

# ZH\_OBERGERICHT LZ190011 vom 31. Mai 2019

ZH Obergericht, 2019-05-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ190011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ190011)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ190011 du 31 mai 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ190011 del 31 maggio 2019

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind die unverheirateten Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016 (Urk. 5/3/3/3). Nachdem der Kläger und Berufungskläger (fortan Klä- ger) die Vaterschaft am 1. Februar 2016 anerkannt hatte (Urk. 5/3/5/8), schlossen die Parteien am 3. Mai 2016 unter Mitwirkung des Amtes für Jugend und Berufs- beratung einen Unterhaltsvertrag ab (Urk. 5/3/3/1). Anfang Mai 2017 machte die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) ein gerichtliches Verfahren auf Abänderung des Unterhalts und der Betreuungsregelung anhängig (Urk. 5/3/1 und 5/3/2). In jenem Verfahren schlossen die Parteien am 7. September 2017 un- ter Mitwirkung der Vorinstanz eine Vereinbarung hinsichtlich der elterlichen Sorge, der Obhut und des Besuchsrechts sowie der Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ ab (Urk. 5/3/14), welche mit Urteil vom 26. September 2017 genehmigt wurde (Urk. 5/3/15 = Urk. 5/2). Im April 2018 strebte der Kläger in einem weiteren Abän- derungsverfahren eine Reduktion seiner Unterhaltspflicht an (Urk. 5/1), wobei die Vorinstanz auf die Klage mit Verfügung vom 18. Juni 2018 mangels Zuständigkeit nicht eintrat, da kein Schlichtungsverfahren durchgeführt worden war (Urk. 5/10). Schliesslich erhob der Kläger am 26. September 2018 - nunmehr unter Einreichen der Klagebewilligung vom 28. August 2018 (Urk. 1) - bei der Vorinstanz erneut ei- ne Klage betreffend Abänderung der mit Urteil vom 26. September 2017 gericht- lich genehmigten Unterhaltsbeiträge und des Besuchsrechts (Urk. 1 und 2), wobei die Rechtshängigkeit gestützt auf Art. 63 Abs. 1 ZPO auf den 23. April 2018 zu- rückbezogen wurde (Urk. 36 S. 3). Zum weiteren erstinstanzlichen Prozessverlauf kann auf die Darstellung im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 36 S. 3f.).

### E. 2

Das Besuchsrecht von Ziff. 1.3 der Vereinbarung der Parteien vom 7. September 2017, genehmigt mit Urteil des hiesigen Gerichts vom 26. September 2017 (FK170010-C), wird aufgehoben und durch die folgende Fassung ersetzt:

- 3 - Der Kindsvater soll berechtigt sein, die Tochter jeden Sonntag von 9:00 Uhr bis 17:00 Uhr zu sich oder mit sich auf eigene Kosten auf Besuch zu nehmen. Ab Eintritt der Tochter in den Kindergarten soll der Beklagte berechtigt sein, die Tochter jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend zu sich oder mit sich auf eigene Kos- ten sowie für zwei Wochen während der Schulferien auf Besuch zu nehmen. Das Ferienbe- suchsrecht ist drei Monate im Voraus abzusprechen. Ein weitergehendes Besuchsrecht des Beklagten nach gegenseitiger Absprache bleibt vorbe- halten.

### E. 2.1

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine un- richtige 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 angefochtenen 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 anführt, 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, - 5 - E. 3.2; 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.H.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 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).

## **E. 2.2**

Die Vorinstanz erwog hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge zusammenfasst, der Kläger habe sich durch Zustimmung zur Vereinbarung vom 7. September 2017 verpflichtet, innert einer Übergangsfrist von sechs Monaten sein Einkommen zu erhöhen und seine Wohnkosten zu reduzieren. Der Kläger vermöge indessen nicht genügend darzulegen und zu belegen, dass er sich ernsthaft um eine Aufstockung seines Pensums bei seinem Arbeitgeber bemüht habe. Ernsthaft, qualitativ gute Bewerbungen auf tatsächlich in Frage kommende Stellen lege der Kläger ebenfalls keine vor. Auch hinsichtlich der Wohnungssuche habe der Kläger keine ernsthaften Suchbemühungen belegen können. Er habe sich daher ungenügend um eine Verbesserung seines Einkommens und um eine Reduktion seiner Wohnkosten bemüht. Eine Veränderung in den Lebensumständen, welche die Annahme vom September 2017, er würde eine Stelle mit einem vollen Pensum und eine günstigere Wohnung finden, als unhaltbar erscheinen liesse, mache der Kläger nicht geltend und sei auch nicht ersichtlich. Ungenügende Bemühungen - so die Vorinstanz weiter - gingen indessen zu Lasten des Klägers und rechtfertigten keine Abänderung der Unterhaltsbeiträge (Urk. 36 S. 6f.).

