

ZH_OBERGERICHT LE230021 vom 30. Juni 2023

ZH Obergericht, 2023-06-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE230021

FR: ZH_OBERGERICHT LE230021 du 30 juin 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LE230021 del 30 giugno 2023

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Söhne, C._____, geboren am tt.mm.2019, und D._____, geboren am tt.mm.2021. Seit dem 12. Juli 2022 standen sie sich vor Vorinstanz in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 1). Betreffend den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 42 E. I = Urk. 46 E. I). Die begründete Fassung des eingangs wiedergegebenen vorinstanzlichen Eheschutzurteils vom 20. Januar 2023 wurde den Parteien am 6. April 2023 zugestellt (Urk. 43/1-2).

- 8 -

E. 2

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den an-

- 9 - gefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). 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 Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer

4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.).

E. 2.1

Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden.

E. 2.2

Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.

E. 2.3

Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren die Zuteilung der elterlichen Sorge, das Besuchsrecht sowie die Kinderunterhaltsbeiträge. Der Unterhaltsstreit ist mit 40%, die übrigen Punkte mit 60% zu gewichten. Gemäss ständiger Praxis der entscheidenden Kammer sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf die Kinderbelange (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) – unabhängig vom Verfahrensausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten (vgl. ZR 84 Nr. 41). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge richten sich demgegenüber nach Obsiegen und Unterliegen. Nach dem Gesagten sind die Parteien mit Bezug auf die Zuteilung der elterlichen Sorge und die Regelung des Besuchsrechts je zur Hälfte als obsiegende Partei zu beachten. Mit Bezug auf die Unterhaltsbeiträge unterliegt der Gesuchsgegner vollumfänglich, wobei in Bezug auf die Feststellung bereits geleisteter Unterhaltsbeiträge der vorinstanzliche Entscheid nur marginal zu seinen Gunsten abgeändert wird. Gesamthaft ist damit von einem Obsiegen des Gesuchsgegners im Umfang von 30% auszugehen. Es rechtfertigt sich daher, dem Gesuchsgegner 7/10 und der Gesuchstellerin 3/10 der zweitinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen. Infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. E. IV.3.3 f.) sind die Gerichtskosten je einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts des Staates (Art. 123 ZPO).

- 30 -

E. 2.4

Die Parteientschädigung wird gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO vom Gericht nach den Tarifen gemäss Art. 96 ZPO zugesprochen und den Parteien in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO auferlegt. Die für die Bestimmung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'000.– festzusetzen und der Gesuchsgegner in Anbetracht des Verfahrensausgangs zu verpflichten, der Gesuchstellerin

eine auf 4/10 reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'200.– zu bezahlen. Antragsgemäss (vgl. Urk. 55 S. 2) ist ein Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7% respektive Fr. 92.40 zu addieren. Zufolge unentgeltlicher Rechtsverteidigung (E. IV.3.3 f.) ist die Parteientschädigung direkt der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin zuzusprechen (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 123 N 5, mit weiteren Hinweisen; BGer 4A_456/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 2.2; BGer 4A_458/2021 vom 27. Oktober 2021, E. 2.2).

E. 2.5

Der Gesuchsgegner vermag auch nichts zugunsten seiner Kommunikationswilligkeit und -fähigkeit in der Nachtrennungssituation abzuleiten, wenn er in den Rz. 21 f. seiner Berufungsschrift (Urk. 45) Ausführungen zur Aufgabenteilung der Parteien während des Zusammenlebens macht. So bestätigt er einerseits bloss, dass die Parteien – wie von der Gesuchstellerin bereits vor Vorinstanz angegeben (vgl. Urk. 22 S. 5) – eine klassische Rollenverteilung lebten. Andererseits bringt er vor, während seiner Arbeitslosigkeit vor Juni 2020 die Tage mit der Gesuchstellerin und C._____ verbracht und sich gemeinsam mit der Gesuchstellerin um den Jungen gekümmert zu haben, was von der Gesuchstellerin im Grundsatz vor Vorinstanz gar nicht in Abrede gestellt wurde (vgl. Urk. 22 S. 5).

