

# ZH\_OBERGERICHT LZ200027 vom 8. Januar 2021

ZH Obergericht, 2021-01-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ200027](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ200027)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ200027 du 8 janvier 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ200027 del 8 gennaio 2021

## Erwägungen

### E. 1

Die Klägerin 2 und Berufungsbeklagte 2 (fortan: Klägerin 2) einerseits und der Beklagte und Berufungskläger (fortan: Beklagter) andererseits sind die unverheirateten Eltern des Klägers 1 und Berufungsbeklagten 1 (fortan: Kläger 1). Mit Eingabe vom 15. August 2019 reichte der Kläger 1 bei der Vorinstanz eine Vaterschafts- und Unterhaltsklage ein (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf vor erster Instanz kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 100 S. 3-5 = Urk. 108 S. 3-5). Das das erstinstanzliche Verfahren abschliessende Urteil der Vorinstanz datiert vom 8. Mai 2020 (Urk. 108).

### E. 2

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis über die Streit Sache, d.h. 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 Berufungsbe-

- 10 - gründung (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 (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A\_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3). Dies setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, sich mit diesen argumentativ 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\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Das vorinstanzliche Verfahren wird nicht einfach fortgeführt oder gar wiederholt, sondern der Entscheid des Erstgerichts aufgrund von erhobenen Beanstandungen überprüft. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz – zumindest, solange ein Mangel nicht geradezu offensichtlich ist – nicht zu überprüfen (BGE 144 III 394 E. 4.1.4). 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). Dessen ungeachtet ist die Berufungsinstanz bei der Rechtsanwendung weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden (sog. Motivsubstitution; BGE 144 III 394 E. 4.1.4 m.w.H.; ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N

21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1507). Die dargelegten Anforderungen an die Berufungsbegründung gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort (BGer 4A\_580/2015 vom 11. April 2016, E. 2.2, nicht publiziert in BGE 142 III 271).

### **E. 3**

Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren bezüglich Kinderbelange auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht

- 11 - erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Im Übrigen können im Berufungsverfahren nach Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt werden, wenn sie kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A\_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2).

#### **E. 3.1**

Soweit es Kinderbelange zu regeln gilt, findet die Offizial- und Untersuchungsmaxime Anwendung. Das Gericht entscheidet demgemäss ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Einer Vereinbarung der Parteien betreffend Kinderbelange kommt daher stets lediglich die Bedeutung eines übereinstimmenden Parteiantrags zu, an den der Richter aufgrund der Offizialmaxime nicht gebunden ist. Daher unterliegt die von den Parteien getroffene Vereinbarung – soweit sie den Kläger 1 betrifft – der gerichtlichen Prüfung und Geneh-

- 15 - migung. Für die Genehmigung wird vorausgesetzt, dass die Vereinbarung dem Kindeswohl entspricht bzw. dieses gewahrt wird (vgl. auch die Vorinstanz, Urk. 108 S. 5 f.).

#### **E. 3.2**

Wie der vorinstanzlichen Verfügung vom 1. November 2019 sowie dem vorinstanzlichen Urteil vom 8. Mai 2020 entnommen werden kann, anerkannte der Beklagte seine Vaterschaft nach Eingang der Klage, worauf die Rechtsvertreterin des Klägers 1 ihr entsprechendes Rechtsbegehren zurückzog (Urk. 44 S. 3 und S. 5, Dispositivziffer 1; Urk. 108 S. 3 und S. 10, Dispositivziffer 1). Diesbezüglich besteht daher kein Regelungsbedarf mehr, weshalb auf den Antrag betreffend Genehmigung der Ziff. 1 der Vereinbarung nicht einzutreten ist.

#### **E. 3.2.3**

m.w.H.; BGer 5A\_629/2019 vom 13. November 2020, E. 4.2 m.w.H.).

- 18 -

#### **E. 3.3**

Über die Zuteilung der elterlichen Sorge hat die Vorinstanz bereits rechtskräftig entschieden (vgl. Erw. II./1.), wobei der von ihr gefällte Entscheid Ziff. 2 der Vereinbarung entspricht. Einer Genehmigung durch die Kammer bedarf die Ziff. 2 der Vereinbarung daher nicht; auf den entsprechenden Antrag ist ebenfalls nicht einzutreten.

