

# ZH\_OBERGERICHT LE230045 vom 1. Juli 2024

ZH Obergericht, 2024-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE230045](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE230045)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE230045 du 1 juillet 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT LE230045 del 1 luglio 2024

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012. Mit Eingabe vom 28. Januar 2023 machte die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) das vorliegende Eheschutzverfahren bei der Vorinstanz hängig (Urk. 1). Hinsichtlich der Prozessgeschichte vor Vorinstanz kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 77 E. I.2. = Urk. 86 E. I.2.). Dieses erging am 15. September 2023 (Urk. 86).

### E. 1.1

Nach Prüfung der bundesgerichtlichen Kriterien zur Obhutszuteilung kam die hiesige Kammer im Beschluss vom 30. November 2023 zum Schluss, dass es im Kindeswohl von D.\_\_\_\_\_ liegt, bei der Gesuchstellerin zu wohnen (Urk. 108 E. 2.3. ff.). Auf die diesbezüglichen Ausführungen kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden. Gemäss der Gesuchstellerin lebte sich D.\_\_\_\_\_ in ihrem neuen Zuhause mittlerweile gut ein (Urk. 110 Rz. 7 f. und Rz. 12). Nach ihrem Umzug per 1. Dezember 2023 nach F.\_\_\_\_\_ besuchte D.\_\_\_\_\_ bis April 2024 weiterhin die Schule an ihrem ehemaligen Wohnort und verbrachte die Mittagspausen mit C.\_\_\_\_\_ beim Gesuchsgegner (Urk. 110 Rz. 8 und Urk. 114 S. 2). Während der Schulzeit zeichnete der Gesuchsgegner für die Betreuung von D.\_\_\_\_\_ verantwortlich (Urk. 114 S. 2). Es wurde eine alternierende Obhut mit einem Betreuungsanteil von zwei Dritteln bei der Gesuchstellerin und einem Drittel beim Ge-

- 15 - suchsgegner gelebt (vgl. zur Ermittlung der Betreuungsanteilen bei Schulkindern BGer 5A\_117/2021 vom 9. März 2022, E. 4.4, und BGer 5A\_743/2017 vom 22. Mai 2019, E. 2.2). Im April 2024 wechselte D.\_\_\_\_\_ an die Schule in der Nähe ihres aktuellen Wohnortes, womit die Mittagspausen zusammen mit C.\_\_\_\_\_ beim Gesuchsgegner wegfielen (Urk. 119 S. 2 f.). Seit diesem Zeitpunkt steht D.\_\_\_\_\_ (faktisch) unter der alleinigen Obhut der Gesuchstellerin. Dank der gemeinsam beantragten Besuchs-, Ferien- und Feiertagsregelung der Parteien kann der Kontakt zwischen D.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sowie dem Gesuchsgegner weiterhin gepflegt und die gute Beziehung zwischen den Geschwistern aufrecht erhalten werden. In die sich nun nach der Trennungsphase der Parteien eingependelten und stabilisierten Verhältnisse ist nicht einzugreifen. Die alleinige Obhut der Gesuchstellerin wird dem Kindeswohl von D.\_\_\_\_\_ gerecht.

### E. 1.2

Die Zuteilung der alleinigen Obhut über C.\_\_\_\_\_ an den Gesuchsgegner ist beizubehalten; sie wurde einerseits nicht angefochten (Urk. 85 S. 2 ff.) und entspricht andererseits C.\_\_\_\_\_s Kindeswohl und Willen (Prot. S. 9). Die vereinbarten Betreuungsverantwortungen der Parteien erlauben es auch C.\_\_\_\_\_, regelmässig Zeit mit der Gesuchstellerin und

D.\_\_\_\_\_ zu verbringen. Zudem berücksichtigen sie C.\_\_\_\_\_s Wunsch, weiterhin mit dem Gesuchsgegner jeden Sonntag den Gottesdienst in der Kirche zu besuchen (Urk. 18 S. 5).

