

# ZH\_OBERGERICHT LE200039 vom 12. Oktober 2020

ZH Obergericht, 2020-10-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE200039](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE200039)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE200039 du 12 octobre 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LE200039 del 12 ottobre 2020

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. April 2014 verheiratet und haben zwei gemein- same Kinder, F.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2014, und G.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2015 (Urk. 13). Mit Eingabe vom 30. März 2020 machte die Gesuchstellerin und Berufungsbe- klagte (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren anhän- gig (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann dem erstinstanzlichen Urteil ent- nommen werden (Urk. 54 S. 3 f.). Am 10. Juli 2020 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 46 = Urk. 54).

### E. 2

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Fest- stellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Beru- fungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfra- gen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheits-

- 7 - prüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Beru- fungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu be- trachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3, zur Publikation vorgese- hen). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Män- geln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Ent- scheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; BGer 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3).

#### E. 2.1

Grundsätzlich muss ein Rechtsbegehren so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann (BGE 137 III 617 E. 4.3). Aus diesem Prozessgrundsatz folgt, dass die auf Geldzahlung gerichteten Anträge zu beziffern sind (Art. 84 Abs. 2 ZPO). Am Erfordernis bezif- ferter Begehren ändert die Geltung der Oficialmaxime im Bereich des Kinderun- terhalts nichts. Auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ist aber dennoch einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbin- dung mit dem angefochtenen Entscheid ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Geld- betrag zuzusprechen ist (BGer 5A\_855/2012 vom 13. Februar 2013, E. 3.3.2 m.w.H.).

#### E. 2.2

In Bezug auf die angefochtene Unterhaltsverpflichtung ergibt sich weder aus dem Rechtsbegehren noch der Begründung, in welcher konkreten Höhe die Ehe- gatten- und Kinderunterhaltsbeiträge nach Ansicht des Gesuchsgegners festzu- setzen sind. Daher ist auf die Berufung nicht einzutreten, soweit sie sich gegen die Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen richtet.

### **E. 2.3**

Abgesehen davon setzt der Gesuchsgegner sich nicht ansatzweise mit der Begründung der Vorinstanz auseinander, weshalb ihm bis zum 1. Juli 2020 ein monatlicher Nettolohn von Fr. 8'378.– (80%-Pensum) und ab dann ein solcher in der Höhe von Fr. 10'472.– (100%-Pensum) anzurechnen ist (vgl. Urk. 54 S. 28 ff. E. 7.5). Vielmehr wiederholt er bloss seine Ausführungen vor Vorinstanz, ihm sei lediglich der Fixlohn in Höhe von Fr. 6'810.– pro Monat, nicht aber ein allfälliger Bonus anzurechnen, wobei er erneut offen lässt, ob er weiterhin bei seiner bishe- rigen Arbeitgeberin tätig ist oder ob er eine neue Arbeitsstelle angetreten hat resp. antreten wird (vgl. Urk. 53 S. 5 f.). Soweit der Gesuchsgegner schliesslich geltend macht, wegen der Corona-Pandemie könne nicht davon ausgegangen werden, dass weiterhin Boni ausgerichtet würden (Urk. 53 S. 6), handelt es sich um eine blosser Mutmassung, zumal er nicht einmal ansatzweise darlegt, dass und inwie- fern seine Arbeitgeberin von der Corona-Pandemie konkret betroffen sein soll.

- 21 - Damit kommt er seiner Rüge- und Begründungsobliegenheit nicht nach, weshalb auch aus diesem Grund auf die Berufung nicht einzutreten wäre, soweit sie sich gegen die Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen richtet.

F. Gütertrennung 1. Die Vorinstanz gab die Voraussetzungen zur Anordnung der Gütertrennung zutreffend wieder, weshalb an dieser Stelle vorab auf die entsprechende Erwä- gung (Urk. 54 S. 44 f. E. 8.1) zu verweisen ist. Sie erwog, eine Gefährdung wirt- schaftlicher Interessen bei Beibehaltung des Güterstands sei weder dargetan noch ersichtlich. Es lägen keine konkreten Anhaltspunkte vor, dass die Parteien nicht mehr vernünftig miteinander wirtschaften könnten. Auch mache der Ge- suchsgegner weder finanzielle Risiken bei Fortsetzung der Errungenschaftsbetei- ligung noch wirtschaftliche Vorteile bei Anordnung von Gütertrennung geltend. Es seien daher keine Umstände ersichtlich, welche rechtfertigten, die Gütertrennung anzuordnen (Urk. 54 S. 45 f.). 2. Der Gesuchsgegner setzt sich mit dieser Begründung nicht auseinander, sondern bringt lediglich vor, obschon er Vorkehrungen getroffen habe, indem er der Gesuchstellerin die Vollmacht entzogen habe, habe diese Fr. 18'000.– "ent- wendet" (Urk. 53 S. 6 mit Verweis auf Urk. 56/2). Dabei handelt es sich allerdings um ein unbeachtliches neues Vorbringen, da die entsprechenden Überweisungen bereits am 26. März 2020 erfolgt waren (Urk. 56/2) und weder dargetan noch er- sichtlich ist, weshalb der Gesuchsgegner dies nicht bereits vor Vorinstanz hätte vorbringen können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO; vgl. oben Ziff. II/3). Die Rüge, die Vorinstanz habe zu Unrecht keine Gütertrennung angeordnet, erweist sich des- halb als unbegründet und die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

G. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie unentgeltliche Rechtspflege 1. Die Vorinstanz erwog, im Wesentlichen sei zwischen den Parteien die Obhut über die beiden Kinder strittig gewesen. Es habe zwar auch grosse Differenzen in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge gegeben, doch diese seien die Folge der unter- schiedlichen Anträge zur Obhut gewesen. Entsprechend der Praxis des Oberge-

- 22 - richts rechtfertige es sich daher, den Parteien die Gerichtskosten je zur Hälfte aufzuerlegen und keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Urk. 54 S. 46 f.). 2. Der Gesuchsgegner beantragt, die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und

Entschädigungsfolgen sei aufzuheben und es sei beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (einschliesslich Rechtsverbeiständung) zu gewähren. Die finanzielle Situation der Parteien habe sich durch das Getrenntleben signifikant verschlechtert und man habe auf den Notgroschen zurückgreifen müssen. Es fehlten die Mittel, um neben dem Unterhalt für sich und die Familie Prozesskosten finanzieren zu können. Überdies sei der Prozess keinesfalls aussichtslos (Urk. 53 S. 8 f.).

### **E. 3**

Der Gesuchsgegner verlangt somit die Aufhebung der vorinstanzlichen Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, begründet dies jedoch nicht und stellt auch keinen Antrag, welche konkrete Regelung zu treffen sei. Beides wäre jedoch notwendig gewesen, da die Sache spruchreif ist und die allfällige Gewährung der beantragten unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4) keinen Einfluss auf die Kostenverlegung im Verhältnis der Prozessparteien hat, welche ausschliesslich nach den Art. 106-109 ZPO vorzunehmen ist (BSK ZPO- Rüeegg/Rüeegg, Art. 122 N 1). Der Gesuchsgegner genügt somit seiner Begründungspflicht nicht, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist, soweit sie sich gegen die Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen richtet.

#### **E. 3.1**

Bei der Ausgestaltung des Besuchsrechts haben die Interessen der Eltern hinter denjenigen des Kindes zurückzustehen. Es geht nicht darum, einen gerechten Interessenausgleich zwischen den Eltern zu finden, sondern den elterlichen Kontakt mit dem Kind in dessen Interesse zu organisieren. Die Bedürfnisse eines Kleinkindes entsprechen nicht denjenigen eines Jugendlichen. Das Besuchsrecht unterliegt vielmehr der gleichen Dynamik wie die Beziehung, deren Ausdruck es ist, und bedarf daher auch differenzierter Regelungen. Besteht Streit über das Besuchsrecht, tendiert die Praxis in der Deutschschweiz bei Schulkindern zu zwei Wochenenden pro Monat und zwei bis drei Ferienwochen (BSK ZGB I- Schwenzer/Cottier, Art. 273 N 15 m.w.H.). Dem entspricht die vorinstanzliche Regelung des Besuchsrechts. Inwiefern sie dennoch nicht mit dem Kindeswohl vereinbar sein soll, ist weder dargetan noch ersichtlich.

#### **E. 3.2**

Bezüglich der beantragten Ausdehnung des Wochenendbesuchsrechts um eine zweite Übernachtung ist zunächst festzuhalten, dass der Gesuchsgegner dies nicht begründet. Insofern genügt er seiner Rügeobliegenheit nicht. Des Weiteren ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz ihr Ermessen verletzt haben könnte, indem sie den Beginn des Wochenendbesuchsrechts auf Samstagmorgen und nicht bereits auf Freitagabend festsetzte. Die vorinstanzliche Regelung erweist sich vielmehr als angemessen vor dem Hintergrund, dass die Kinder bis anhin nicht beim Gesuchsgegner übernachtet haben und dieser die von der Gesuchstellerin gebotene Möglichkeit, die Kinder jedes zweite Wochenende von Samstagmorgen bis Sonntagabend zu betreuen, demnach nicht ausgeschöpft hat (Urk. 40 S. 4 f. und Prot. I S. 16). Hinzu kommt, dass der Gesuchsgegner abgesprochene Betreuungszeiten offenbar nicht immer wahrgenommen hat (vgl. die diesbezüglichen, unbestritten gebliebenen Ausführungen der Gesuchstellerin in Urk. 40 S. 4 f.). Es ist nicht mit dem Wohl der Kinder vereinbar, dass sie sich für Besuche beim Vater bereit halten müssen, welche dann von diesem nicht oder nicht im vereinbarten Umfang wahrgenommen werden.