E. 2.6

Der Gesuchsgegner moniert schliesslich, die Gesuchstellerin habe kein einziges Beispiel vorbringen können, bei welchem er sie in ihrer Entscheidungsfindung in Bezug auf die Kinder sabotiert oder gegen sie gearbeitet habe oder eine Entscheidung betreffend die Kinder nicht habe gefällt werden können (Urk. 45 Rz. 19). Im Lichte der monatelangen Abwesenheit des Gesuchsgegners und der nach wie vor inexistenten minimalsten konstruktiven Kommunikation zwischen den Parteien hinsichtlich der Kinderbelange liegt es auf der Hand, dass Aufgaben und Verantwortungen bei der Ausübung der elterlichen Sorge tatsächlich nicht zeitgerecht wahrgenommen werden oder Entscheidungen (beispielsweise die Gesundheit der Kinder betreffend) nicht mehr getroffen werden können, da die Zustimmung beider Elternteile notwendig ist (vgl. BK ZGB - Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 298 N 23). Auch dass der Gesuchsgegner nunmehr berufsungsweise angibt, mit der Ausstellung der von der Gesuchstellerin anlässlich der Hauptverhandlung vom 11. November 2022 (vgl. Prot. I S. 6) thematisierten Pässe für die Kinder einverstanden zu sein, ändert nichts daran, dass durch sein Verhalten während Monaten deren Ausstellung verunmöglicht wurde.

- 17 -

E. 2.7

Vor diesem Hintergrund erscheint die von der Vorinstanz angeordnete Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge für C._____ und D._____ an die Gesuchstellerin zur Wahrung des Kindeswohls nötig. Die Berufung ist insoweit abzuweisen und Dispositiv-Ziffer 4 (Sorgerechtszuteilung) zu bestätigen. Allerdings übersah die Vorinstanz, dass die Zuteilung der elterlichen Sorge an einen Elternteil im Rahmen eines Scheidungs- oder Eheschutzverfahrens (Art. 298 Abs. 1 ZGB) von der Entziehung der elterlichen Sorge gemäss Art. 311 ZGB zu unterscheiden ist. Sie hielt unter Hinweis auf BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 298 ZGB N 13, dafür, die Sorgerechtszuteilung an einen Elternteil setze voraus, dass Gründe vorliegen würden, die auch einen Sorgerechtsentzug nach Art. 311 ZGB rechtfertigten. Die genannten Autoren führen an der zitierten Stelle indes aus, dass zunächst Gründe zur alleinigen elterlichen Sorge führen müssten, die auch

einen Sorgerechtsentzug nach Art. 311 ZGB rechtfertigten. Das ist nicht das Gleiche. Der Sorgerechtsentzug nach Art. 311 ZGB stellt eine Kindeschutzmassnahme dar. Für ihn gelten andere Voraussetzungen bzw. höhere Anforderungen als für die Sorgerechtszuteilung nach Art. 298 ff. ZGB, für die auch ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit genügt, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt und von der Alleinzu- teilung eine Verbesserung erwartet werden kann (BGE 141 III 479 E. 4.6; 143 III 361 E. 7.4.1 ; vgl. auch BSK ZGB I-Schwenzer/Cottier, Art. 298 N 14). Die Vo- rinstanz hielt den Gesuchsgegner aufgrund seiner (mutmasslichen) Auslandab- wesenheit und Untätigkeit im Eheschutzverfahren zwar nicht für fähig, die elterli- che Sorge pflichtgemäss auszuüben, konstatierte bei ihm aber ebenso fehlende Kooperationsbereitschaft und gelangte (lediglich) zum Ergebnis, die alleinige el- terliche Sorge sei der Gesuchstellerin zuzuweisen, um das Wohl der Kinder zu gewährleisten (Urk. 42 S. 10). Demzufolge ist Dispositiv-Ziffer 3 des angefochte- nen Urteils (Sorgerechtsentzug) ersatzlos aufzuheben. B) Besuchsrecht 1. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe beantragen lassen, der Ge- suchsgegner sei berechtigt zu erklären, die beiden Söhne C._____ und D._____ im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts und in Absprache mit dem Beistand