#### **E. 3.4**

Obhut, Betreuung und Wohnsitz

#### **E. 3.4.1**

Entgegen dem erstinstanzlichen Entscheid, in dem die Obhut über den Kläger 1 einzig der Klägerin 2 zugeteilt wurde (Urk. 108 S. 10, Dispositivziffer 3), beantragen der Beklagte und die Klägerin 2 in Ziff. 3 ihrer Vereinbarung, dass die Obhut über den Kläger 1 ihnen gemeinsam zuzuteilen sei. Zudem beantragen sie in Ziff. 4 die Genehmigung einer gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheid aus- geweiteten Betreuung durch den Beklagten. Sie begründen dies nicht weiter. Die Rechtsvertreterin des Klägers 1 beantragt ebenfalls die Genehmigung der Ziff. 3-4 der Vereinbarung. Sie begründet dies damit, dass die Parteien zwar in der Vergangenheit Konflikte auf der Paarebene zu bewältigen gehabt, sich aber dennoch immer wieder gefunden und Vereinbarungen betreffend die Betreuung ihres gemeinsamen Sohnes getroffen und gegenseitig eingehalten hätten. Beide Eltern seien der Auffassung, dass es dem Kläger 1 beim anderen Elternteil gut gehe. Der Beklagte sei offenbar bereit und es sei ihm zeitlich möglich, eine weitergehende Betreuung wahrzunehmen als im vorinstanzlichen Urteil festgelegt. Ge-

- 16 - mäss ihrem Informationsstand funktioniere die vereinbarte Betreuungsregelung gut und werde seit geraumer Zeit so gelebt. Dem Kläger 1 gehe es gut mit der aktuellen Betreuungslösung und er profitiere von der Beilegung des Streits zwischen seinen Eltern (Urk. 135 S. 4 f.).

#### **E. 3.4.2**

Die Vorinstanz hatte zu den Fragen der Obhut und der Betreuung im Wesentlichen erwogen, die Entwicklungen seit der ersten Verhandlung hätten gezeigt, dass die Betreuung des Klägers 1 durch den Beklagten jeweils von Sonntag, 17 Uhr, bis Dienstag, spätestens 18 Uhr, sowie während der Hälfte der Feiertage in der Praxis klappe und im Kindeswohl liege. Die Eltern seien auch in der Lage, sich über wesentliche Fragen in Belangen des gemeinsamen Sohnes zu verständigen. All dies werde im Wesentlichen im Abklärungsbericht der Beistandin (Urk. 87) bestätigt. Der Beklagte betreue den Kläger 1 im Unterschied zu den ersten angeordneten vorsorglichen Massnahmen nun zwei volle Tage, und zwei Mal übernachtete dieser bei ihm. An den übrigen Tagen liege die Betreuungsverantwortung bei der Klägerin 2, wobei der Kläger 1 aufgrund ihrer 100 %igen Arbeitsstätigkeit an drei Tagen in der Kita betreut werde. Die Kita habe zwar Fremdbetreuungskosten zur Folge, die durch eine allfällige Mehrbetreuung durch den Beklagten eventuell reduziert werden könnten. Allerdings werde aus dem Abklärungsbericht deutlich, dass die Kita aufgrund der doch immer wieder noch vorhandenen Zwiste unter den Eltern und für die persönliche Entwicklung des Klägers 1 eine wichtige Rolle spiele. Es gelte, die für das Kind beste Betreuungsregelung zu finden, nicht zwingend die günstigste (Urk. 108 S. 6).

#### **E. 3.4.3**

In Abweichung von der Regelung gemäss vorinstanzlichem Urteil wird nunmehr die Genehmigung der Ziff. 4 der Vereinbarung beantragt, gemäss welcher der Beklagte den Kläger 1 an den Sonntagen bereits ab 10 Uhr morgens betreuen würde. Diese Ausweitung der Betreuung des Klägers 1 durch den Beklagten würde dazu führen, dass dessen Betreuungsanteil schon unter Ausklammerung der Ferien und der Feiertage bei über 30 % zu liegen käme. Zudem würden die Eltern den Kläger 1 – wie bereits im vorinstanzlichen Entscheid angeordnet – während der Kindergarten- bzw. Schulferien je während vier

Ferienwochen und je während der Hälfte der Feiertage betreuen. Damit wären die Voraussetzungen für

- 17 - die Anordnung einer alternierenden Obhut im Sinne von Art. 298b Abs. 3ter ZGB von den Betreuungsanteilen her ohne Weiteres erfüllt.