### **E. 3.3**

Zur beantragten Ausdehnung der Betreuung unter der Woche ist festzuhalten, dass eine solche faktisch zu einer alternierenden Obhut führte. Die entsprechenden Voraussetzungen sind indes – wie oben unter Abschnitt B dargelegt – nicht erfüllt. Der entsprechende Antrag ist daher mit Verweis auf diese Ausführungen ohne Weiteres abzuweisen.

### **E. 3.4**

Bezüglich der beantragten Erweiterung des Ferienbesuchsrechts um eine Woche ist zu bemerken, dass der Gesuchsgegner diesen Antrag wiederum nicht begründet und insofern seiner Rügeobliegenheit nicht nachkommt. Sodann ergeben sich auch aus den Akten keine Anhaltspunkte, welche Anlass gäben, von der vorinstanzlichen, gerichtsblichen Ferienbesuchsregelung abzuweichen.

### **E. 3.5**

Schliesslich begründete der Gesuchsgegner auch die beantragte Anpassung der Feiertagsregelung nicht. Des Weiteren ist auch nicht ersichtlich, inwiefern Gründe bestände, von der angeordneten gerichtsblichen Feiertagsregelung abzuweichen, weshalb diese zu bestätigen ist.

### **E. 3.6**

Zusammenfassend erweist sich die Berufung im Hinblick auf die vorinstanzliche Besuchsrechtsregelung in allen Punkten als unbegründet und ist entsprechend abzuweisen. D. Mediation 1. Der Gesuchsgegner beantragt, die Parteien seien zu einem Mediationsversuch aufzufordern, und begründet dies damit, dass sich eine Mediation empfehle, wenn sich bereits während des Trennungsverfahrens abzeichne, dass die Ausübung des Besuchsrechts Probleme bereiten werde (Urk. 53 S. 7). 2. Gemäss Art. 297 Abs. 2 ZPO können die Parteien vom Gericht zu einer Mediation aufgefordert werden. Die Mediation ist aber auch in diesem Bereich freiwillig und kann nicht verbindlich angeordnet werden (ZK ZPO-Schweighauser, Art. 297 N 11 mit Verweis auf BGer 5A\_72/2011 vom 22. Juni 2011, E. 3). Die Gesuchstellerin hatte sich bereits vor Vorinstanz klar gegen eine Mediation ausgesprochen (Prot. I S. 19). Bereits aus diesem Grund ist von einer entsprechenden Aufforderung abzusehen. Abgesehen davon ist weder dargetan noch ersicht-

- 19 - lich, weshalb trotz des Verlaufs der Vergleichsgespräche vor Vorinstanz dennoch Erfolgsaussichten für eine Mediation bestehen sollen. Schliesslich liesse sich eine mit einer gestützt auf Art. 297 Abs. 2 ZPO angeordneten Mediation einhergehende Sistierung des Verfahrens (Art. 214 Abs. 3 ZPO) nicht rechtfertigen, da das vorliegende Verfahren spruchreif ist. Der Antrag des Gesuchsgegners, die Parteien seien zu einem Mediationsversuch im Sinne von Art. 297 Abs. 2 ZPO aufzufordern, ist daher abzuweisen.

### **E. 4**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann vor oder nach Eintritt der Rechtshängigkeit gestellt werden (Art. 119 Abs. 1 ZPO). Das Gesuch ist bei derjenigen Instanz einzureichen, die das Verfahren führt und daher auch über das Gesuch entscheiden wird (ZK ZPO-Emmel, Art. 119 N 1). Dementsprechend ist die Gesuchstellung nach der Entscheideröffnung ausgeschlossen (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 119 N 8; vgl. auch OGer ZH PC180008 vom 19. April 2018, E. 4d; a.A. Wuffli, Die unentgeltliche

Rechtspflege in der Schweizerischen Zivil- prozessordnung, Diss. Zürich/St. Gallen 2015, S. 286 f.). Auf das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfah- ren ist nach dem Gesagten mangels Zuständigkeit nicht einzutreten.

- 23 - H. Fazit Zusammenfassend erweist sich die Berufung des Gesuchsgegners als of- fensichtlich unbegründet. Sie ist dementsprechend abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und der vorinstanzliche Entscheid ist – vorbehältlich der bereits in Rechtskraft erwachsenen Dispositivziffern – zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). IV. 1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1 und 6 Abs. 2 lit. b der Gebühren- verordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Kosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren sind keine Par- teientschädigungen zuzusprechen, dem Gesuchsgegner zufolge seines Unterlie- gens, der Gesuchstellerin mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 3 ZPO). 2. Der Gesuchsgegner beantragt sinngemäss die Gewährung der unentgeltli- chen Rechtspflege (einschliesslich Rechtsverbeiständung) auch für das zweit- instanzliche Verfahren (Urk. 53 S. 2 und S. 8 f.). Dieses Gesuch ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Es wird beschlossen:

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