

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC120019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin  
lic. iur. M. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

## Urteil vom 6. März 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom  
8. November 2011; Proz. FE101259**

**Rechtsbegehren:**

- " 1. Es sei die Ehe der Parteien zu scheiden.
  2. Die elterliche Sorge über die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2002, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005, sei der Gesuchstellerin zuzuteilen.
  3. Es sei dem Gesuchsteller kein Besuchsrecht zu gewähren. Ebenso sei von einem Ferienbesuchsrecht abzusehen.
  4. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, angemessene Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich Familienzulagen) zu leisten. Diese seien gerichtsüblich zu indexieren.
  5. Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, angemessene persönliche Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin zu leisten. Diese seien gerichtsüblich zu indexieren.
  6. Es sei unter Vorbehalt eines gleichlautenden Antrages des Gesuchstellers davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien güterrechtlich bereits auseinandergesetzt sind.
- unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Gesuchstellers."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 8. November 2011 :**

1. Die Ehe der Gesuchsteller wird gestützt auf Art. 112 ZGB geschieden.
2. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2002, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005, werden unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin gestellt.
3. Dem Gesuchsteller wird kein Besuchsrecht eingeräumt.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen wie folgt zu bezahlen: Fr. 900.– je Kind ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung der Kinder, auch über die Mündigkeit hinaus, zahlbar an die Gesuchstellerin, solange das Kind in deren Haushalt lebt oder

keine eigenen Ansprüche stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB wie folgt zu bezahlen: Fr. 370.– ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis und mit Februar 2021, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
6. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 4 und 5 hievor basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende August 2011 mit 99.4 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2013, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

Weist die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei nach, dass sich ihr Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht hat, so erhöhen sich die persönlichen Unterhaltsbeiträge an die unterhaltsberechtigte Partei gemäss Ziffer 5 hievor nur im Verhältnis der tatsächlich eingetretenen Einkommenserhöhung.

7. Diesem Urteil liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:
  - Erwerbseinkommen Gesuchsteller: Fr. 5'000.– netto, inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulagen,
  - Erwerbseinkommen Gesuchstellerin: Fr. 0.–, ab März 2015 hypothetisch Fr. 1'750.–,
  - Vermögen Gesuchsteller: Fr. 0.–,
  - Vermögen Gesuchstellerin: Fr. 0.–,
  - Bedarf Gesuchsteller: Fr. 2'833.–,
  - Aktueller Bedarf Gesuchstellerin inkl. Kinder: 4'473.–.

Zur Deckung des gebührenden Unterhalts der Gesuchstellerin fehlender Betrag (gem. Art. 129 Abs. 3 und Art. 143 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB): Fr. 2'303.–.

8. Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, ... [Adresse], wird angewiesen, vom Freizügigkeitskonto des Gesuchstellers (AHV Nr. ... / ...) den Betrag von Fr. 1'825.– zugunsten der Gesuchstellerin auf das Sammelkonto Freizügigkeitsstiftung der E.\_\_\_\_\_, ... [Adresse] (Konto Nr. ...) zu überweisen.
9. Es wird festgestellt, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt sind. Davon ausgenommen sind die der Gesuchstellerin vom Gesuchsteller bis heute geschuldeten Unterhaltszahlungen und Kinderzulagen. Im Übrigen behält jede Partei zu Eigentum, was sie derzeit besitzt oder auf ihren Namen lautet.
10. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'900.– (Pauschalgebühr). Die Barauslagen (Dolmetscherkosten) betragen Fr. 375.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
11. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
12. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine Prozessentschädigung von Fr. 5'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen.
13. Schriftliche Mitteilung/Rechtsmittel.

### **Berufungsanträge:**

#### **Des Gesuchstellers und Berufungsklägers (act. 64 S. 2 f. bzw. act. 67 S. 1 f.):**

- "1. Ziff. 3 des Urteils des Bezirksgericht(s) Zürich vom 8. November 2011 sei aufzuheben und wie folgt neu zu fassen:

"3.

3.1.

Dem Gesuchsteller sei für die Dauer eines halben Jahres ab Rechtskraft des Urteils ein begleitetes Besuchsrecht an zwei Tagen pro Monat zu gewähren.

Für die Dauer des begleiteten Besuchsrechts sei die gemäss Eheschutzurteil vom 15. Mai 2008 bestehende Besuchsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB beizubehalten und mit der Organisation der Besuchskontakte zu beauftragen.

3.2.

Nach Ablauf eines halben Jahres ab Rechtskraft des Urteils sei der Gesuchsteller berechtigt zu erklären, seine Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2002, und D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2005, an den Wochenenden der geraden Kalenderwochen von Samstag bis Sonntag zu sich auf Besuch zu nehmen und pro Jahr zwei Wochen Ferien mit den Kindern zu verbringen.

Zudem sei der Gesuchsteller berechtigt zu erklären, die Kinder jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ein weitergehendes oder abweichendes Besuchsrecht in Absprache der Parteien sei vorzubehalten."

2. Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2011 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Gesuchsteller zurzeit nicht in der Lage ist, Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen.

Eventualiter sei Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2011 dahingehend anzupassen, als der Gesuchsteller verpflichtet wird, an die Kosten des Unterhalts und Erziehung der Kinder monatlich im Voraus jeweils auf den 1. eines jeden Monats zuzüglich allfälliger oder vertraglicher Kinderzulagen den Betrag von je Fr. 80.00 zu bezahlen.

3. Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2011 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Gesuch-

steller zurzeit nicht in der Lage ist, der Gesuchstellerin einen nahehelichen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen.

4. Ziff. 7 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2011 sei dahingehend neu zu fassen, als sich das Erwerbseinkommen des Gesuchstellers auf monatlich Fr. 3'735.95 netto (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen, exkl. Quellensteuer) beläuft und sein Bedarf Fr. 3'796.50 beträgt. Es sei festzustellen, dass sich der der Gesuchstellerin zur Deckung des gebührenden Unterhalts (inkl. gebührender Unterhalt beider Kinder) fehlende Betrag auf Fr. 4'473.00 bzw. im Eventualfall auf Fr. 4'313.00 beläuft.
5. Ziff. 11 und 12 des Urteils vom 8. November 2011 seien aufzuheben und dahingehend neu zu fassen, dass die Gerichtskosten beiden Parteien je zur Hälfte auferlegt werden und die Parteikosten wettzuschlagen sind.
6. Eventualiter seien die Ziff. 3, 4, 5, 7, 11 und 12 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben und die Sache insoweit an die Vorinstanz zur neuen Beurteilung zurückzuweisen.
7. Dem Gesuchsteller sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der unterzeichnende Rechtsanwalt als sein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestimmen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

Der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (act. 71 S. 2):

