

ZH_OBERGERICHT LZ200006 vom 18. Mai 2020

ZH Obergericht, 2020-05-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ200006

FR: ZH_OBERGERICHT LZ200006 du 18 mai 2020

IT: ZH_OBERGERICHT LZ200006 del 18 maggio 2020

Erwägungen

E. 1

Der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) und die Verfahrens- beteiligte und Berufungsklägerin 2 (fortan Verfahrensbeteiligte) sind die unverheirateten Eltern der Klägerin und Berufungsklägerin 1 (fortan Klägerin), geb. am tt.mm 2008. Mit Eingabe vom 12. März 2019 reichte die Klägerin vor Vorinstanz eine Klage auf Unterhalt und Regelung des persönlichen Verkehrs ein (Urk. 2). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 77 E. 1 = Urk. 86 E. 1). Hervorzuheben ist, dass die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung vom 12. September 2019 eine Vereinbarung schlossen (Urk. 27). Nach durchgeführter Kinderanhörung der Klägerin (vgl. Prot. I S. 26 ff.) beantragten die Klägerin bzw. die Verfahrensbeteiligte, damals noch vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X2._____, mit Eingabe vom 30. Oktober 2019 (Urk. 38) die Nichtgenehmigung der Ziffern 1.2 und 2 der Vereinbarung vom 12. September 2019, während der Beklagte mit Eingabe vom 31. Oktober 2019 (Urk. 40) um Genehmigung der Vereinbarung ersuchte. Am 28. November 2019 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene, zunächst unbegründete Urteil (Urk. 52). Die begründete Fassung des Ent-

- 8 - scheidendes (Urk. 77 = Urk. 86) wurde den Parteien am 21. Januar 2020 zugestellt (vgl. Urk. 79).

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 angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genann-

- 9 - ten 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, 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

Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 und § 5 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– angemessen.

E. 2.2

Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 ZPO), wobei nach Praxis der entscheidenden Kammer in Verfahren der vorliegenden Art Kindern keine Prozesskosten auferlegt werden (vgl. OGer ZH LZ190022 vom 20.11.2019, E. D.2). Die Verfahrensbeteiligte unterliegt vollumfänglich, weshalb ihr die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 2.3

Als Folge der Kostenverteilung hat die Verfahrensbeteiligte den Beklagten für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 2, § 5 Abs. 1, § 11

- 16 - Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom

E. 3

Die Verfahrensbeteiligte macht im Berufungsverfahren neu geltend, die Situation habe sich in den vergangenen vier Monaten verschärft. Das Verhältnis der Klägerin zum Beklagten habe sich merklich verschlechtert. Die Klägerin sehe den Beklagten ab und zu noch, habe aber seit drei Monaten nicht mehr bei ihm übernachtet (Urk. 85 Rz. 17). Die Verfahrensbeteiligte beschränkt sich auf dieses unsubstantiierte Vorbringen und unterlässt es konkret darzutun, aus welchen Gründen sich die Beziehung der Klägerin zum Beklagten nunmehr in eine negative Richtung entwickelt haben und es zu einer massiven Reduktion der Kontakte gekommen sein soll. Gründe dafür sind denn auch nicht ersichtlich. Die Verfahrensbeteiligte selbst hob nämlich während des gesamten vorinstanzlichen Verfahrens stets die guten Vaterqualitäten des Beklagten hervor (vgl. Urk. 2 S. 6; Urk. 24 S. 4; Prot. I S. 6) und führte auch noch an der Hauptverhandlung vom 12. September 2019 - wie im Übrigen auch der Beklagte (Prot. I S. 15) - aus, die Beziehung der Klägerin zum Beklagten sei sehr gut (Prot. I S. 21). Die im Schreiben von lic. phil. Z. _____ vom 15.

Januar 2020 (Urk. 89/17) - auf das die Verfahrensbeeteiligte in Rz. 18 ihrer Berufungsschrift (Urk. 85) verweist - wiedergegebenen Vorwürfe der Klägerin an die Adresse des Beklagten, wonach sie sich von ihm kontrolliert fühle und nicht mehr zu ihm gehen wolle, u.a. weil er sie an den Ohren ziehe und sie am Arm festhalte, wenn sie nicht mache, was er von ihr verlange, wurden vom Beklagten - unter Hinweis auf eine entsprechende Beeinflussung der Klägerin durch die Verfahrensbeeteiligte - in Abrede gestellt (vgl. Urk. 95 Rz. 17.1). Es fällt sodann auf, dahingehend ist mit dem Beklagten einig zu gehen, dass vor Vorinstanz weder von