#### **E. 3.4.4**

Die alternierende Obhut im Sinne von Art. 298b Abs. 3ter ZGB kommt nur in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Weiter ist dieses Betreuungsmo- dell nur praktisch umsetzbar, wenn die Eltern fähig und bereit sind, in Kinderbe- langen laufend miteinander zu kommunizieren und im Hinblick auf die notwendi- gen organisatorischen Vorkehrungen zu kooperieren. Sodann kommt es auf die geografische Situation an, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern. Bedeutsam ist auch die Kindeswohlwirksamkeit der Stabilität, wie sie mit einer Weiterführung der bisherigen Regelung einhergeht. In diesem Sinne ist eine alternierende Obhut umso eher angezeigt, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreut haben. Andere Kriterien sind das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu (tatsächlichen oder faktischen) Ge- schwistern und seine Einbettung in das weitere soziale Umfeld. Die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, spielt hauptsächlich dann eine Rolle, wenn spezifische Bedürfnisse des Kindes eine persönliche Betreuung notwendig erscheinen lassen oder wenn ein Elternteil selbst in den Randzeiten (morgens, abends und an den Wochenenden) nicht bzw. kaum zur Verfügung stünde; an- sonsten ist von der Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung auszuge- hen. Beachtung verdient auch der Wunsch des Kindes, selbst wenn es bezüglich der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist. Die Erziehungsfähigkeit bei- der Eltern ist in jedem Fall notwendige Voraussetzung einer alternierenden Obhut. Die weiteren Beurteilungskriterien hängen oft voneinander ab; ihre jeweilige Be- deutsamkeit richtet sich nach den konkreten Umständen. So spielt das Kriterium der Stabilität bei Säuglingen und Kleinkindern eine wichtige Rolle. Geht es hinge- gen um Jugendliche, kommt der Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld grosse Bedeutung zu. Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wiederum verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert (BGE 142 III 617 E).

#### **E. 3.4.5**

Dem Abklärungsbericht der Beiständin des Klägers 1 vom 25. März 2020 lässt sich entnehmen, dass an der Erziehungsfähigkeit beider Elternteile keine Zweifel bestehen und der Beklagte die Betreuung des Klägers 1 bereits seit Feb- ruar 2020 von Sonntagabend bis Dienstagabend – d.h. entsprechend der Rege- lung im vorinstanzlichen Urteil – übernommen hatte (Urk. 87). Gemäss Angaben der Rechtsvertreterin des Klägers 1 wurde der nunmehr vereinbarte Betreuungs- umfang inzwischen seit geraumer Zeit gelebt und hat sich dieser bewährt, zumal der Kläger 1 von der Beilegung des Streits zwischen seinen Eltern profitiere. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die von den Eltern vereinbarte Aus- weitung der Betreuung durch den Beklagten um wöchentlich ca. 7 Stunden nega- tiv auf das Kindeswohl auswirken würde. Insbesondere hat sich die von der Vor- instanz angesprochene angespannte Situation zwischen den Eltern gemäss An- gaben der Rechtsvertreterin des Klägers 1 in der Zwischenzeit gelegt und hat die- se – anders als noch die Beiständin in ihrem Bericht vom 25. März 2020 (Urk. 87 S. 5) – dementsprechend nicht von neuen Konflikten berichtet. Demzufolge ist anzunehmen, dass die vom Beklagten

in der Berufungsbegründung angesprochene, unbestritten gebliebene Unstimmigkeit über das Ferienbesuchsrecht vom 28. Juni 2020 (Urk. 107 Rz. 21) eine einmalige Angelegenheit war, die sich längst geklärt hat. Es darf deshalb davon ausgegangen werden, dass die für eine alternative Obhut unabdingbare Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit der Eltern im erforderlichen Umfang vorhanden ist. Sodann wohnen beide Elternteile in der Stadt Zürich, weshalb auch die geographischen Voraussetzungen für eine alternierende Obhut ohne Weiteres gegeben sind. Schliesslich wird die von der Vorinstanz als wichtig für die Entwicklung des Klägers 1 betrachtete Kita-Betreuung an drei Wochentagen (vgl. Urk. 108 S. 6) von der Ausweitung der Betreuung durch den Beklagten nicht tangiert. In diesem Zusammenhang ist der Beklagte, der in der Berufungsschrift die partielle Fremdbetreuung des Klägers 1 kritisierte (Urk. 107 Rz. 18 f.), im Übrigen darauf hinzuweisen, dass gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts Eigen- und Fremdbetreuung – vorbehaltlich hier nicht geltend gemachte Spezialfälle – als gleichwertig zu betrachten sind (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.4 m.w.H.; BGE 142 III 617 E. 3.2.3).

- 19 -

#### **E. 3.4.6**

Da der Kläger 1 bei Genehmigung der Betreuungsregelung weiterhin hauptsächlich von der Klägerin 2 betreut wird, ist mit seiner Rechtsvertreterin davon auszugehen, dass es am sinnvollsten ist, wenn er, wie in Ziff. 3 der Vereinbarung vorgesehen, weiterhin am Wohnort der Klägerin 2 angemeldet ist.