- "1. Es seien die Berufungsanträge 1 und 4-8 vollumfänglich abzuweisen.
2. Ziff. 2 und 3 der Berufungsanträge seien insoweit gutzuheissen, als dem Berufungskläger für das ausserehelich geborene Kind ein angemessener Betrag im Grundbedarf anzurechnen ist; im Übrigen sind auch diese Anträge abzuweisen.  
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

sowie den

**prozessualen Antrag:**

"Es sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person des Schreibenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

## **Erwägungen:**

### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte:**

1. Die Parteien heirateten am tt. April 2002 in F.\_\_\_\_\_. Sie bekamen die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2002, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005.
2. Mit Verfügung vom 3. April 2008 hob der Eheschutzrichter des Bezirksgerichts Zürich auf Gesuch der Berufungsbeklagten hin im Sinne einer einstweiligen Massnahme mit sofortiger Wirkung den gemeinsamen Haushalt der Parteien auf und bewilligte der Berufungsbeklagten bis auf Weiteres das Getrenntleben. Gleichzeitig übertrug er die Obhut über die beiden Kinder an die Berufungsbeklagte, wies ihr die eheliche Wohnung zur alleinigen Benützung zu und gewährte dem Berufungskläger einstweilen kein Besuchsrecht. Ferner verbot der Eheschutzrichter dem Berufungsbeklagten, die eheliche Wohnung zu betreten, und befahl ihm, der Berufungsbeklagten sämtliche Wohnungsschlüssel - sofern er darüber noch verfüge - herauszugeben (act. 12/5). Das Eheschutzverfahren wurde alsdann mit Verfügung vom 15. Mai 2008 (act. 12/10) beendet, nachdem die Parteien gleichentags eine Vereinbarung geschlossen hatten. Die Berufungsbeklagte erhielt die elterliche Obhut über die beiden Kinder zugesprochen. Dem Berufungskläger wurde ein Besuchsrecht eingeräumt, und es wurde eine Besuchsrechtsbeistandschaft angeordnet. Zudem hatte der Berufungskläger der Berufungsbeklagten monatlich den Fr. 2'600.00 übersteigenden Betrag ab dem Zeitpunkt des Bezugs eines Erwerbsersatz Einkommens als Kinderunterhaltsbeitrag für beide Kinder je hälftig zu bezahlen.
3. Mit Weisung vom 23. November 2010 des Friedensrichteramtes G.\_\_\_\_ (act. 2) sowie mit einem gemeinsamen Scheidungsbegehren (act. 1) gelangten die Parteien an die Vorinstanz. Nach Durchführung des Hauptverfahrens fällte die Vorinstanz das oben wiedergegebene Scheidungsurteil vom 8. November 2011 (act. 68).
4. Gegen dieses Urteil erhob der Berufungskläger fristgerecht Berufung, die sich gegen die Verweigerung eines Besuchsrechts und gegen die Festsetzung

der von ihm an die beiden Kinder sowie an die Berufungsbeklagte zu leistenden Unterhaltsbeiträge richtet (act. 64). Mit Verfügung vom 23. Mai 2012 (act. 69) bewilligte der Stellvertreter der Präsidentin dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung und bestellte Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsbeistand. Die Berufungsbeklagte schliesst auf Abweisung der Berufung; davon abweichend beantragte sie, es sei dem Berufungskläger für das am tt.mm.2011 ausserehelich geborene Kind H. \_\_\_\_\_ ein angemessener Betrag im Grundbedarf anzurechnen (act. 71). Mit Beschluss vom 29. Juni 2012 bewilligte die Kammer der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsvertreter. Überdies stellte die Kammer fest, inwieweit das angefochtene Urteil in Rechtskraft erwachsen ist (act. 73). Mit Eingabe vom 29. August 2012 (act. 82) äusserte sich der Berufungskläger zu den von der Berufungsbeklagten mit der Berufungsantwort neu eingereichten Unterlagen (act. 72/1-9). Am 31. August 2012 wurden dem Berufungskläger diese Stellungnahme und die dazu eingereichten Unterlagen (act. 83/1-4) zugestellt (act. 85). Der Prozess ist spruchreif.

## **II. Formelles :**

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten, welche das bisherige (kantonale) Verfahrensrecht ablöst. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für Rechtsmittel und für das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei der Eröffnung eines Entscheides in Kraft war. Für Verfahren, die beim Inkrafttreten der ZPO rechtshängig waren, gilt demgegenüber nach Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige (alte) Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz.

Das angefochtene Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich erging am 8. November 2011, also nach dem Inkrafttreten der ZPO. Das Rechtsmittelverfahren untersteht daher dem neuen Recht der ZPO (und den dazugehörigen ergänzenden kantonalen Bestimmungen des GOG, der GebVo OG und der AnwGeb Vo). Demgegenüber beurteilt sich das Verfahren der Vorinstanz (4. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich), bei dem die Klage vor Inkrafttreten der ZPO anhängig gemacht worden war, noch nach dem kantonalen Recht, der ZPO/ZH, dem GVG/ZH

und den dazugehörigen Verordnungen (etwa zu den Gebühren und Anwaltsentschädigungen).

2. Der Berufungskläger hat die Dispositiv-Ziffern 1 (Scheidungs punkt), 2 (Zuweisung der elterlichen Sorge über die beiden Kinder an die Berufungsbeklagte), 8 (Berufliche Vorsorge) und 9 (Güterrecht) unangefochten gelassen, weshalb das vorinstanzliche Urteil insoweit rechtskräftig ist. Das ist - ausgenommen die Feststellung über das Güterrecht - der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (act. 74) bzw. dem Zivilstandsamt F. \_\_\_\_\_ sowie dem Migrationsamt des Kantons Zürich (act. 75) am 29. Juni 2012 mitgeteilt worden.

3. Der Berufungskläger stellt verschiedene Beweisanträge, insbesondere, es seien verschiedene Berichte einzuholen. Es wird darauf im Folgenden zurückzukommen sein.

### **III. Materielles:**

1. Gemäss Art. 133 ZGB teilt das Gericht die elterliche Sorge einem Elternteil zu und regelt nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses den Anspruch auf persönlichen Verkehr und den Unterhaltsbeitrag des anderen Elternteils. Für die Zuteilung der elterlichen Sorge und die Regelung des persönlichen Verkehrs sind alle für das Kindeswohl wichtigen Umstände massgebend.