- 13 - der Verfahrensbeeteiligten noch von der Klägerin (im Rahmen der nur knapp drei Monate zuvor erfolgten Kinderanhörung vom 23. Oktober 2019) derartige Vorhaltungen gemacht wurden. Gegenüber den in diesem Schreiben festgehaltenen Ausführungen der Klägerin sind ohnehin Vorbehalte angebracht. Nicht nur geht aus dem Schreiben hervor, dass es auf Wunsch der Verfahrensbeeteiligten zu Beweiszwecken ("z.H. der Polizei") erstellt wurde; auch war die Verfahrensbeeteiligte bei der entsprechenden Konsultation der Klägerin bei lic. phil. Z. _____ zugezogen, weshalb offen bleibt, inwieweit sich die Klägerin frei äusserte. Das Schreiben wurde zudem kurz nachdem den Parteien das unbegründete vorinstanzliche Urteil vom 28. November 2019 zugestellt (vgl. Urk. 53) und eine Begründung des Entscheides (vgl. Urk. 59) verlangt worden war, in Auftrag gegeben. Die im Schreiben von lic. phil. Z. _____ aufgeführte Äusserung der Klägerin, sie sei vor der Urteilsverkündung nicht angehört worden, widerspricht im Übrigen schlicht den Tatsachen, fand die Kinderanhörung doch bereits am 23. Oktober 2019 statt (vgl. Prot. I S. 26 ff.). Ausgeschlossen werden kann im Übrigen auch nicht, dass es sich bei solchen starken Willensbekundungen der Klägerin gegenüber Dritten bloss um sich aus Emotionen heraus ergebende momentane Empfindungen handelt. So äusserte sich die Klägerin, wie aus der Verfügung des Kommunalen Polizeikorps des Kantons Zürich vom 29. August 2019 (Urk. 32 S. 3) hervorgeht, bereits am 15. August 2019 gegenüber den involvierten Polizisten dahingehend, dass sie auf keinen Fall beim Beklagten bleiben wolle. Gleichwohl ergibt sich aus der ausführlichen Kinderanhörung vom 23. Oktober 2019 (Prot. I S. 26 ff.) eindeutig ihr ungetrübtes Verhältnis zum Beklagten und ihr Bedürfnis, viel Zeit mit ihm verbringen zu können.

E. 3.1

Die Verfahrensbeeteiligte ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren (Urk. 85 S. 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). 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). Da der Rechtsstandpunkt der Verfahrensbeeteiligten als aussichtslos zu qualifizieren ist (vgl. vorstehende E. III) ist ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

E. 3.2

Der Beklagte erneuert für das Berufungsverfahren ebenfalls sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistand (Urk. 95 S. 2). Die Gerichtskosten des vorliegenden Verfahrens werden vollumfänglich der Verfahrensbeeteiligten auferlegt.

Sodann wird die Verfahrensbeteiligte verpflichtet, dem Beklagten eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. vorstehend

- 17 - E. IV.2.3). Damit ist das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos und abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Unter Hinweis auf Art. 122 Abs. 2 ZPO ist sein Gesuch um Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin trotz zugesprochener voller Parteientschädigung zu behandeln (vgl. BGer 5A_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2; OGer ZH RT150116 vom 11.11.2015, E. II.C.2). Angesichts seiner - nach wie vor bestehenden (vgl. Urk. 13) - Mittellosigkeit (vgl. Urk. 97/1-4) und der fehlenden Aussichtlosigkeit seiner Begehren und des Umstandes, dass nicht gesagt werden kann, die anwaltliche Vertretung sei zur Wahrung seiner Rechte nicht notwendig gewesen, zumal auch die Gegenseite anwaltlich vertreten ist, ist dem Beklagten auch für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Es wird beschlossen:

E. 4

Vor diesem Hintergrund ist auch nicht ersichtlich, was im Rahmen einer - von der Verfahrensbeteiligten in Rz. 21 der Berufungsschrift (Urk. 85) thematisierten - erneuten Anhörung der Klägerin im jetzigen Verfahrensstadium an zusätzlichen Erkenntnissen zu gewinnen wäre, zumal eine inquisitorische Befragung bei der Kinderanhörung nicht am Platz ist und diese im Grundsatz nur dann wiederholt durchgeführt werden sollte, wenn es unumgänglich erscheint (vgl. BGE 134 III 88 E. 4; BGE 133 III 553 E. 4). Mit derselben Begründung ist auch von der Einholung eines kinderpsychologischen Gutachtens abzusehen.