### **E. 1.3**

Nach dem Erwogenen erweist sich die Vereinbarung in Bezug auf die Obhutszuteilungen und Betreuungsregelungen als genehmigungsfähig. 2. Unterhalt

### **E. 2**

Dagegen erhob die Gesuchstellerin am 2. Oktober 2023 rechtzeitig (vgl. Art. 314 Abs. 1 ZPO und Urk. 79) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (Urk. 85). Mit Verfügung vom 4. Oktober 2023 wurde das Gesuch der Gesuchstellerin, ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 85 S. 4), abgewiesen (Urk. 89). Die Berufungsantwort erfolgte innert der mit Verfügung vom 31. Oktober 2023 angesetzten Frist (Urk. 90 f.). In der Berufungsantwort ersuchte der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner), der Gesuchstellerin superprovisorisch, eventualiter vorsorglich, für die Dauer des vorliegenden Verfahrens unter Androhung der Bestrafung nach Art. 292 StGB zu bieten, den Aufenthaltsort von D.\_\_\_\_\_ zu verlegen (Urk. 91 S. 2). Das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Massnahme wurde mit Verfügung vom 15. November 2023 abgewiesen. Gleichzeitig wurde der Gesuchstellerin Frist bis zum 22. November 2023 angesetzt, um zum provisorischen Massnahmebegehren Stellung zu nehmen (Urk. 94). In der Folge wurden C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ mit Beschluss vom 16. November 2023 zur Kinderanhörung auf den 22. November 2023 vorgeladen (Urk. 96). Mit Eingabe vom 17. November 2023 ersuchte Rechtsanwältin

- 10 - tin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ um Einsetzung als Kindsvertreterin von D.\_\_\_\_\_ (Urk. 97). Die Stellungnahme der Gesuchstellerin zum provisorischen Massnahmebegehren des Gesuchsgegners wurde fristgerecht am 20. November 2023 erstattet (Urk. 99). Die Gesuchstellerin erklärte sich mit der Einsetzung von Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ als Kindsvertreterin von D.\_\_\_\_\_ einverstanden und verzichtete auf eine schriftliche Stellungnahme (Urk. 102). Die Kinderanhörung konnte am 22. November 2023 durchgeführt werden (Prot. S. 6 ff.). Mit Verfügung vom 23. November 2023 wurde den Parteien eine kurze Frist eingeräumt, um sich zum Ergebnis der Kinderanhörung zu äussern. Dem Gesuchsgegner wurde zudem die Gelegenheit geboten, sich zur Einsetzung von Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ als Kindsvertreterin von D.\_\_\_\_\_ zu äussern und sein allgemeines Replikrecht zur gesuchstellerischen Stellungnahme vom 20. November 2023 (Urk. 99) auszuüben (Urk. 103). Nach Eingang der Stellungnahmen der Parteien (Urk. 104 f.) wurde mit Beschluss vom 30. November 2023 das vorsorgliche Massnahmebegehren des Gesuchsgegners vom 13. November 2023 abgewiesen, der Berufung wiedererwägungsweise bezüglich Dispositiv-Ziffern 2 bis 4 des vorinstanzlichen Urteils – bezüglich der Dispositivziffern 2 und 3 einzig in Bezug auf D.\_\_\_\_\_ – die aufschiebende Wirkung erteilt, der Gesuchstellerin erlaubt, mit D.\_\_\_\_\_ nach F.\_\_\_\_\_ umzuziehen und das Gesuch von Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ zur Bestellung als Kindsvertreterin von D.\_\_\_\_\_ einstweilen abgewiesen (Urk. 108). Es folgten weitere Eingaben der Parteien (Urk. 110 und Urk. 114). Nachdem sich die Parteien mit der Durchführung einer Vergleichsverhandlung einverstanden erklärt hatten (Urk. 117), wurden sie mit Schreiben vom 22. April 2024 zur Vergleichsverhandlung auf den 18. Juni 2024 vorgeladen (Urk. 118). Zur Vorbereitung der Vergleichsverhandlung legte der Gesuchsgegner in seiner Eingabe vom 17. Juni 2024 seine aktualisierte Beurteilung der finanziellen Situation der

Parteien dar (Urk. 119). Unter Mitwirkung der Gerichtsschreiberin (§ 133 Abs. 2 GOG) schlossen die Parteien nach ihrer vorläufigen Einschätzung der Sach- und Rechtslage anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 18. Juni 2024 folgende Vereinbarung (Prot. S. 17 f. und Urk. 122): "1. Die Parteien beantragen dem Gericht gemeinsam, die Dispositiv-Ziffern 2-4 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 15. September 2023 (EE230002-L) aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

- 11 - '2. Die Obhut über C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2009, wird dem Gesuchsgegner zugeteilt. Die Obhut über D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012, wird der Gesuchstellerin zugeteilt.