2. Die Vorinstanz begründete ihren Entscheid, dem Berufungskläger ein Besuchsrecht zu verweigern, wie folgt: Es sei zwar nicht davon auszugehen, dass das körperliche oder geistige Wohl der Kinder durch Besuche beim Vater unmittelbar und in erheblicher Weise gefährdet wäre. Von Aggressionen des Berufungsklägers gegenüber den Kindern sei nichts bekannt. Einschränkungen ergäben sich aber immerhin daraus, dass das Zusammenleben der Parteien mit und vor ihren Kindern gewalttätige Szenen und Beschimpfungen aufgewiesen habe, welche heute noch bei den Kindern nachwirkten und sie insbesondere die gegenseitige Ablehnung der Eltern spüren lasse. Dokumentiert seien recht erhebliche,

für die Kinder sichtbare Verletzungen (Hämatome im Gesicht), die sich die Berufungsklagte bei solchen Auseinandersetzungen zugezogen habe (act. 12/3 f.).

Dass das nach der Trennung der Parteien ohnehin schon eingeschränkte Besuchsrecht nicht immer regelmässig ausgeübt worden sei oder habe ausgeübt werden können, lasse für sich gesehen noch nicht auf eine pflichtwidrige Ausübung des persönlichen Verkehrs schliessen. Gleichwohl sei nicht zu übersehen, dass nach den behördlicherseits organisierten und begleiteten Treffen im I. \_\_\_\_\_ kaum mehr weitere Kontakte stattgefunden hätten. Es sei daher zu diskutieren, ob der Berufungskläger sich ernsthaft um seine Kinder gekümmert habe. Ein solcher Sachverhalt liege dann vor, wenn ein Elternteil sich an der Entwicklung seines Kindes lange nicht beteilige, keinerlei Anteil an dessen Wohlergehen nehme und nichts unternehme, um eine lebendige Beziehung zum Kind aufrechtzuerhalten (BGE 118 II 25). Es sei dies etwa der Fall, wenn das Besuchsrecht über längere Zeit grundlos nicht ausgeübt werde. Blosser Unregelmässigkeiten oder das Ausbleiben der Leistung des Unterhaltsbeitrags reichten nicht aus (BSK ZGB I-Schwenzer, N 7 zu Art. 274).

Bekannt sei, dass der Berufungskläger die Kinder seit der Trennung der Parteien im Jahre 2008 lediglich wenige Male im Rahmen eines gerichtlich geregelten Besuchsrechts getroffen habe. Der Berufungskläger habe im Rahmen des Eheschutzverfahrens das in Aussicht gestellte begleitete Besuchsrecht schon im Voraus abgelehnt bzw. habe diesfalls auf Besuche verzichten wollen, da dies für ihn nicht gut sei (act. 12 Handprotokoll S. 9). Diese auf sich selbst beschränkte Betrachtungsweise habe nicht berücksichtigt, dass unter den damaligen Umständen die Festlegung eines begleiteten Besuchsrechts für die Kontakte des Vaters mit den beiden Kindern als notwendig erachtet worden sei; und daran habe sich nach Ansicht des Beistandes auch nach fünfmaliger Ausübung des Besuchsrechts im September 2009 nichts geändert. Zu den Besuchstagen im I. \_\_\_\_\_ seien gelegentlich entweder der Berufungskläger oder dann alle Beteiligten nicht erschienen. Zwar habe der Berufungskläger ein Stück weit nachvollziehbar dargelegt, nach fünf dieser begleiteten Besuchstage im I. \_\_\_\_\_ diese Art von Kontakten abgebrochen zu haben, weil er gespürt habe, dass die Kinder ihn lieber in einem

freieren Rahmen, etwa auf einem öffentlichen Spielplatz, getroffen hätten. Es wäre allerdings an ihm (und auch an der Berufungsbeklagten) gelegen, den Kindern verständlich zu machen, dass die begleiteten Besuche Voraussetzung für einen künftig freieren Verkehr waren. Ein vom Entscheid des zu bestellenden Beistandes abhängiges, unbegleitetes Besuchsrecht sei dementsprechend schon in der von den Parteien getroffenen Vereinbarung vor der Eheschutzrichterin vorgesehen gewesen (act. 12/10). Unternommen habe der Berufungskläger in der Folge gar nichts, damit erneute Treffen nach seinem und der Kinder Geschmack hätten stattfinden können. Gegenteils sei er nach dem letzten Besuchstreffen im I. \_\_\_\_\_ im September 2009 während nahezu eines Jahres untätig geblieben. Erst im August 2010 sowie im November 2010 habe er seine Kinder wieder gesehen - offensichtlich aber auf Anstoss der Berufungsbeklagten: beim ersten Mal sei es darum gegangen, die Berufungsbeklagte und die Kinder zum Flughafen zu fahren bzw. abzuholen (mit anschliessendem Spielplatzbesuch, Prot. I S. 18), beim zweiten Mal habe ihn die Berufungsbeklagte mit den Kindern während eines Spitalaufenthaltes besucht. Eigene Bemühungen des Berufungsklägers zu solchen Treffen seien nicht ersichtlich, und entgegen seinen Angaben (Prot. I S. 6, 16) habe bis dahin die Berufungsbeklagte die Kinder offensichtlich nicht von ihm ferngehalten. Auch wenn der Berufungskläger angebe, er hätte die Kinder im Spital lieber nicht gesehen, weil er mit ihnen keine körperlichen Aktivitäten hätte entfalten können, so bleibe doch unverständlich, dass der Berufungskläger die Kinder nach sehr langem Getrenntsein nicht unter irgendwie gearteten Umständen wieder einmal habe sehen und sprechen wollen. Es deute dies alles jedenfalls nicht auf eine herzliche Verbindung hin, sondern lasse Kontakte des Berufungsklägers mit den Kindern als für ihn mehr als lästige Pflicht erscheinen. Umgekehrt seien solche unerwünschte Treffen dem Wohl der Kinder nicht zuträglich und insbesondere nicht geeignet, ihre durch die Gewalttätigkeiten im gemeinsamen Haushalt der Parteien erlittenen Traumatisierungen zu überwinden. Seitens des Berufungsklägers seien auch nicht einmal kleine Schritte oder Anstrengungen zur Installation gelegentlicher, geschweige denn regelmässiger und herzlicher Kontakte zu den Kindern ersichtlich. Diese Folgerungen entsprächen zudem den unbestritten gebliebenen Eindrücken und Darstellungen der Berufungsbeklagten, und sie fänden

ihre Bestätigung zudem im Umstand, dass es der Berufungskläger nicht einmal für nötig befunden habe, zur entscheidungsrelevanten Fortsetzung der Hauptverhandlung zu erscheinen oder sein Fernbleiben doch zumindest plausibel zu erklären, wie er dies für seine persönlichen Anliegen schriftlich durchaus zu tun imstande sei (act. 21).