- 18 - zu besuchen. Die Gesuchstellerin habe sinngemäss vorbringen lassen, dass die Kinder noch sehr klein und sich nicht gewohnt seien, längere Zeit alleine mit dem Gesuchsgegner zu verbringen. Besonders zu D._____ müsse zuerst eine Bezie- hung aufgebaut werden, da dieser erst "jährig" geworden und noch nie von sei- nem Vater betreut worden sei. Beim älteren Sohn C._____ würde die Situation etwas anders aussehen, da dieser zwar schon Zeit alleine mit dem Vater ver- bracht habe, aufgrund der Vorkommnisse zwischen den Parteien aber gewisse Vorbehalte gegenüber dem Vater zeige. Zudem hätten die Kinder ihren Vater seit fast fünf Monaten nicht mehr gesehen. Ferner habe der Gesuchsgegner der Ge- suchstellerin wiederholt angedroht, dass er ihr die Kinder wegnehmen würde. Ein begleitetes Besuchsrecht könne helfen, die nötige Vertrauensbasis zwischen den Kindern – aber auch der Gesuchstellerin – und dem Gesuchsgegner (wieder) zu schaffen. Weiter habe die Gesuchstellerin ausführen lassen, dass bereits vor der Trennung eine direkte Kommunikation mit dem Gesuchsgegner schwierig gewe- sen sei, weshalb es auch vor diesem Hintergrund als angezeigt erscheine, einen Beistand einzusetzen. Aufgrund der Obhutszuteilung von C._____ und D._____ an die Gesuchstellerin, so die Vorinstanz, sei dem Gesuchsgegner ein Besuchs- recht einzuräumen. Wie schon bei der Sorgerechts- und Obhutszuteilung erachte das Gericht die Ausführungen der Gesuchstellerin als glaubhaft und nachvollzieh- bar. Die Anordnung eines begleiteten Besuchsrechts bzw. die Bestellung eines Beistands stelle in der vorliegenden Konstellation eine geeignete Massnahme dar, um das Wohl von C._____ und D._____ zu gewährleisten und die Kommunikation der Parteien bei Fragen im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht zu verbessern. Um sicherzustellen, dass die Annäherung zwischen den Kindern und dem Ge- suchsgegner kindeswohlentsprechend verlaufe und der Aufbau einer entspre- chenden Vertrauensbasis gelinge, sollten die Kontakte durch eine ausgebildete Fachperson begleitet werden. Es erscheine dabei in einem ersten Schritt sinnvoll, den Kontakt der Kinder zum Vater wieder behutsam aufzubauen, weshalb die Be- suche im Moment zeitlich und in ihrer Regelmässigkeit zu beschränken seien. Der Gesuchsgegner sei deshalb für berechtigt zu erklären, sein Besuchsrecht am Samstag in den geraden Kalenderwochen jeweils für zwei Stunden, von 14.00 Uhr bis 16.00 Uhr, für fünf Monate im Rahmen eines begleiteten Besuchsrechts

- 19 - auszuüben. Danach sei er berechtigt, sein Besuchsrecht am Samstag in geraden Kalenderwochen jeweils für zwei Stunden, von 14.00 Uhr bis 16.00 Uhr, für weitere drei Monate teilbegleitet auszuüben. Eine Ausdehnung bzw. Beschränkung des obigen Besuchsrechts obliege alleine dem Beistand. Eine weitergehende Regelung obliege den Parteien selbst (Urk. 42 E. III.E.2 f.).

E. 3

Im Berufungsverfahren sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (und ohne Verzug vorgebracht werden; Art. 317 Abs. 1 ZPO). In Zivilprozessen, welche – wie vorliegend – Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten betreffen, gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Hier können die Parteien im Berufungsverfahren Noven vorbringen, selbst wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Die von den Parteien im