### **E. 2.1**

Bei gegebener Leistungsfähigkeit hat grundsätzlich derjenige Elternteil für den geldwerten Unterhalt des Kinds aufzukommen, der nicht die Obhut innehat und demzufolge vom gleichwertigen Naturalunterhalt weitestgehend entbunden ist. Von diesem Grundsatz kann und muss das Gericht jedoch ermessensweise abweichen, wenn der hauptbetreuende Elternteil leistungsfähiger ist als der andere (BGE 147 III 265 E. 8.1). Grundsätzlich hätte die Gesuchstellerin den gesamten Barunterhalt von C.\_\_\_\_\_ und der Gesuchgegner in der Phase I den Barunterhalt von D.\_\_\_\_\_ teilweise und ab Phase II vollumfänglich zu decken. Die Parteien wollen ihrer be-

- 16 - sonderen Situation, dass jeder Elternteil mit je einem ihrer gemeinsamen Kinder (hauptsächlich) zusammenwohnt, aber dahingehend Rechnung tragen, dass jeder grundsätzlich die in seinem Haushalt anfallenden Kinderkosten bezahlen solle (Urk. 85 Rz. 38 und Urk. 119 S. 4). Dies erweist sich als individuell passende Lösung und ist nicht zu beanstanden. Entsprechend der Kinderkostenverteilung ist die Kinderzulage von C.\_\_\_\_\_ im Haushalt des Gesuchsgegners und jene von D.\_\_\_\_\_ im Haushalt der Gesuchstellerin zu berücksichtigen. Da der Gesuchsgegner bis anhin die Rechnungen für die Gesundheitskosten (KVG, VVG und regelmässige ungedeckte Gesundheitskosten) von D.\_\_\_\_\_ beglich und sich hierzu bis 31. August 2024 verpflichtete, sind diese Kosten bis Phase II in seinem Haushalt einzusetzen. In der Phase I vermag die Gesuchstellerin mit ihrem Einkommen (Fr. 3'535.-) und der Kinderzulage von D.\_\_\_\_\_ (Fr. 200.-) die betriebsrechtlichen Existenzminima in ihrem Haushalt (Fr. 4'000.-) um Fr. 265.- nicht zu decken. Vom Einkommen des Gesuchsgegners (Fr. 4'453.-) und der Kinderzulage von C.\_\_\_\_\_ (Fr. 250.-) verbleiben nach Abzug der betriebsrechtlichen Existenzminima in seinem Haushalt (Fr. 4'529.-) noch Fr. 174.- (vgl. Urk. 121/1), die er an den Barunterhalt von D.\_\_\_\_\_ zu bezahlen hat. Bei D.\_\_\_\_\_ entsteht ein Manko von Fr. 91.-, das es festzuhalten gilt. Mit dem Einkommen der Gesuchstellerin (Fr. 3'535.- in Phase II und Fr. 3'681.- in Phase III), den Kinderzulagen von D.\_\_\_\_\_ (Fr. 250.-) und den Unterhaltsbeiträgen des Gesuchsgegners an den Unterhalt von D.\_\_\_\_\_ (Fr. 281.- in Phase II und Fr. 414.- in Phase III) können die Bedarfe im Haushalt der Gesuchstellerin in Phase II (Fr. 4'066.-) und III (Fr. 4'345.-) gedeckt werden (vgl. Urk. 121/2-3). Die im Haushalt des Gesuchsgegners verbleibenden geringen Überschüsse (Fr. 21.- in Phase II [Urk. 121/2] und Fr. 50.- in Phase III [Urk. 121/3]) sind diesem zu belassen, da er den Natural- und Barunterhalt von C.\_\_\_\_\_ vollumfänglich übernimmt.

### **E. 2.2**

Die getroffene Unterhaltsregelung erweist sich im Rahmen der vorzunehmenden summarischen Prüfung als angemessen und liegt im Kindeswohl, weshalb sie zu genehmigen ist.