Stets wäre es dem Berufungskläger unbenommen gewesen, sich postalisch bei seinen Kindern zu melden. Dies habe er nicht getan, auch anlässlich von Fest- und Geburtstagen nicht. Dass er den Kindern deshalb keine Geburtstagsgeschenke habe übergeben können, weil es die Berufungsbeklagte nicht zugelassen habe, erscheine vor dem Hintergrund, dass er seine Kinder das vorletzte Mal im mm. 2010, dem Geburtsmonat von C. \_\_\_\_\_, getroffen habe, als unverständlich. Gemessen an solchen Umständen könne die Sorge des Berufungsklägers darüber, die Bindung zu den Kindern zu verlieren, nur als gespielt erscheinen. Diese Bindung sei bereits vollständig verblasst, und vor allem die Kinder wünschten sich gar keine Kontakte mehr zu ihrem Vater. Unbestritten sei denn auch die Darstellung der Berufungsbeklagten geblieben, die Kindern seien nach den Besuchen beim Vater jeweils traurig und aufgewühlt gewesen, sich die Situation jedoch nach der Einstellung der Besuche gebessert habe. Das alles erkläre, dass sich die Kinder heute gegen weitere Besuche beim Vater mit allen Mitteln wehren wollten (act. 15 S. 4 f.). Dieser Wunsch der Kinder dürfe nicht ausser Acht gelassen werden, auch wenn schliesslich die Festlegung des Besuchsrechts nicht alleine vom Willen des Kindes abhängen könne (BGE 111 II 405).

In einer Eingabe vom 19. März 2011 betone der Berufungskläger zwar sein Interesse an einer baldigen Regelung des Besuchsrechts sowie der Alimentenverpflichtung im vorliegenden Prozess. Des Weiteren wolle er mit seiner neuen Freundin, welche von ihm ein Kind erwarte, zusammenziehen und müsse „so gut ich kann für Sie, unser Kind und ihre zwei Kinder aus erster Ehe aufkommen“ (act. 21). Von den bereits bestehenden Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der Berufungsbeklagten und den gemeinsamen Kindern sei keine Rede; er komme diesen offensichtlich auch weiterhin nicht nach (vgl. auch Prot. I S. 19) und bleibe selbst die Kinderzulagen den Berechtigten schuldig. Es sei auch dies ein Indiz auf

eine keinesfalls gelebte oder fürsorgliche Beziehung des Berufungsklägers zu seinen Kindern; er überlasse deren Betreuung der Mutter und die finanzielle Sorge den Sozialen Diensten der Stadt F. \_\_\_\_\_ - dies obwohl er in der Vergangenheit durchaus in der Lage gewesen wäre, sich am Unterhalt für die Kinder zu beteiligen. Zeitweise habe er es gar vorgezogen, Fr. 3'000.00 monatlich für die Rückzahlung eines Kredites zu verwenden, statt seiner Familie den dringend notwendigen Unterhalt zu gewähren (vgl. Prot. I S. 5 f., 20).

Zusammenfassend erweise sich das Vater-Kind-Verhältnis als von erheblichen Problemen belastet. Das Schicksal seiner Kinder aus der zerbrochenen Ehe kümmere den Berufungskläger kaum. Lediglich auf Initiative von aussen sei es in den vergangenen Jahren gelegentlich zu kurzen Zusammentreffen gekommen. Unter Berücksichtigung auch des Wunsches der Kinder sei daher von der Festlegung eines Besuchsrechtes abzusehen. Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass auch bewusstes oder unbewusstes Verhalten der Berufungsbeklagten diese Haltung der Kinder gefördert habe; weit überwiegend sei die vorliegende Situation indessen dem passiven und keinerlei Anteilnahme zeigenden Verhalten des Berufungsklägers zuzuschreiben. Eine allenfalls weiterbestehende Betreuung der Kinder sowie der Berufungsbeklagten durch den bereits früher bestellten Beistand vermöge hier gegebenenfalls im Laufe der Zeit eine Veränderung herbeizuführen und in einem nicht absehbaren Zeitpunkt die Reife der Parteien und Kinder zur Installation eines Besuchsrechts zu bewirken.

Der Verzicht auf die Einräumung eines Besuchsrechts an den Berufungskläger erscheine schliesslich auch nicht als unverhältnismässig. Mit der Einsetzung eines Besuchsrechtsbeistandes sei bereits im Jahre 2008 versucht worden, Kontakte zwischen dem Berufungskläger und seinen Kindern herzustellen. Diese Versuche seien ebenso wie die eigentlichen (begleiteten) Besuche gescheitert. Mit dem offensichtlich an Besuchen nicht wirklich interessierten Berufungskläger noch weitere Kontaktaufnahmemöglichkeiten zu probieren, sei nicht angezeigt und würde die Kinder einzig aus ihrer derzeit stabilisierten Situation herausreissen. Dem Berufungskläger bleibe es indessen unbenommen, zu den Kindern telefonischen oder schriftlichen Kontakt zu halten und damit gegebenenfalls eine Annäherung

zu erreichen, welche später in der Installation eines Besuchsrechts münden könnte.

3. Der Berufungskläger betont vorab, der vollständige Entzug des Rechts auf einen angemessenen persönlichen Verkehr bilde die ultima ratio und dürfe nur angeordnet werden, wenn die nachteiligen Auswirkungen dieses Rechts sich nicht in für das Kind vertretbaren Grenzen halten lasse. Insoweit sei Art. 274 Abs. 2 ZGB anwendbar, der festhalte, dass das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden könne, wenn das Wohl des Kindes durch den persönlichen Verkehr gefährdet werde, die Eltern ihn pflichtwidrig ausübten, sich nicht ernsthaft um das Kind gekümmert hätten oder andere wichtige Gründe vorlägen. Gemäss Bundesgericht dürfe eine solche Massnahme nur ergriffen werden, wenn der persönliche Verkehr mit dem Kind dessen Wohl gefährde (Bundesgerichtsurteil 5C.96/2000 vom 29. Mai 2000, E. 3a); andernfalls seien mildere Massnahmen vorzuziehen (BGE 122 III 404 E. 3c; 120 II 229 E. 3b/aa; 118 II 21 E. 3c = Praxis 82/1993 Nr. 92). Sich nicht ernsthaft um das Kind kümmern bedeute nach Lehre und Rechtsprechung, sich an der Entwicklung eines Kindes lange nicht beteiligen und seinen Anspruch auf persönlichen Verkehr nicht wahrnehmen, wobei dies für sich allein keine Verwirkung des Anspruchs auf persönlichen Verkehr nach sich ziehe (Büchler/Wirz, in: FamKomm Scheidung, 2. Auflage, Bern 2011, N 11 zu Art. 274 ZGB; ebenso BSK ZGB I-Schwenzer, N 7 zu Art. 274).

