- absetzung gemäss § 13 Abs. 2 AnwGebV verzichtet werden (§ 13 Abs. 3 Anw- GebV).

E. 4.2

Vorliegend wurde das Verfahren hochstrittig geführt wurde und die familiä- ren und persönlichen Verhältnisse der Parteien sind eher komplex. Es waren im Berufungsverfahren diverse Noven zu behandeln, insbesondere die Pensumsre- duktion des Beklagten, und Hypothesen hinsichtlich der zukünftigen Erwerbstätig- keit der Parteien aufzustellen, wobei jeweils Eventualstandpunkte mit Bezug auf verschiedene in Frage kommende Betreuungsmodelle zu bilden waren. Die ein- zeln Umstände bedurften eingehender Würdigung und für die Parteien standen mit der Obhutszuteilung sehr gewichtige Interessen auf dem Spiel. Sodann war der Instruktionsaufwand nachvollziehbar hoch, nicht zuletzt aufgrund der Persön- lichkeit der Parteien und deren Zerstrittenheit.

E. 4.3

Aufgrund dieser Gegebenheiten kann der ausserordentlich grosse von den unentgeltlichen Rechtsbeiständinnen – insbesondere der unentgeltlichen Rechts- beiständin des Klägers – betriebene Aufwand noch als gerechtfertigt gelten. Nach dem Gesagten erscheinen die von den unentgeltlichen Rechtsbeiständinnen je beantragten Entschädigungen als angemessen.

E. 4.4

Rechtsanwältin Y._____ ist deshalb antragsgemäss wie folgt zu entschädi- gen: Honorar: Fr. 9'276.55 Barauslagen: Fr. 450.10 Zwischentotal: Fr. 9'726.65 Mehrwertsteuer (8 %): Fr. 778.10 Entschädigung total inkl. MWST: Fr. 10'504.75,

- 30 - Rechtsanwältin lic. iur. X._____ ist ebenfalls antragsgemäss wie folgt zu entschä- digen: Honorar: Fr. 12'914.00 Barauslagen: Fr. 98.90 Zwischentotal: Fr. 13'012.90 Mehrwertsteuer (8 %): Fr. 1'041.05 Entschädigung total inkl. MWST: Fr. 14'053.95 Es wird beschlossen:

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