## **E. 3**

Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 3'000.- ; die weiteren Auslagen betragen: Fr. 450.- Dolmetscherkosten Fr. 65.- Kosten des Schlichtungsverfahrens (bereits bezogen) Fr. 3'515.- Total

### **E. 3.1**

Soweit der Kläger in seiner Berufungsschrift lediglich seine eigenen bereits vor Vorinstanz vorgebrachten Standpunkte wiederholt (er sei der deutschen Sprache nicht genügend mächtig, er suche seit Monaten eine neue Wohnung, er schicke zweimal wöchentlich eine Bewerbung weg und sei stets bemüht um eine

- 6 - neue Stelle, er könne mit seinem aktuellen Einkommen die geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht leisten etc.), ohne sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen dazu auseinanderzusetzen (Urk. 35 S. 1 und S. 3), kommt er den formellen Begründungsanforderungen an eine Berufungsschrift nicht nach. Insoweit ist auf die Berufung des Klägers nicht einzutreten.

### **E. 3.2**

Weiter bringt der Kläger vor, die Vorinstanz habe falsch kalkuliert und angenommen, dass er einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'595.– pro Monat bezahlen könne (Urk. 35 S. 2). Dies trifft indessen nicht zu; vielmehr ging die Vorinstanz wie bereits ausgeführt davon aus, dass der Kläger sich nicht genügend darum bemüht habe, ein höheres Einkommen zu erzielen und eine günstigere Wohnung zu finden. Sie stellte daher fest, dass kein Abänderungsgrund vorliege, sondern dem Kläger weiterhin ein hypothetisches (nämlich höheres als das tatsächlich erzielte) Einkommen und ein hypothetischer (nämlich tieferer als der tatsächliche) Bedarf anzurechnen sei (Urk. 36 S. 6f.). Diesbezüglich ist die Berufung des Klägers abzuweisen.

### **E. 4**

Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

#### **E. 4.1**

Hinsichtlich des Besuchsrechts macht der Kläger geltend, dass C.\_\_\_\_\_ momentan an zwei Wochenenden pro Monat zu ihm komme. Sie wolle jeweils nicht zur Beklagten zurückkehren, "weil die Mutter macht mit de[r] Grossmutter des Kindes andauernd Streik". Er möchte daher, dass das Besuchsrecht auf vier Wochenenden pro Monat ausgedehnt werde (Urk. 35 S. 3).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz erweiterte im angefochtenen Entscheid das Besuchsrecht des Klägers auf jeden Sonntag von 9.00 Uhr bis 17.00 Uhr sowie ab Kindergartenentritt von C.\_\_\_\_\_ auf jedes zweite Wochenende von Freitagabend bis Sonntagabend und gewährte dem Kläger ab jenem Zeitpunkt ein Ferienbesuchsrecht von zwei Wochen pro Jahr. Ferner hielt die Vorinstanz fest, dass ein weitergehendes Besuchsrecht der gegenseitigen Absprache der Parteien vorbehalten bleibe (Urk. 36 S. 11, Dispositiv-Ziffer 2). Sie erwog zur Abänderung des Besuchsrechts, dass Übernachtungen beim nicht obhutsberechtigten Elternteil vor dem Kindergartenalter unüblich seien und vorliegend kein Grund ersichtlich sei, um von dieser Praxis abzuweichen. Das von der Beklagten beantragte Besuchs-

- 7 - recht an jedem Sonntag sei von ihr nachvollziehbar begründet worden und erscheine der vorliegenden Situation als angemessen (Urk. 36 S. 8f.).