Anlässlich der Trennung im Jahre 2008 hätten die Parteien vor der Eheschutzrichterin am 15. Mai 2008 bezüglich seiner Besuchsrechte vereinbart, dass er berechtigt sei, je nach Entscheid des Beistandes entweder einen Tag pro Monat begleitet oder zwei Tage pro Monat unbegleitet die Kinder auf eigene Kosten zu besuchen. Gleichzeitig sei eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB vereinbart worden. Solche Besuche hätten im Jahre 2009 stattgefunden. Im Jahre 2010 seien die Besuche eingestellt worden, da die Parteien das Angebot zu wenig oft in Anspruch genommen hätten (vgl. Rechenschaftsbericht des Beistands vom 16. November 2010: act. 24). Hierzu sei festzuhalten, dass er die begleiteten Besuchstage auf Wunsch der Kinder eingestellt habe, da diese die Besuche im I. \_\_\_\_\_ als unangenehm empfunden hätten (vgl. Prot. I S. 15 f.). Zudem sei fest-

zuhalten, dass genau in jener Zeit - nämlich von September/Oktober 2009 bis April 2010 - die Parteien das Zusammenleben wieder aufgenommen hätten und dementsprechend ein formelles Besuchsrecht gar nicht bestanden habe und auch nicht notwendig gewesen sei. Die nachmalige Beiständin der Kinder habe in ihrem Bericht vom 27. April 2011 festgehalten, die Kinder hätten den Kontakt in Form des begleiteten Besuchsrechts nicht mehr gewünscht, weshalb die Besuche eingestellt worden seien. Ihr gegenüber habe der Berufungskläger geäussert, er wünsche ein reguläres Besuchsrecht. Dagegen habe die Berufungsbeklagte erklärt, sie wünsche keinen Kontakt mehr zwischen ihm - dem Berufungskläger - und den Kindern. Im ergänzenden Bericht vom 19. Juni 2011 habe die Beiständin aufgezeigt, dass er - der Berufungskläger - sich bei ihr gemeldet habe, um sich über das weitere Vorgehen zu erkundigen und sich besorgt darüber geäussert habe, dass er die Bindung zu seinen Kindern verlieren könnte. Es sei ihm ein grosses Anliegen, sein Besuchsrecht ausüben zu können. Seine aktuelle Freundin, Frau K.\_\_\_\_\_, habe sich ebenfalls für das Anliegen eingesetzt und sei von der Beiständin als sehr realistisch und überlegt wahrgenommen worden (vgl. act. 34). Die Berufungsbeklagte habe offen kommuniziert, sie wünsche kein Besuchsrecht mehr, weshalb nicht weiter verwunderlich sei, dass seine Bemühungen, die Kinder zu sehen, untergraben und teilweise auch verhindert worden seien.

Es sei angesichts dieses Berichtes schleierhaft, weshalb die Vorinstanz zum Schluss gelangt sei, Bemühungen seinerseits (des Berufungsklägers) zu einem Treffen mit den Kindern seien nicht ersichtlich. Auch die Feststellung, es sei nicht ersichtlich, dass die Berufungsbeklagte die Kinder von ihm ferngehalten habe, sei aktenwidrig. Die Beiständin habe festgehalten, die Berufungsbeklagte wünsche kein Besuchsrecht. Anlässlich seines Spitalaufenthaltes habe er den Kontakt nicht vollständig verweigert, sondern man habe sich 2 bis 3 Stunden in der Cafeteria des Spitals aufgehalten. Aus der Facebook-Korrespondenz mit seiner Cousine ergebe sich deutlich die Einstellung der Berufungsbeklagten zu Kontakten zu den Kindern. Zusammenfassend schliesst der Berufungskläger, es gebe keine ausreichenden Gründe für einen vollständigen Entzug des Besuchsrechts. Vielmehr sei ein den konkreten Umständen angepasstes Besuchs- und Kontaktrecht anzuordnen, wobei die bereits bestehende Besuchsrechtsbeistandschaft beizubehalten

sei, um die Organisation der Besuchskontakte und Durchführung zu überwachen. Auf Grund der längeren Unterbrüche der Kontakte zwischen ihm und den Kindern scheine die stufenweise Einführung des Besuchsrechts dem Kindeswohl am ehesten zu entsprechen.

4. Der Berufungskläger betont unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung mit Grund, die vollständige Verweigerung eines Besuchsrechts könne nur die ultima ratio sein. Eine gedeihliche Entwicklung der beiden Kinder setzt eine gute Beziehung zu beiden Elternteilen voraus. Weder die einzelnen Vorkommnisse für sich noch insgesamt lassen die von der Vorinstanz getroffene, radikale Lösung hier als angemessen erscheinen. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet nämlich, dass vorab eine weniger weit gehende, das Besuchsrecht bloss zeitmässig einschränkende Lösung getroffen wird. Alsdann ist das Besuchsrecht auf ein gerichtsbliches Mass auszudehnen. Die Vorinstanz geht davon aus, das körperliche oder geistige Wohl der Kinder werde durch Besuche beim Berufungskläger nicht unmittelbar und in erheblicher Weise gefährdet. Diese auf Grund der Akten zutreffende Beurteilung der Vorinstanz verbietet es jedoch, dem Berufungskläger ein Besuchsrecht gänzlich zu verweigern. Die vom Berufungskläger gegenüber der Berufungsbeklagten begangenen, aktenkundigen (act. 72/1-5) und von ihm anerkannten Tätlichkeiten (act. 82 S. 2), die für die beiden Kinder gewiss belastend waren, werden sich hoffentlich kaum wiederholen, da die Parteien nunmehr getrennt wohnen. Dass der Berufungskläger auch gegenüber den Kindern in irgendeiner Weise tötlich geworden wäre, ist weder behauptet noch aktenkundig. Allerdings gibt die unbestrittene Episode vom Januar 2012 Anlass zu Bedenken. Die Lebenspartnerin des Berufungsklägers hat sich an einem Schulanlass der gemeinsamen Tochter der Parteien, C.\_\_\_\_\_, genähert und gesagt, sie und ihr Bruder (C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_) würden bald bei ihnen (dem Berufungskläger und ihr, der neuen Lebenspartnerin) wohnen (act. 72/6 und act. 82 S. 2 unten). Kinder im Primarschulalter einer derartigen Verunsicherung auszusetzen, geht nicht an und bedarf eigentlich keiner weiteren Ausführungen. Die Bemühungen des Berufungsklägers, die alte und die neue Beiständin zur Organisation eines begleiteten Besuchsrechts zu bewegen (act. 83/1-2), können nicht als blosser Prozesstaktik herabgemindert werden. Indes ist von der Anordnung eines begleiteten Besuchs-