#### **E. 3.4.7**

Der Kläger 1 ist daher unter die alternierende Obhut der Eltern zu stellen und die Ziffern 3 und 4 der Vereinbarung sind zu genehmigen.

#### **E. 3.5**

Die Dispositivziffern 4 und 5.5. des vorinstanzlichen Urteils sind, wie unter Erw. II./1. dargelegt wurde, in Rechtskraft erwachsen. Hinsichtlich Ziff. 5 der Vereinbarung vom 14. September 2020, mit der die Aufhebung der in Rechtskraft erwachsenen Regelung betreffend Beistandschaft angestrebt wird, kann daher keine Genehmigung erfolgen; diesbezüglich ist auf den Antrag betreffend Genehmigung nicht einzutreten.

#### **E. 3.6**

Die zwischen den Eltern getroffene Vereinbarung betreffend Erziehungsgutschriften (Ziff. 6) beschlägt keine Kinderbelange, weshalb von ihr lediglich Vormerk zu nehmen ist.

3.7.1. Ziff. 7 der Vereinbarung betrifft den Kinderunterhalt. Bei der Prüfung, ob diese Ziffer der Vereinbarung genehmigt werden kann, ergibt sich der Kontrollmassstab aus Art. 285 ZGB. Die dem Kind auf Grund der Vereinbarung zustehenden Leistungen müssen insgesamt wenigstens dem entsprechen, was ihm auf Grund von Art. 285 Abs. 1 ZGB im Urteilsfall zustünde (BK ZGB-Hegnauer, ZGB 287 N 91). Allerdings hat das Gericht zur Genehmigung einer Vereinbarung den Sachverhalt nicht in der gleichen Tiefe zu erforschen, wie wenn es die Unterhaltsbeiträge selbst festzusetzen hätte. Es genügt, wenn sich das Gericht davon zu überzeugen vermag, dass der Vergleich aufgrund der aktenkundigen Verhältnisse angemessen ist. Nicht erforderlich ist, dass das Gericht selbst zum exakt gleichen Ergebnis gekommen wäre (vgl. OGer ZH RZ160008 vom 12. Januar 2017, S. 15 f. [eine Revision betreffend]; OGer ZH LE190056 vom 20. November 2020, S. 9 f.; OGer ZH LZ180021 vom 21. Januar 2019, S. 9 f.).

- 20 - 3.7.2. Im vorinstanzlichen Urteil war der Beklagte u.a. zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen für den Kläger 1 in Höhe von Fr. 400.– für den Monat Mai 2020, von Fr. 500.– für den Zeitraum vom 1. Juni bis 31. August 2020 und von Fr. 600.– für den Zeitraum ab 1. September 2020 verpflichtet worden (Urk. 108 S. 11 ff., Dispositivziffer 5.7.). Während die Vereinbarung der Eltern vom 14. September 2020 betreffend Kinderunterhalt im Übrigen der Regelung vor Vorinstanz entspricht, sind die Eltern übereingekommen, dass sie keine monatlichen Unterhaltsbeiträge zu leisten hätten. 3.7.3. Die Vorinstanz war davon ausgegangen, dass der Beklagte über ein Einkommen von Fr. 2'500.– netto monatlich (inkl. Unterstützungsleistung Verwandte) bis 31. August 2020 und Fr. 2'800.– ab 1. September 2020, die Klägerin 2 (bei Leistung eines 100 %-Pensums) über ein solches von Fr. 4'800.– netto und der Kläger 1 über ein solches von Fr. 200.– netto (Kinderzulagen) verfüge (Urk. 108 S. 11 ff., Dispositivziffer 5.8.). Ferner war sie von einem monatlichen familienrechtlichen Bedarf des Beklagten (eng, ohne Steuern und VVG) von Fr. 2'000.– für den Zeitraum bis 31. August 2020 und von Fr. 2'200.– für den Zeitraum ab 1. September 2020, einem solchen der Klägerin 2 von Fr. 2'960.– und einem solchen des Klägers 1 von Fr. 1'600.– (inkl. Fremdbetreuungskosten von Fr. 600.– für drei Tage Kita) ausgegangen (Urk. 108 S. 11 ff., Dispositivziffer 5.8.). In der Berufungsbegründung machte der Beklagte geltend, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht ein um Fr. 500.– monatlich zu hohes Einkommen angerechnet, weil die Alimente, welche seine Ex-Frau in dieser Höhe an den Unterhalt seines älteren Sohnes bezahle, nicht für seinen eigenen Bedarf zu verwenden seien (Urk. 107 Rz. 40). Darin kann dem Beklagten allerdings nicht gefolgt werden. Wie sich aus den Erwägungen der Vorinstanz ergibt, ging sie mit Bezug auf sein Einkommen für die Monate Mai bis August 2020 von Fr. 2'000.– netto pro Monat aus Erwerbstätigkeit und Fr. 500.– pro Monat aus Verwandtenunterstützung aus (Urk. 108 S. 8). Mit letzterem war offensichtlich die vom Beklagten anlässlich der Parteibefragung vom 30. Oktober 2019 zu Protokoll gegebene finanzielle Unterstützung durch seine Mutter (Urk. 41 S. 13 f.) gemeint, nicht der von seiner Ex-Frau zu leistende Unterhaltsbeitrag für seinen älteren Sohn, welcher gemäss Angaben des Beklagten direkt an diesen fliesst (Urk. 41 S. 10).