- 10 - Berufungsverfahren vorgebrachten neuen Behauptungen und Urkunden sind daher vorliegend zu berücksichtigen. III. A) Elterliche Sorge 1. Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin habe beantragen lassen, es sei ihr die alleinige elterliche Sorge über C._____ und D._____ zuzuteilen. Sie habe dies unter Verweis auf Art. 298 Abs. 1 ZGB sinngemäss damit begründen lassen, dass sich der Gesuchsgegner überhaupt nicht um die Kinder Sorge. Bereits während der Ehe habe sie sich ausschliesslich um sämtliche Kinderbelange gekümmert. Es entspreche wohl nicht seinem Rollenverständnis, dass ein Vater solche Aufgaben übernehme. Zudem habe der Gesuchsgegner die Kinder, mit wenigen Ausnahmen, nie alleine betreut. Auch während des Rayonverbotes habe er sich nicht um den Kontakt mit seinen Kindern bemüht. Ihr Gesuch um Verlängerung der Gewaltschutzmassnahmen habe sie sinngemäss und unter anderem damit begründet, dass der Gesuchsgegner mit den gemeinsamen Kindern schnell überfordert sei, diese regelmässig beschimpfe und generell grob mit ihnen umgehe. Weiter gebe es Grund zur Annahme, dass der Gesuchsgegner in der Türkei und deshalb nicht mehr erreichbar sei. Anlässlich der Hauptverhandlung habe die Gesuchstellerin bestätigt, dass der Gesuchsgegner ihr mehrmals kommuniziert habe, dass er nicht bzw. nur aus der Türkei zurückkehre, wenn er wieder Teil der Familie sein dürfe. Insbesondere die Kommunikation über alltägliche Kinderbelange, die unter Umständen das Einverständnis beider Parteien voraussetzen würde, sei daher massiv erschwert. Beispielfhaft habe sie an der Hauptverhandlung erwähnt, dass die Kinder momentan noch keine Pässe besäßen und habe in diesem Zusammenhang anmerken lassen, dass sie diese ohne die Zustimmung des Gesuchsgegners nicht anfordern könne. Die vorstehenden Ausführungen der Gesuchstellerin, so die Vorinstanz, erschienen glaubhaft und dürften somit als erstellt angesehen werden, da sie vom Gesuchsgegner unbestritten geblieben seien. Der Gesuchsgegner befinde sich momentan mutmasslich – gemäss Aussagen der Gesuchstellerin – in der Türkei. Wann und ob er wieder zu-

- 11 - rück in die Schweiz komme, sei ungewiss. Aus diesem Grund vertrete das Gericht die Ansicht, dass der Gesuchsgegner nicht in der Lage sei, die elterliche Sorge pflichtgemäss auszuüben. Die Untätigkeit des Gesuchsgegners im Rahmen des vorliegenden Eheschutzverfahrens – insbesondere sein unentschuldigtes Fernbleiben an der Hauptverhandlung – erachte das Gericht sodann als weiteres Indiz dafür, dass er um das Wohlergehen und die Erziehung von C._____ und D._____ nicht oder höchstens

oberflächlich bekümmert sei, wie dies seitens der Gesuchstellerin vorgebracht worden sei. Sein Verhalten werde vom Gericht überdies als Bestätigung dafür gewertet, dass er zurzeit auch im Zeichen des Kindeswohls kaum dazu bereit sei, mit der Gesuchstellerin zu kooperieren. Um das Wohl der Kinder zu gewährleisten, halte es das Gericht aufgrund der vorliegenden Umstände für angemessen und verhältnismässig, der Gesuchstellerin die alleinige elterliche Sorge zuzuweisen (Urk. 42 E. III.C.3 f.).

E. 3.1

Sowohl die Gesuchstellerin als auch der Gesuchsgegner ersuchen im Berufungsverfahren um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags von Fr. 5'000.–; eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 45 S. 3 und Urk. 55 S. 2).

E. 3.2

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbehagen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Ein Prozesskostenbeitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Als weitere Voraussetzung muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Kosten, die er zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006, E. 1.2 m.w.H.).

E. 3.3

Bei der Prüfung der prozessualen Bedürftigkeit (Mittellosigkeit) ist der sog. Effektivitätsgrundsatz zu beachten. Danach sind die tatsächlich vorhandenen Mit-