rechts abzusehen, da es sich hierbei um eine Kindesschutzmassnahme handelt, deren Voraussetzung - Gefährdung der Kinder durch den Berufungskläger - nicht dargetan ist. Den bestehenden, von der Vorinstanz und der Berufungsbeklagten angesprochenen, oben wiedergegebenen Bedenken ist aber insoweit Rechnung zu tragen, dass nach dem längeren Unterbruch das Besuchsrecht stufenweise aufgebaut wird. Die ersten drei Male erscheint es zweckmässig, dass die Beiständin mitwirkt und das Besuchsrecht zu etablieren versucht. Sie wird hierbei den örtlichen Gegebenheiten Rechnung tragen und allenfalls einen Ort in der Nähe der Berufungsbeklagten bestimmen, vorzugsweise einen solchen, den die Kinder schon kennen. Die Organisation ist der Beiständin zu überlassen. Die Dauer des Besuchs ist auf zwei Stunden zu beschränken. Sodann ist für die Dauer eines halben Jahres das Besuchsrecht auf einen halben Tag, eventuell auch während der Woche, auszudehnen. Für ein weiteres halbes Jahr ist das Besuchsrecht auf einen Tag, d.h. von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr, festzulegen. Schliesslich ist das Besuchsrecht auf ein Wochenende pro Monat, d.h. von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr, festzulegen und auf die Doppelfeiertage auszudehnen. Ab dem Jahr 2015 ist dem Berufungskläger zudem ein Ferienbesuchsrecht von zwei Wochen zu gewähren. Für die mit der Ausübung des Besuchsrechts verbundenen Kosten hat der Berufungskläger aufzukommen. Die im Eheschutzverfahren angeordnete Besuchsbeistandschaft ist zu bestätigen, da diese mit Rechtskraft des Scheidungsurteils dahinfiel, aber angesichts der Sachlage nach wie vor als notwendig erscheint. Der massgebende Sachverhalt ist nach dem Gesagten rechtsgenügend erstellt. Es bedarf deshalb keiner Beweisergänzungen.

5. Die Vorinstanz bemass die vom Berufungskläger den gemeinsamen Kindern der Parteien zu bezahlenden monatlichen Unterhaltsbeiträge auf je Fr. 900.00 und sprach der Berufungsbeklagten einen monatlichen persönlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 370.00 zu. Gegen diese beiden Anordnungen richtet sich weiter die Berufung des Berufungsklägers. Er wirft der Vorinstanz vor, der Sachverhalt sei insoweit unrichtig festgestellt worden. Dem widerspricht die Berufungsbeklagte. Es ist nunmehr – soweit für den Entscheid relevant – auf die Vorbringen der Parteien einzugehen.

Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt Art. 296 ZPO. Danach erforscht der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (so auch Art. 280 ZGB). Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder ist deshalb auf die Berufungsschrift abzustellen, soweit sie auch Tatsachen enthält, die bereits vor Vorinstanz hätten vorgetragen werden können.

Die Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge richtet sich nach den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern. Überdies sind Vermögen und Einkünfte des Kindes sowie der Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an der Betreuung des Kindes zu berücksichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 133 ZGB).

Die Vorinstanz hat die Grundsätze der Unterhaltsberechnung sowohl mit Bezug auf die Kinder als auch auf die Berufungsbeklagte im Einzelnen und zutreffend dargelegt. Es sei vorab darauf verwiesen (act. 68 S. 14 ff.). Immerhin sei noch Folgendes betont: Ein Unterhaltsbeitrag ist soweit geschuldet, als es dem Ehegatten ehebedingt nicht möglich ist, selbst für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge aufzukommen. Der Vorrang der Eigenversorgung ergibt sich direkt aus dem Wortlaut von Art. 125 Abs. 1 ZGB. Ist diese einem Ehegatten vorübergehend oder dauerhaft nicht möglich oder zumutbar, muss ausgehend von der Leistungsfähigkeit des andern ein angemessener Unterhaltsbeitrag festgesetzt werden (BGE 134 III 145 E. 4; Entscheid 5A\_478/2010 vom 20. Dezember 2010; ZR 106 (2007) Nr. 16; Urs Gloor/Annette Spycher, BSK ZGB I, 4. Aufl., Art. 125 ZGB N 1 - 3; Schwenzer, FamKomm, Art. 125 ZGB N 1 - 7).

Die Generalklausel von Art. 125 Abs. 1 ZGB belässt dem Gericht bei der Zusprennung einen weiten Ermessensspielraum. Der gebührende Unterhalt ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Dabei bilden die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beider Ehegatten und der während der Ehe gelebte Standard – ausser bei Kurzehen – grundsätzlich die Basis und gleichzeitig die Begrenzung des Anspruchs. Art. 125 Abs. 2 ZGB konkretisiert die nicht abschliessenden Kriterien auf Grund der Rechtsprechung. Hinsichtlich der Berech-

nungsmethode bestehen für das Gericht keine gesetzlichen Vorgaben. Bei Fällen mit mittleren wirtschaftlichen Verhältnissen betreibt das Bundesgericht einen Methodenpluralismus (vgl. BGE 134 III 577 E.3; 5A\_288/2008 Urteil vom 27. August 2008 E. 5.4; 5C.308/2005 Urteil vom 5. April 2006 E. 3.1.3; 5A\_154/2008 Urteil vom 23. Juni 2008 E. 2.2.1). In vielen Fällen ist die Wahl der Methode entscheidend dafür, ob und in welcher Höhe Anspruch auf Unterhalt besteht. Die einstufig-konkrete Methode auferlegt die Beweislast der ansprechenden Partei. Bei der Methode Notbedarfsberechnung mit Überschussverteilung wird die Beweislast dagegen auf die Unterhalt leistende Partei verschoben, da sie nachweisen muss, dass ein bestimmter Teil des Einkommens nicht für den Lebensunterhalt verwendet wurde, mithin eine sogenannte "Sparquote" bestand (vgl. zum Ganzen etwa Th. Gabathuler, Unterhalt nach Scheidung: Rechtsgleichheit nicht verletzen, in: Plädoyer 1/12 S. 34 ff.). Vorliegend spielt die Frage, nach welcher Methode der Unterhalt bestimmt wird, keine praktische Rolle, denn die trennungsbedingten Mehrkosten führen dazu, dass dem Berufungskläger das betriebsrechtliche Existenzminimum verbleibt und die Berufungsbeklagte ein sehr grosses Manko zu tragen hat, das sie in die Abhängigkeit der öffentlichen Fürsorge bringt:

Es ist festzuhalten, dass einem Unterhaltsschuldner zumindest soviel übrig bleiben muss, wie er benötigt, um sein eigenes betriebsrechtliches Existenzminimum zu decken (BGE 135 III 66 mit zahlreichen Hinweisen und BGE 137 III 59). Die Berufungsbeklagte vertritt die Ansicht, das Existenzminimum des Berufungsklägers belaufe sich auf Fr. 2'720.00 bzw. Fr. 2'758.00 (act. 71 S. 13), während dieser selbst sein Existenzminimum mit Fr. 3'796.50 beziffert (act. 64 S. 10, 67 S. 2) Die Vorinstanz berechnet demgegenüber ein Existenzminimum von Fr. 2'833.00 (act. 68 S. 19). Bei knappen und mittleren finanziellen Verhältnissen ist gemäss der herrschenden Praxis die Berechnung der familienrechtlichen Unterhaltsbeiträge mit der Methode der Bedarfsberechnung nach dem betriebsrechtlichen Existenzminimum vorzunehmen. Dabei werden die betriebsrechtlichen bzw. familienrechtlichen Existenzminima (bei mittleren Verhältnissen, um gewisse Positionen ergänzt) der Ehegatten berechnet und die entsprechende Summe vom Gesamteinkommen beider Ehegatten abgezogen. Ein verbleibender Überschuss wird auf die Ehegatten verteilt, ein Manko trägt die unterhaltsberech-

tigte Person (Lötscher-Steiger/Trinkler, Unterhalt bei knappen [Mankofällen] bis mittleren finanziellen Verhältnissen, in: FamPra 2004, S. 828 ff., S. 829).