- 17 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziffern 10 bis 12) blieben unangefochten (Urk. 85 S. 2 ff.) und sind zu bestätigen. 2. Die Entscheidgebür für das Berufungsverfahren ist unter Berücksichtigung des (super)provisorischen Massnahmebegehrens, der durchgeführten Kinderanhörung beider Kinder und der vergleichweisen Erledigung in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 2, § 5, § 6 Abs. 2 lit. b und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'000.– festzusetzen. Hinzu kommen die Dolmetscherkosten von Fr. 390.– (Art. 95 Abs. 2 lit. d ZPO und Urk. 123). Die Gerichtskosten sind den Parteien vereinbarungsgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen (Urk. 122 Ziff. 3). Zuzufolge des gegenseitigen Verzichts (Urk. 122 Ziff. 3) sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

### **E. 3**

Die Parteien ersuchen gegenseitig um einen Prozesskostenbeitrag bzw. -vorschuss und eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der unentgeltlichen Rechtsvertretung (Urk. 85 S. 4 und Urk. 91 S. 3).

#### **E. 3.1**

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Zu beachten ist, dass aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorgeht. Eine gesuchstellende Partei hat daher entweder auch einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach darauf verzichtet werden kann (BGer 5D\_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1 m.w.H.).

#### **E. 3.2**

Den Parteien verbleiben nach Deckung ihrer Bedarfe und ihrer Beteiligung am Barunterhalt von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ keine genügenden Einkünfte zur Tragung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens (vgl. E. II.2.1.). Beide verfügen über

- 18 - kein Vermögen, das über den ihnen zu belassenden Notgroschen hinausgeht (Prot. I S. 16 f., Urk. 14/3 S. 7, Urk. 14/10-15 und Urk. 40/5,). Die Mittellosigkeit der Parteien ist ausgewiesen. Das Verfahren erscheint für beide nicht aussichtslos, was sich nunmehr in der vermittelnden Vereinbarung (Urk. 122) widerspiegelt. Die Parteien sind zur Bewältigung des Prozesses auf anwaltliche Unterstützung angewiesen.

#### **E. 3.3**

Mangels Leistungsfähigkeit der Parteien sind ihre Gesuche um Prozesskostenbeitrag bzw. -vorschuss abzuweisen. Ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege sind hingegen gutzuheissen. Der Gesuchstellerin ist in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ und dem Gesuchsgegner in der Person von Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_ eine

unentgeltliche Rechtsverteidigung zu bestellen. Die Parteien sind auf ihre Nachzahlungspflicht nach Art. 123 Abs. 1 ZPO hinzuweisen.

#### **E. 3.4**

Mit Eingabe vom 18. Juni 2024 ersucht Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_ um wohlwollende Prüfung seiner Honorarnote in der Höhe von Fr. 8'994.05 (inkl. Fr. 242.90 für Auslagenpauschale zu 3 % und Fr. 655.15 Mehrwertsteuer; Urk. 124 f.). Das Honorar für den geltend gemachten Aufwand von Fr. 8'096.– erscheint gerade noch angemessen (§ 2, § 5, § 6 Abs. 3, § 11 Abs. 1 bis 3 und § 13 Abs. 1 bis 3 AnwGebV) und lässt sich anhand des Leistungsjournals (Urk. 125) plausibilisieren. Die Honorarnote weist indes keine spezifizierten, notwendigen Auslagen aus (vgl. § 22 Abs. 1 AnwGebV; Urk. 125). Eine generelle Auslagenpauschale von 3 % genügt den Substantiierungsanforderungen nicht (vgl. OGer ZH PC240004 vom 22.02.2024, E. 3.3.5.), weshalb lediglich der Zuschlag für die Mehrwertsteuer von Fr. 636.05 (Fr. 4'928.– x 7.7 % + Fr. 3'168.– x 8.1 %) hinzuzurechnen ist. Rechtsanwalt MLaw Y.\_\_\_\_\_ ist für seine Bemühungen im Berufungsverfahren mit Fr. 8'732.05 (inkl. Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Vorbehalten bleibt auch hier die Nachzahlungspflicht des Gesuchsgegners gemäss Art. 123 ZPO.

#### **E. 3.5**

Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ wird nach Vorlage ihrer Honorarnote mit separatem Beschluss für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin im Berufungsverfahren entschädigt werden.

- 19 - Es wird beschlossen:

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