- 31 - tel (Einkommen und Vermögen) den tatsächlich anfallenden Lebenshaltungskosten gegenüberzustellen. Die Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens fällt damit ausser Betracht (OGer ZH LZ180029 vom 14.06.2019, E. IV.3.1; OGer ZH LE150010 vom 09.07.2015, E. IV.3.1; BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 8 f.). Aus den Kontoauszügen der Postfinance und der UBS (Urk. 49/5-6) ergeben sich seit der Rückkehr des Gesuchsgegners in die Schweiz in den Monaten Januar 2023 bis März 2023 – unter Berücksichtigung der seiner jedoch bestrittenen (vgl. Urk. 55 Rz. 47 f.) Darstellung nach nicht anrechenbaren Darlehen bzw. Gutschriften der Zürich Versicherungsgesellschaft darstellenden Zahlungseingänge von Fr. 6'270.02 (vgl. Urk. 45 Rz. 32) bzw. Fr. 1'919.74 (vgl. Urk. 45 Rz. 33) – Gutschriften von durchschnittlich monatlich rund Fr. 5'300.–. Nach Abzug seines im vorinstanzlichen Verfahren festgehaltenen reinen Existenzminimums von Fr. 2'834.– (Urk. 42 E. III.F.3.1) sowie der geschuldeten Unterhaltszahlungen an die Kinder (Fr. 1'053.– und Fr. 1'107.–; Urk. 42 Dispositiv-Ziffer 7) verbleibt ihm kein relevanter Überschuss, zumal den Zahlungseingängen wohl auch noch gewisse betriebliche Aufwendungen (vgl. Urk. 49/4) gegenübergestellt werden müssen. Ausserdem verfügt er – wie sich ebenfalls aus besagten Kontoauszügen der Postfinance und der UBS ergibt – über kein Vermögen, vielmehr hat er Schulden (vgl. Urk. 49/12-14). Damit ist seine Mittellosigkeit zu bejahen. Wie sich aus nachfolgender E. IV.3.4. ergibt, ist die Gesuchstellerin ebenfalls mittellos, weshalb der Antrag des Gesuchsgegners auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages abzuweisen ist. Die vom Gesuchsgegner im Berufungsverfahren gestellten Rechtsbehagen waren sodann nicht aussichtslos, und der rechtsunkundige Gesuchsgegner war für die sachgerechte Wahrung seiner Rechte vor

Berufungsinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für die un- entgeltliche Rechtspflege erfüllt und dem Gesuchsgegner ist für das Berufungsverfahren die von ihm beantragte Rechtsvertretung beizugeben.

E. 3.4

Wie ausgeführt (vgl. E. IV.3.3), verfügt der Gesuchsgegner nicht über finanzielle Mittel, um einen Prozesskostenbeitrag an die Gesuchstellerin zu leisten, weshalb ihr entsprechender Antrag abzuweisen ist. Die Vorinstanz gewährte der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 20. Januar 2023 (Urk. 36) die unentgeltliche Rechtspflege. Ihre finanzielle Situation hat sich in der Zwischenzeit nicht verbes-

- 32 - sert. Der Gesuchstellerin verbleibt nach Deckung ihres eigenen Bedarfs kein Überschuss, mit welchem sie ihre Anwaltskosten decken könnte (vgl. Urk. 57/9; Urk. 42 E. III.F.3.1). Sie bezieht denn auch aktenkundig Sozialhilfe (Urk. 57/10). Sodann weisen die im Recht liegenden Kontoauszüge der ZKB für die Monate März und April 2023 (Urk. 57/11) ein Minussaldo aus. Es bestehen zudem – wie bereits die Vorinstanz festgehalten hat (vgl. Urk. 42 E. III.F.3.1eb) – weitere Schulden gegenüber diversen Gläubigern. Damit ist die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin zu bejahen. Ihre Rechtsmittelanträge waren sodann nicht aussichtslos, und die rechtsunkundige Gesuchstellerin war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte vor Berufungsinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege erfüllt und der Gesuchstellerin ist für das Berufungsverfahren die von ihr beantragte Rechtsvertretung beizugeben. Es wird beschlossen:

E. 3.5

Der Gesuchsgegner verlangt mit seiner Berufung schliesslich die Anrechnung von bereits geleisteten Unterhaltszahlungen in der Höhe von Fr. 2'500.– (Urk. 45, Berufungsantrag 4). Werden rückwirkend Unterhaltsbeiträge festgesetzt, muss das Gericht berücksichtigen, was der ins Recht gefasste Unterhaltsschuldner schon geleistet hat. Die bereits erbrachten Leistungen müssen im Urteil beziffert werden oder sich zumindest in Verbindung mit der Begründung oder aus dem Verweis auf andere Dokumente klar ergeben, um die Vollstreckbarkeit des Unterhaltsanspruchs im Rahmen eines definitiven Rechtsöffnungsverfahrens zu gewährleisten (BSK ZGB I- Isenring/Kessler, Art. 173 N 11; BGE 135 III 315 E. 2.3; OGer ZH LY140051 vom 29.07.2015, E. III.D.1; OGer ZH LE200034 vom 28.10.2020, E. III.B.3.3).