6. Bei der Berechnung des Unterhaltsbeitrages hat die Vorinstanz zunächst die Leistungsfähigkeit der Parteien ermittelt, alsdann deren Bedarf und schliesslich ein Manko im Umfang von Fr. 2'303.00 festgestellt, welches sie der Berufungsbeklagten zuwies (act. 68 S. 21 oben). Das Vorgehen ist im Lichte der Rechtsprechung nicht zu beanstanden und wird denn auch von den Parteien nicht grundsätzlich kritisiert. Es ist nachfolgend auf die einzelnen Elemente näher einzugehen.

6.1. Zur Leistungsfähigkeit der Parteien ist Folgendes zu erwägen: Grundsätzlich ist vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist. Dabei geht es darum, dass der Pflichtige dasjenige Einkommen zu erzielen hat, das ihm zur Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich möglich und zumutbar ist (Urteil 5A\_31/2010, Entscheid vom 3. Februar 2011; BGE 128 III 4 S. 5 f. E. 4a).

Die Berufungsbeklagte wird gänzlich von den Sozialen Diensten unterstützt, da sie nicht erwerbstätig ist und der Berufungskläger die gemäss Eheschutzentscheid vom 15. Mai 2008 geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht geleistet hat.

Die Vorinstanz führte zur Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers aus, dieser sei gemäss eigenen Angaben zu 100% arbeitsfähig (Prot. I S. 21) und grundsätzlich bereit, Unterhalt zu bezahlen. Er überlasse dessen Berechnung und Festsetzung dem Gericht.

Die Vorinstanz erwog, im Jahr 2009 sei der Berufungskläger arbeitslos gewesen und habe von der Arbeitslosenversicherung Taggelder in der Höhe von monatlich ca. Fr. 4'062.00 (act. 22/9) bzw. nach eigenen Angaben Fr. 4'500.00 (gemeint wohl brutto) erhalten. Zuvor habe er bei einem Gipsergeschäft brutto Fr. 5'400.00 exkl. 13. Monatslohn verdient, diese Anstellung aber wegen Rückenschmerzen

aufgeben müssen (Prot. I S. 20). Die Anstellung bei der L. \_\_\_\_\_ GmbH sei per 31. Dezember 2010 im gegenseitigen Einverständnis zufolge Abgangs von Arbeitsaufträgen beendet worden. Dies sei geschehen, nachdem der Berufungskläger beide Füsse gebrochen gehabt und bis dahin brutto Fr. 4'300.00 verdient habe (act. 19/6; Prot. I S. 20). Per 14. Februar 2011 habe der Berufungskläger alsdann für maximal 3 Monate eine Temporäranstellung angetreten mit einem Bruttoeinkommen von Fr. 37.00 pro Stunde (inkl. Feiertags-, Ferienentschädigung und 13. Monatslohn) sowie einer täglichen Mittagszulage von Fr. 14.00 (act. 22/7). Gleichzeitig sei ein unbefristeter Rahmenarbeitsvertrag abgeschlossen worden, gemäss welchem für Sozialversicherungen vom Bruttoeinkommen insgesamt 12,61% in Abzug gebracht würden (act. 22/8). Da bei diesen Arbeitseinsätzen unter drei Monaten ein Abzug von Beiträgen an die Pensionskasse offensichtlich nicht vorgesehen sei, sei netto von einem Stundenlohn von Fr. 32.33 auszugehen, was bei einem vollzeitlichen Monatspensum von 21,7 Tagen à 8 Stunden ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 5'612.50.00 ergebe, vermindert um den Bezug von vier Wochen Ferien pro Jahr (8,33%) sowie Vollzugskostenbeiträge von Fr. 0.11 (pro Arbeitsstunde), also Fr. 5'127.00.

Die Vorinstanz befand, in Anbetracht der früheren und auch den aktuellen Erwerbs- und teilweise Erwerbsersatzeinkommen erscheine der Berufungskläger mit genügender Anstrengung und nach Abzug des Beitrags an eine Pensionskasse auch künftig in der Lage, monatlich ein Einkommen von mindestens Fr. 5'000.00 netto zu erzielen. Auch der Berufungskläger verfüge über keinerlei Vermögen. Seine Schulden würden gegen Fr. 30'000.00 betragen (act. 68 S. 16 f.).

Der Berufungskläger macht geltend, er habe ohne eigenes Verschulden zwischenzeitlich eine weitere Arbeitsstelle antreten müssen. Die von der Vorinstanz als Grundlage angenommene Temporäranstellung sei per 14. Februar 2011 ausgelaufen. Am 1. November 2011 habe er beim Gipsergeschäft M. \_\_\_\_\_ eine Anstellung als Hilfsgipser angenommen. Der monatliche Bruttolohn belaufe sich gemäss Arbeitsvertrag vom 26. Oktober 2011 auf Fr. 4'500.00, ab 1. Januar 2012 auf Fr. 4'545.00. Zudem werde seit Januar 2012 pro rata der 13. Monatslohn aus-

bezahlt. Mithin beziffere sich der monatliche Bruttolohn auf Fr. 4'923.60 bzw. der monatliche Nettolohn auf Fr. 3'735.95. Dieser Nettolohn berücksichtige die Quellensteuer, die direkt vom Einkommen abgezogen werde, ohne dass er sich dagegen wehren könne. Gestützt darauf habe das Bundesgericht im Entscheid 5A\_352/2010 vom 29. Oktober 2010 entschieden, dass bei der Frage, ob ins Existenzminimum eingegriffen werde, auf das effektiv ausbezahlte Einkommen ("le calcul du montant saisissable d'un débiteur imposé à la source doit tenir compte du salaire qu'il perçoit effectivement") abzustellen sei (vgl. E. 5.3 Abs. 1 sowie ebenfalls Bundesgerichtsentscheid 5C\_99/2004 vom 7. Juni 2004, E. 3.2). Mit Eingabe vom 29. August 2012 und beigelegtem Kündigungsschreiben vom 28. Juni 2012 teilte der Berufungskläger mit, ihm sei die Stelle gekündigt worden. Belege über allfällige gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberin durchgesetzte Ansprüche aus Arbeitsrecht bzw. die Anmeldung bei der Arbeitslosenkasse würden so rasch wie möglich nachgereicht (act. 82 S. 3 sowie act. 83/3).