- 21 - Bei der zu genehmigenden Betreuungsregelung hat der Beklagte wie bei den vorherigen Betreuungszeiten ohne Weiteres die Möglichkeit, im von der Vorinstanz aufgezeigten Rahmen – oder auch mit einem höheren Pensum, da er von Mittwoch bis Samstag grundsätzlich keine Betreuungsaufgaben hat – einer Arbeitstätigkeit nachzugehen. Die Vorinstanz wies zutreffend darauf hin, dass der Beklagte nach eigenem Bekunden keine ernsthaften Suchbemühungen unternommen, sondern nur eine Anfrage bei einer Tankstelle getätigt habe (Urk. 108 S. 9). Der Beklagte macht geltend, dass er aufgrund der Wirtschaftskrise und der Absage sämtlicher Veranstaltungen, Events, Konzerte usw. mindestens bis Ende 2020 keinen Verdienst und keine Verdienstmöglichkeit habe (Urk. 107 Rz. 40 ff.). Dass der Beklagte derzeit angesichts der Corona-Krise in seinem heutigen Haupttätigkeitsgebiet, dem Event-Bereich, Schwierigkeiten hat, Arbeit zu finden, mag zutreffen. Dass ihm dies auch (beispielsweise) an einer Tankstelle innert des von der Vorinstanz angenommenen Zeitrahmens nicht gelingen würde resp. gelungen wäre, machte er indes in der Berufungsbegründung nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich, nachdem er gemäss eigenen Angaben anlässlich der Parteibefragung vom 30. Oktober 2019 eine abgeschlossene Berufsausbildung als Verkäufer hat, über Berufserfahrung in diesem Bereich verfügt und seit Jahren nebenbei auch Versicherungen vermittelt (Urk. 41 S. 2 und S. 12). Sodann behauptete er nicht, ausserhalb seines heutigen Haupttätigkeitsgebiets nicht

in der Lage zu sein, das von der Vorinstanz für den Zeitraum ab 1. September 2020 berücksichtigte Ein- kommen zu erzielen. Dass er ein solches Einkommen während der vergangenen 20 Jahre nicht erzielt hat (so der Beklagte: Urk. 107 Rz. 44), ist nicht massgebend. Entscheidend ist, was er mit gutem Willen verdienen kann, und sei es in ei- ner anderen Branche als derjenigen, in der er in den vergangenen Jahren tätig war. Es ist daher auf Seiten des Beklagten ab 1. September 2020 auf das von der Vorinstanz berücksichtigte hypothetische Einkommen in Höhe von Fr. 2'800.– net- to pro Monat abzustellen. 3.7.4. Mit Bezug auf das Einkommen der Klägerin 2 machte der Beklagte in der Berufungsbegründung geltend, er gehe davon aus, dass dieses bei rund Fr. 6'500.– (inkl. Kinderzulagen) pro Monat liege (Urk. 107 Rz. 30). Die Vorinstanz