- 28 - Belegt (vgl. Urk. 49/11 S. 1, 4 und 5) und anerkannt (vgl. Urk. 55 Rz. 51) sind Unterhaltszahlungen in der Höhe von Fr. 100.– (Überweisung vom 13. Juli 2022), Fr. 150.– (Überweisung vom 16. August 2022) und Fr. 250.– (Überweisung vom 23. August 2022), somit von insgesamt Fr. 500.–, welche vorliegend anzurechnen sind. Hinsichtlich der weiteren vom Gesuchsgegner geltend gemachten Überweisungen in der Höhe von Fr. 200.– (9. Juli 2022) und Fr. 1'800.– (13. Juli 2022; Urk. 45 Rz. 37) bestreitet die Gesuchstellerin, dass diese Unterhaltszahlungen darstellen. Sie stellt sich vielmehr auf den Standpunkt, es handle sich um zwei Teilrückzahlungen des Betrages von Fr. 2'000.–, welche der Gesuchsgegner am 3. Juli 2022 unberechtigterweise vom Konto abgehoben habe, um diesen Betrag für eigene Zwecke zu verwenden. Sie habe dies bereits anlässlich der polizeilichen Befragung vom 9. Juli 2022 angegeben und im Übrigen ergebe es sich aus der Mitteilung des Gesuchsgegners bei der Überweisung vom 13. Juli 2022, wo der Gesuchsgegner Folgendes vermerkt habe: "Ich habe 200 'gesicht'. Das rest geld" (Urk. 55 Rz. 51). Diese

Darstellung der Gesuchstellerin erscheint aufgrund des im Recht liegenden Protokolls der polizeilichen Befragung vom 7. Juli 2022 (Urk. 57/3 S. 2) und des Vermerks auf dem Überweisungsbeleg vom 13. Juli 2022 (Urk. 49/11 S. 3) glaubhaft. Entsprechend erfolgt in diesem Umfang keine Anrechnung an die vom Gesuchsgegner rückwirkend geschuldeten Unterhaltsbeiträge. IV. 1. Der vorinstanzliche Kostenentscheid wurde von den Parteien im Berufungsverfahren nicht thematisiert und erscheint weiterhin als angemessen und den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend (Art. 106 und 107 ZPO). Die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung, wonach die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen sind (Urk. 42 Dispositiv-Ziffer 10-11 und E. H; vgl. auch Urk. 35 Dispositiv-Ziffern 10-12), ist daher zu bestätigen.

- 29 -

E. 7

Juli 2022 (Urk. 4/1) angeordnete und in der Folge durch das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Dielsdorf mehrmals bis zum 9. April 2023 verlängerte Rayonverbot zu Lasten des Gesuchsgegners (auf dem Gebiet um den Wohn- respektive Arbeitsort der Gesuchstellerin und um die Kinderkrippe der gemeinsamen Kinder) und das Kontaktverbot gegenüber der Gesuchstellerin (und zwischenzeitlich den beiden Söhnen C._____ und D._____; Urk. 14; Urk. 16; Urk. 31). Dass der Gesuchsgegner mehrfach hiergegen verstossen hat, ist aktenkundig und ergibt sich insbesondere aus dem Strafbefehl vom 25. Januar 2023 (Urk. 57/5 S. 6) sowie im Übrigen auch aus den vom Gesuchsgegner im Berufungsverfahren neu eingereichten Überweisungsbelegen, woraus ebenfalls im Betreff Mitteilungen an die Gesuchstellerin hervorgehen (vgl. Urk. 49/11 S. 4). Eine Kommunikation hinsichtlich der Kinderbelage wäre dem Gesuchsgegner im Übrigen im Bedarfsfall über die Rechtsvertreter der Parteien durchaus offen gestanden. Ausdruck der bereits seit langem bestehenden intensiven Konflikte zwischen den Parteien ist sodann der Strafbefehl vom 25. Januar 2023, worin der Gesuchsgegner der Drohung gegen den Ehegatten während der Ehe oder bis zu einem Jahr nach der Scheidung im Sinne von Art. 180 Abs. 1 StGB in Verbindung mit Art. 180 Abs. 2 lit. a StGB, der versuchten einfachen Körperverletzung als Ehegatte während der Ehe/bis zu einem Jahr nach der Scheidung/Körperverletzung im Sinne von Art. 123 Ziffer 2 Abs. 4 StGB i.V.m. Art. 22 StGB, der wiederholten Tötlichkeiten an seiner Ehegattin während der Ehe/bis zu einem Jahr nach der Scheidung im Sinne von Art. 126 Abs. 2 lit. b StGB und des mehrfachen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen im Sinne von Art. 292 StGB für schuldig befunden