#### **E. 4.3**

Zum Einen legt der Kläger nicht dar, was er unter einem Besuchsrecht an jedem Wochenende genau versteht. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sein Berufungsantrag überhaupt genügend ist, zumal die Vorinstanz dem Kläger ein Besuchsrecht an jedem Sonntag, und damit viermal pro Monat einräumt. Die Behauptung des Klägers, wonach er seine Tochter nun jedes zweite Wochenende sehe (Urk. 35 S. 3), stimmt damit nicht mit den im angefochtenen Urteil festgelegten Anordnungen überein. Der Kläger äussert sich nicht, inwieweit er ein darüber hinausgehendes Besuchsrecht verlangt. Damit stellt er keine Ansprüche, welche präzise zum Ausdruck bringen, wie genau die Kammer entscheiden soll (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 34). Zum Andern kommt der Kläger auch seiner Begründungspflicht nicht nach, da er nicht darlegt, weshalb konkret Gründe vorliegen, welche es rechtfertigen würden, von der gerichtlichen Praxis, vor Eintritt ins Kindergartenalter von Übernachtungen beim besuchsberechtigten Elternteil abzusehen, abzuweichen. Seine Aussage, die Beklagte mache mit der Grossmutter zusammen "Streik" (Urk. 35 S. 3), ist sodann nicht verständlich. Insgesamt ist daher hinsichtlich des Besuchsrechts auf die Berufung des Klägers nicht einzutreten. 5. Die Ergänzung der Berufungsbegründung vom 22. Mai 2019 erfolgte erst nach Ablauf der Berufungsfrist (Urk. 39). Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 142 III 413 E. 2.2. mit weiteren Hinweisen; BGE 138 III 625 E. 2.1 und 2.2.). Da der Kläger nicht darlegt, weshalb er seine ergänzenden Ausführungen gemäss Eingabe vom 22. Mai 2019 nicht bereits während der Berufungsfrist vorbringen konnte, sind diese, soweit es sich nicht ohnehin um Wiederholungen handelt, verspätet und damit unzulässig. Es ist da-

- 8 - rauf - abgesehen vom Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters (Urk. 39 S. 2; vgl. dazu Erw. III.1. unten) - nicht mehr näher einzugehen. 6. Zusammengefasst erweist sich die Berufung des Klägers als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. III. 1. In der Ergänzung der Berufungsschrift ersucht der Kläger um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ (Urk. 39 S. 2). Wie bereits ausgeführt, kann die Berufungsschrift nach Ablauf der Berufungsfrist nicht mehr ergänzt werden (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Weitere Ausführungen zum Sachverhalt oder zur rechtlichen Würdigung könnte daher auch ein Rechtsvertreter des Klägers nicht mehr vorbringen. Da sodann keine weiteren prozessualen Vorkehrungen mehr zu treffen sind, sondern das Berufungsverfahren mit dem vorliegenden Urteil abgeschlossen wird, benötigt der Kläger im vorliegenden Prozess keinen unentgeltlichen Rechtsbeistand mehr. Sein Gesuch ist daher abzuweisen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). 2. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens (§ 12 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG) dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellt der Kläger auch mit der Ergänzung der Berufungsschrift vom 22. Mai 2019 nicht (Urk. 39 S. 2). Ein solches wäre aber infolge Aussichtslosigkeit der Berufung ohnehin abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Beklagten für das Rechtsmittelverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen. Es wird beschlossen:

## **E. 5**

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 4'150.– zu bezahlen. Da diese Parteientschädigung vom Kläger voraussichtlich nicht erhältlich sein wird, wird sie der unentgeltlichen Rechtsbeiständin der Beklagten, lic. iur. X.\_\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse bezahlt. Die Forderung geht auf die Gerichtskasse über. Die Nachforderung gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

## **E. 6**

... (Schriftliche Mitteilung)

## **E. 7**

... (Berufung) 3. Gegen dieses Urteil erhob der Kläger mit Eingaben vom 1. und 4. April 2019, zur Post gegeben am 4. April 2019, innert Frist (Urk. 34) Berufung (Urk. 35). Sinn gemäss beantragt er die Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge rückwirkend per 1. April 2018 auf Fr. 680.– monatlich und eine Ausdehnung des Besuchsrechts für seine Tochter auf vier Wochenenden pro Monat (Urk. 35 S. 3).

- 4 - Mit Eingabe vom 22. Mai 2019, gleichentags zur Post gegeben, ergänzte der Kläger seine Berufungsschrift und stellte zugleich ein Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_ (Urk. 39 S. 2). 4. Da sich die Berufung als offensichtlich unbegründet bzw. als unzulässig erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). II. 1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 des vorinstanzlichen Urteils blieben unangefochten. In diesem Umfang ist das vorinstanzliche Urteil am 5. April 2019 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 34). Dies ist vorzumerken.

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