- 22 - hatte demgegenüber auf die von der Klägerin angegebenen Fr. 4'800.– netto pro Monat abgestellt (Urk. 108 S. 9). 3.7.5. Das von der Vorinstanz dem Kläger 1 angerechnete Einkommen von Fr. 200.– pro Monat (Kinderzulagen) wurde von keiner Partei in Frage gestellt. Der Beklagte machte aber geltend, auf Seiten des Klägers 1 sei ein Bedarf von Fr. 1'295.– zuzüglich Fr. 600.– Fremdbetreuungskosten, total Fr. 1'895.–, zu be- rücksichtigen (Urk. 107 Rz. 29), während die Vorinstanz von einem Bedarf von Fr. 1'000.– zuzüglich Fr. 600.– Fremdbetreuungskosten, total Fr. 1'600.–, ausge- gangen war (Urk. 108 S. 11 ff., Dispositivziffer 5.8.). 3.7.6. Da die Eltern gemäss ihrer Vereinbarung je die Kosten für den Kläger 1 während ihrer Betreuungszeit tragen und der Kläger 1 die Kita ausschliesslich während der Betreuungszeit der Klägerin 2 besucht, ist davon auszugehen, dass die Kita-Kosten nach der Vereinbarung von der Klägerin 2 zu tragen sind, die nicht von Ziff. 7 Abs. 4 der Vereinbarung erfassten laufenden Ausgaben für die Krankenkasse (unter Berücksichtigung der Individuellen Prämienverbilligung, so- fern darauf Anspruch besteht), Arzt-/Zahnartzkosten, Kleider und dergleichen pri- mär aus dem Einkommen des Klägers 1 (Kinderzulagen; vgl. zu den Krankenkas- senkosten die Ausführungen des Beklagten in Urk. 107 Rz. 33) und alle anderen Ausgaben bei demjenigen, bei dem sie anfallen. Mit der von den Eltern vorgese- henen Lösung wäre der gesamte Bedarf des Klägers 1 gedeckt, und sie wäre un- ter Zugrundlegung der von der Vorinstanz berücksichtigten, unbestritten geblie- benen Bedarfszahlen des Beklagten (ab 1. September 2020 Fr. 2'200.– pro Mo- nat) und der Klägerin 2 (Fr. 2'960.– pro Monat) auch für beide Elternteile tragbar – auf Seiten der Klägerin 2 auch dann, wenn man von dem von ihr angegebenen Einkommen ausgeht. Dies gilt selbst dann, wenn gelegentlich ausserordentliche Kinderkosten im Sinne von Ziff. 7 Abs. 4 der Vereinbarung anfallen würden oder wenn die Ausgaben für die Krankenkasse, Arzt-/Zahnartzkosten, Kleider und der- gleichen teilweise nicht vollständig aus den Kinderzulagen bestritten werden kön- nen. Es stellt sich allerdings die Frage, weshalb die Eltern in Ziff. 7 Abs. 3 der Vereinbarung die in der von der Vorinstanz genehmigten Vereinbarung vom 7. Mai 2020 enthaltene Bestimmung, den zum Barbedarf des Klägers 1 fehlenden

- 23 - Betrag habe die Klägerin 2 aus ihrem Einkommen zu entrichten, übernommen haben. Dies dürfte indes auf einem Versehen beruhen, nachdem, wie oben dar- gelegt, kein Fehlbetrag resultiert. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass diesem Absatz faktisch keine Bedeutung zukommt. Die übrigen Regelungen in Ziff. 7 ge- ben zu keinen Bemerkungen Anlass. Damit kann auch Ziff. 7 der Vereinbarung der Eltern genehmigt werden.

### **E. 3.8**

In Ziff. 8 der Vereinbarung haben die Eltern festgehalten, dass ihres Erach- tens die Grundlagen der Unterhaltsberechnung nicht anzugeben seien, da in der Vereinbarung keine

Unterhaltsbeiträge festgelegt würden. Dem ist angesichts der klaren Bestimmungen von Art. 287a ZGB und Art. 301a ZPO beizupflichten. 3.9.1. In Ziff. 9 der Vereinbarung ist vorgesehen, dass die "Parteien" die Gerichtskosten je zur Hälfte übernehmen und gegenseitig auf eine Parteientschädigung verzichten, wobei, wenn eine der "Parteien" die Begründung des Urteils verlange, sie die dadurch entstehenden Mehrkosten alleine zu tragen habe. 3.9.2. Am vorliegenden Verfahren ist neben dem Beklagten und der Klägerin 2 auch der Kläger 1 als Partei beteiligt. Aus dem Kontext ergibt sich aber klar, dass der Beklagte und die Klägerin 2 die Gerichtskosten je zur Hälfte tragen und gegenseitig auf eine Parteientschädigung verzichten wollen. Da der Endentscheid der Kammer zwingend zu begründen ist (Art. 318 Abs. 2 ZPO), ist der zweite Absatz der Regelung obsolet. Handkehrum schadet er nicht – da keine der Parteien eine Begründung verlangen kann, weil dieser begründet zu eröffnen ist, gelangt faktisch nur Ziff. 9 Abs. 1 zur Anwendung.