- 14 -

E. 5

Eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Urteils (vgl. E. II.2) lässt die Verfahrensbeteiligte auch vermessen, wenn sie in Rz. 23 f. der Berufungsschrift (Urk. 85) erneut ihre aktuellen Arbeitszeiten vorträgt und auf deren Abänderbarkeit sowie auf das Angebot des Mittagstisches für die Klägerin hinweist (vgl. Urk. 2 S. 4 f.; Urk. 24 S. 2; Prot. I S. 21 f.). Genau damit hat sich die Vorinstanz nämlich befasst und ist zum Ergebnis gelangt, dass die von der Verfahrensbeteiligten begehrte Zuteilung der alleinigigen Obhut nicht dem Kindeswohl entspreche und nicht angeordnet werden könne. Insbesondere, so die Vorinstanz, lasse sich eine alleinige Obhut nicht mit dem Arbeitspensum der Verfahrensbeteiligten von rund 80% (50% bei D. _____ zzgl. 12-16 Stunden pro Woche bei E. _____) vereinbaren, zumal die Arbeitstätigkeit nicht nur die Mittagszeiten, sondern auch Randstunden am Morgen (04:00 Uhr bis 08:00 Uhr) und Abend (18:00 Uhr bis 21:00 Uhr) betreffe, bei welchen eine Fremdbetreuung nicht möglich oder zumindest nicht dem Kindeswohl entsprechend erscheine. Auch seien keine Gründe ersichtlich, welche es mit dem Kindeswohl vereinbaren liessen, dass die Klägerin aus der bisher gelebten und stabilen wechselnden Betreuung gerissen und einer alleinigen Obhut zugeführt werde (Urk. 77 E. 3.12). Damit hat es sein Bewenden.

E. 6

Nach dem Gesagten erweisen sich die Vorbringen in der Berufung hinsichtlich der Betreuungsregelung als unbegründet. Demzufolge ist auch auf den Antrag der Verfahrensbeteiligten, der Beklagte habe ihr als Obhutsinhaberin die Kinderrente von Fr.

1'119.- zu überweisen (Urk. 85 Berufungsantrag 4, Rz. 25), nicht weiter einzugehen. Da der Berufung ohnehin kein Erfolg beschieden ist, kann offen bleiben, ob Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ im Berufungsverfahren auch die Klägerin rechtmässig in den weiteren Kinderbelangen (Obhut- respektive Betreuungsregelung) vertreten kann. Es bleibt darauf hinzuweisen, dass der in Rz. 21 der Berufungsschrift (Urk. 95) erhobene Einwand des Beklagten, wonach Rechtsanwalt lic. iur. X1._____ aufgrund der offenkundigen Interessenkollision zwischen den Interessen der Klägerin und der Verfahrensbeteiligten bezüglich der Betreuung nicht beide vertreten könne, nicht von der Hand gewiesen werden kann (vgl. Art. 306 Abs.

- 15 - 2 und 3 ZGB; Zogg, Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange - verfahrensrechtliche Fragen, in: FamPra.ch 2019, S. 27 f.; OGer ZH RU180014 vom 29. Mai 2018, E. 2.4 f.). Der in Rz. 11 der Berufungsschrift (Urk. 85) zitierte Entscheid des Bundesgerichtes (BGE 145 III 393) erweist sich für diese Fragestellung im Übrigen als nicht einschlägig, da darin die Interessenkollision in einem reinen Unterhaltsprozess besprochen wird. Allerdings wird diesem Umstand bei der Kostentragung Rechnung zu tragen sein.

E. 7

Die Berufung ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist, und Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Urteils ist, soweit nicht in Rechtskraft erwachsen, zu bestätigen. IV. 1. Ausgangsgemäss ist auch die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen (Urk. 77, Dispositiv-Ziffern 3-5).

E. 8

September 2010 [AnwGebV] ist die Verfahrensbeteiligte zu verpflichten, dem Beklagten eine volle Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu bezahlen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist ein Mehrwertsteuerzusatz von 7.7%, Fr. 154.-, geschuldet (vgl. Urk. 95 S. 2). Die Parteientschädigung ist voraussichtlich uneinbringlich. Zwar prozessiert die Verfahrensbeteiligte vorliegend wegen Aussichtslosigkeit nicht im Armenrecht (vgl. sogleich nachfolgend E. IV.3.1), ihr wurde jedoch im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (Urk. 52, Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung) und aufgrund der im Berufungsverfahren ins Recht gelegten Unterlagen (vgl. insb. Urk. 89/3-9) ist erstellt, dass sich ihre finanziellen Verhältnisse nicht verbessert haben. Deshalb ist die Parteientschädigung der Rechtsvertreterin des Beklagten aus der Gerichtskasse zu bezahlen, unter Legalzession des Anspruchs gegenüber der Verfahrensbeteiligten auf den Kanton (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO).

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