- 15 - wurde (Urk. 57/5). Dieser Schuldspruch betraf insbesondere auch Deliktszeitpunkte bereits anfangs Februar 2021 bzw. ca. Juni 2021 (vgl. Urk. 57/5 S. 5), mithin bereits rund eineinhalb Jahre vor der Trennung der Parteien im Juli 2022. Dass in casu von einem anhaltenden Konflikt und einer Kommunikationsunfähigkeit der Parteien ausgegangen werden muss, untermauern schliesslich die Begebenheiten der jüngsten Vergangenheit. Nach seiner Rückkehr aus der Türkei Ende Januar 2023 (vgl. Urk. 49/3) kontaktierte der Gesuchsgegner die Gesuchstellerin unbestrittenermassen täglich zwischen 10-20 mal telefonisch und erschien an ihrem ehemaligen Arbeitsort bzw. folgte ihr in den Aldi, um dort mit ihr zu sprechen (vgl. Urk. 57/7 E. 4.2). Dies führte dazu, dass die von der Gesuchstellerin beigezogene Kantonspolizei Zürich mit Verfügung vom 20. April 2023 (Urk. 57/6) erneut ein Kontaktverbot des Gesuchsgegners gegenüber der Gesuchstellerin

und den beiden Kindern C._____ und D._____ sowie ein Rayonverbot (auf dem Gebiet um den Wohnort der Gesuchstellerin und um die Kinderkrippe der gemeinsamen Kinder) verfügte, welches das Zwangsmassnahmengericht des Bezirksgerichts Dielsdorf mit Verfügung vom 3. Mai 2023 bis und mit 3. August 2023 verlängerte (Urk. 57/7). Trotz monatelanger Auslandabwesenheit des Gesuchsgegners und Geltung des Rayon- und Kontaktverbotes seit der Trennung der Parteien Anfang Juli 2022 kam es insofern zu keiner Verbesserung beziehungsweise Beruhigung der Situation zwischen den Parteien, weshalb von einem erheblichen und chronischen Konflikt auszugehen ist. Der Gesuchsgegner akzeptiert die Trennung von der Gesuchstellerin aktenkundig bis heute nicht und möchte sie nach eigenen Angaben zurückgewinnen (vgl. Urk. 57/7 E. 4.2); dass die Gesuchstellerin dies jedoch nicht möchte, kann er anscheinend nicht hinnehmen. Er handelte mehrfach gegen den klar erkennbaren Willen der Gesuchstellerin, sie nicht zu kontaktieren und sie in Ruhe zu lassen und versuchte, die Gesuchstellerin direkt und auch über Drittpersonen zu kontaktieren bzw. wollte die Drittpersonen dazu bewegen, die Gesuchstellerin dazu zu bringen, mit ihm zu reden (vgl. Urk. 57/7 E. 4.3). Es gelingt ihm insofern offensichtlich nach wie vor nicht, die Paarebene von der Elternebene zu unterscheiden und sich im Interesse der Kinder auf eine konstruktive, massvolle und auf Kinderbelange beschränkte Kommunikation mit der Gesuchstellerin zu beschränken. Sein übergriffiges, mehrfach auch straf-

- 16 - rechtlich relevantes Verhalten führt dazu, dass die Wiederaufnahme einer Kommunikation zur Absprache in Kinderbelangen verunmöglicht ist, womit auch keine gemeinsamen Entscheidungen betreffend die Kinder möglich sind. Damit liegt eine Gefährdung des Kindeswohls vor.

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