### **E. 3.10**

In Ziff. 10 haben die Eltern festgehalten, dass die Vereinbarung alle bisherigen Vereinbarungen ersetze. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Vereinbarung, welche vor Vorinstanz abgeschlossen wurde, von der ersten Instanz hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt wurde. Soweit diese Genehmigung in Rechtskraft erwachsen ist, ändert eine davon abweichende spätere Vereinbarung der Parteien im vorliegenden Verfahren nichts. Von dieser Ziffer ist lediglich Vormerk zu nehmen.

- 24 - 4. Zusammengefasst sind somit die Ziffern 3, 4 und 6-10 der Vereinbarung der Eltern vom 14. September 2020 hinsichtlich der Kinderbelange zu genehmigen und ist im Übrigen von ihnen Vormerk zu nehmen. Hinsichtlich der Ziffern 1, 2 und 5 der Vereinbarung ist auf den Antrag betreffend Genehmigung nicht einzutreten. IV. Unentgeltliche Rechtspflege 1. Der Beklagte und im Sinne eines Eventualantrags auch der Kläger 1 haben im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersucht, der Beklagte hat zudem beantragt, es sei ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben (Urk. 107 S. 2; Urk. 132 S. 2 f.). Die Eltern verwiesen zwar in der Vereinbarung vom 14. September 2020 auf ihre Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 123 S. 3 Ziff. 9), von Seiten der – zunächst anwaltlich vertretenen (vgl. Urk. 124) – Klägerin 2 ging jedoch kein solches Gesuch ein. 2. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege sowie einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn sie mittellos und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos ist (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Hilfsmittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (BGE 141 III 369 E. 4.1). Gemäss dem Effektivitätsgrundsatz dürfen in die Beurteilung nur Einkünfte und Vermögenswerte einbezogen werden, die effektiv vorhanden und verfügbar sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 29 Abs. 3 BV, die auch für die Auslegung von Art. 117 lit. a ZPO zu berücksichtigen ist, gilt eine Person dann als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind (BGE 128 I 225 E. 2.5; BGE 127 I 202 E. 3b). Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei

- 25 - nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist. Der Teil der finanziellen Mittel, der das zur Deckung der persönlichen Bedürfnisse Notwendige übersteigt, muss mit den für den konkreten Fall zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten verglichen werden; dabei sollte es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen (zum Ganzen BGE 135 I 221 E. 5.1 S. 223 f., in: Pra 2010 Nr. 25 S. 171 mit Hinweisen). Zudem muss es der monatliche Überschuss der gesuchstellenden Partei erlauben, die anfallenden Gerichts- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit zu leisten (vgl. BGE 141 III 369 E. 4.1). 3. Auch wenn der Beklagte das auf seiner Seite berücksichtigte hypothetische Einkommen tatsächlich erzielen würde, verbliebe unter Berücksichtigung seines Bedarfs sowie der für den Kläger 1 zu erbringenden Ausgaben, zu denen insbesondere auch gelegentliche Ausgaben im Sinne von Ziff. 7 Abs. 4 der Vereinbarung zu zählen sind, auf seiner Seite kein Überschuss, der es ihm erlauben würde, die Gerichts- und Anwaltskosten innert der ein- oder zweijährigen Zeitspanne gemäss Erwägung IV./2. aufzubringen. Zudem war der nicht rechtskundige Beklagte im vorliegenden Verfahren auf anwaltliche Vertretung angewiesen. Dem Beklagten ist daher unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen. 4. Da auf Seiten des Klägers 1 keine Gerichtskosten anfallen (dazu nachfolgend unter Erw. V./2.) und er keine Parteientschädigung verlangt hat (Urk. 132 S. 2; Urk. 135 S. 2), ist davon auszugehen, dass sein eventualiter gestellter Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 132 S. 2 f.) obsolet ist.

- 26 - V. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Regelung der Vorinstanz (Dispositivziffern 6-8) blieb indes zu Recht unangefochten und ist zu bestätigen. 2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist unter Berücksichtigung der Erledigung des Verfahrens aufgrund einer Vereinbarung in Anwendung von § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'400.- festzusetzen und vereinbarungsgemäss der Klägerin 2 sowie dem Beklagten je zur Hälfte aufzuerlegen (Urk. 123 Ziff. 9). Der auf den Beklagten entfallende Teil ist aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege unter dem Vorbehalt der Nachzahlungspflicht (Art. 123 Abs. 1 ZPO) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. 3. Infolge gegenseitigen Verzichts der Klägerin 2 und des Beklagten auf Parteientschädigung (Urk. 123 Ziff. 9) sowie angesichts des Verzichts des Klägers 1 auf Geltendmachung einer solchen sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Es wird beschlossen:

#### **E. 4**

Betreuung Herr A. \_\_\_\_\_ ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für B. \_\_\_\_\_ wöchentlich auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen: – von Sonntag ab 10 Uhr (inkl. Übernachtungen) bis Dienstag Abend (ohne Übernachtung; B. \_\_\_\_\_ ist nach gegenseitiger Absprache, im Streitfall spätestens bis 18 Uhr der Mutter zu übergeben). An den übrigen Tagen ist Frau C. \_\_\_\_\_ berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für B. \_\_\_\_\_ auf eigene Kosten zu übernehmen. Ausserdem sind die Eltern berechtigt und verpflichtet, B. \_\_\_\_\_ während der Kindergarten- bzw. Schulferien für die

Dauer von je 4 Wochen pro Jahr sowie während je der Hälfte der Feiertage auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen resp. die Feiertage zu verbringen. Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien und Feiertage frühzeitig ab (im Falle von Ferien mindestens sechs Wochen im Voraus). Können sich die Eltern nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien und Feiertage zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter. Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

#### **E. 5**

Beistandschaft Die Parteien beantragen dem Gericht, die Beistandschaft für B.\_\_\_\_\_, einschliesslich aller bisherigen (allfälligen) Aufgaben, ersatzlos aufzuheben und zu beenden.

- 13 -

#### **E. 6**

Erziehungsgutschriften Die Parteien vereinbaren, dass die Erziehungsgutschriften für die Berechnung künftiger AHV-/IV-Renten ausschliesslich Frau C.\_\_\_\_\_, angerechnet werden. Die Parteien werden die betroffenen Ausgleichskassen über diese Regelung informieren.

#### **E. 7**

Kinderunterhalt Die Parteien verzichten gegenseitig auf die Zahlung von Kinderunterhalt. Die Familienzulagen werden derzeit von der Kindsmutter bezogen. Der zum Barbedarf von B.\_\_\_\_\_, fehlende Betrag hat die Kindsmutter aus ihrem Einkommen zu entrichten. Ausserordentliche Kinderkosten (mehr als Fr. 200.– pro Ausgabeposition, z.B. Zahnarztkosten, ungedeckte Gesundheitskosten, Kosten für schulische Förderungsmassnahmen, etc.) übernehmen die Eltern je zur Hälfte. Voraussetzung für die hälftige Kostentragung ist, dass sich die Eltern vorgängig über die ausserordentliche Ausgabe geeinigt haben. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten. Jeder Elternteil übernimmt die Kosten für den Sohn, die während den Ferien und Feiertage bei ihm/ihr anfallen, seien es die Kosten für den Ferienhort oder Ferienaufenthalte bzw. Ausflüge, selber. Die vorstehenden Regelungen gelten bis zur Volljährigkeit des Sohnes bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus. Diese Kinderkostenregelung basiert auf dem Betreuungsplan gemäss Ziffer 4 vorstehend. Sie muss neu festgesetzt werden, wenn sich dieser wesentlich verändert. Die Eltern streben in diesem Fall eine einvernehmliche Lösung an.

- 14 -

#### **E. 8**

Grundlagen der Unterhaltsberechnung Die Parteien sind sich einig, dass die Grundlagen der Unterhaltsberechnung nicht anzugeben sind, weil in der vorliegenden Vereinbarung keine Unterhaltsbeiträge festgelegt werden.

#### **E. 9**

Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung, jeweils unter Hinweis auf die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege. Verlangt eine Partei die Begründung des Urteils, trägt sie die dadurch entstehenden Mehrkosten allein.

#### **E. 10**

Die vorliegende Vereinbarung ersetzt alle bisherigen Vereinbarungen." 2. Mit Eingabe vom 4. November 2020 beantragte die Rechtsvertreterin des Klägers 1, die oben wiedergegebene Vereinbarung sei hinsichtlich der Ziffern 1-4 und 6-8 zu genehmigen und das Verfahren aufgrund Vergleichs abzuschreiben, unter Kostenfolge zulasten der Eltern (Urk. 135 S. 2). Zum Antrag der Eltern auf Aufhebung der Beistandschaft (Ziff. 5) führte sie aus, dies sei nicht sinnvoll, solange der vorliegende Rechtsstreit rechtshängig sei. Nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens werde die Beiständin bei der für die Aufhebung der Beistandschaft zuständigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich den Schlussbericht einreichen und die Aufhebung der Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB beantragen (Urk. 135 S. 5).

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