Der Berufungskläger hat die angekündigten Belege der Arbeitslosenkasse nicht eingereicht. Es rechtfertigt sich nicht, von einem hypothetischen Nettoeinkommen des Berufungsklägers in der Höhe von monatlich Fr. 5'000.00 auszugehen. Der Berufungskläger war längere Zeit arbeitslos und hat sich nach eigenen Angaben immer wieder darum bemüht, eine Stelle zu erhalten. Hierbei bewegten sich die monatlichen Nettoeinkommen zwischen rund Fr. 5'100.00 und rund Fr. 3'700.00, wobei sich der Lohn mehrheitlich im unteren Bereich der angegebenen Bandbreite bewegte. Es ist angesichts der bei den letzten beiden Arbeitsstellen bei der N.\_\_\_\_\_ AG (vom 7. Februar 2011 bis am 27. Mai 2011; act. 66/5) sowie beim Gipsergeschäft M.\_\_\_\_\_ (vom November 2011 bis zum 13. Juli 2012; act. 83/4) erzielten Einkommen von einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 4'100.00 (inklusive 13. Monatslohn) auszugehen. Anhaltspunkte dafür, dass er bei zumutbarer Anstrengung ein höheres Einkommen erzielen könnte, sind nicht ersichtlich. Da der Berufungskläger die Stelle beim Gipsergeschäft M.\_\_\_\_\_ per 13. Juli 2012 verloren hat, erübrigt es sich, auf die von der Berufungsbeklagten zu den vom Berufungskläger eingereichten Lohnabrechnungen (act. 66/6-8) gemachten Bemerkungen (act. 71 S. 8 f.), insbesondere zum angewendeten Quellensteuertarif, einzugehen.

6.2. Bei der Berechnung der Existenzminima der Parteien ist Folgendes zu beachten: Vorab ist festzuhalten, dass im Berufungsverfahren die Bedarfspositionen der Parteien nur insoweit einer Überprüfung zu unterziehen sind, als sie von den Parteien in ihren Berufungsschriften ausdrücklich in Frage gestellt und die anderslautenden Anträge hinreichend begründet sind (Hungerbühler, DIKE-Komm ZPO Art. 311 N 27 ff.). Im Übrigen sind die Bedarfspositionen entsprechend dem angefochtenen Entscheid zu übernehmen.

Die Vorinstanz ermittelte für die Berufungsbeklagte gestützt auf das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (fortan: Kreisschreiben) einen Bedarf von Fr. 4'473.00. Keine der Parteien kritisiert die vorinstanzliche Berechnung, weshalb nach dem oben Gesagten darauf abzustellen ist, mit einer Ausnahme: Der Grundbetrag für die nunmehr im elften Altersjahr stehende C. \_\_\_\_\_ beträgt statt wie bisher Fr. 400.00 (bis mm.2012) neu Fr. 600.00. Der Bedarf der Berufungsbeklagten setzt sich somit wie folgt zusammen:

Grundbetrag Berufungsbeklagte	Fr. 1'350.00
Grundbetrag C. _____	Fr. 600.00
Grundbetrag D. _____	Fr. 400.00
Wohnkosten	Fr. 1'560.00
Krankenkasse Berufungsbeklagte und Kinder	Fr. 490.00
Hausrat-/Haftpflichtversicherung	Fr. 35.00
Telefon/Radio/TV	Fr. 158.00
Grundmobilität	Fr. 80.00
Total:	Fr. 4'673.00

Der Grundbetrag des Berufungsklägers beziffert sich auf Fr. 1'200.00. Die Auffassung der Berufungsbeklagten, der Berufungskläger habe lediglich Anspruch auf die Hälfte des Ehepaarbeitrages (Fr. 850.00), eventualiter auf den Betrag einer in Hausgemeinschaft lebenden Person (Fr. 1'100.00), ist unbegründet. Die Berufungsbeklagte führt zur Begründung ihrer Meinung aus, der Berufungskläger habe gemäss Mietvertrag eine 3-Zimmer-Wohnung im 2. Stock rechts an der ... [Adresse] eingereicht. K. \_\_\_\_\_, die Lebenspartnerin des Berufungsklägers, wohne an derselben Adresse im 2. Stock links ebenfalls in einer 3-Zimmerwohnung. So-

mit lebe der Berufungskläger auf demselben Stockwerk wie seine Lebenspartnerin, unmittelbar in der Wohnung gegenüber. Es sei deshalb nicht von einem alleinstehenden Schuldner, sondern von einem Schuldner, der Tisch und Bett mit seiner neuen Lebenspartnerin teilte, auszugehen. Es trifft zwar zu, dass gemäss Kreisschreiben der Ehegatten-Grundbetrag einzusetzen und dieser in der Regel (aber maximal) auf die Hälfte herabzusetzen ist, wenn die Partnerin eines in einer **kinderlosen**, kostensenkenden Wohn-/Lebensgemeinschaft lebenden Schuldners ebenfalls über Einkommen verfügt (Ziffer II des Kreisschreibens mit Hinweis auf BGE 130 III 765). Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 765, worauf sich das Kreisschreiben bezieht, erwogen, es sei in wirtschaftlicher Hinsicht nicht zu übersehen, dass für zwei erwachsene Personen, die in einer Hausgemeinschaft von Dauer leben, für die im Grundbetrag enthaltenen Positionen wie Nahrung etc. Kosten entstehen, die mit denjenigen eines Ehepaares in Hausgemeinschaft vergleichbar sind. Insoweit erscheine es angebracht, für ein Konkubinatspaar, das eine dauernde Hausgemeinschaft bilde, den gleichen Grundbetrag wie für ein Ehepaar zu nehmen und für den im Konkubinat lebenden Schuldner den halben Ehegatten-Grundbetrag einzusetzen. Damit würden die konkreten Vorteile des Konkubinales erfasst, wobei der Betreibungsbeamte stets zu prüfen habe, ob die Anwendung der Richtlinie auch zu einem den konkreten Umständen angemessenen Ergebnis führt (BGE 130 III 768).

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die geschilderten Wohn- und Lebensverhältnisse von vornherein gegen die Anwendung der wiedergegebenen Rechtsprechung sprechen, da deren Voraussetzungen in keiner Hinsicht erfüllt sind. Der Berufungskläger lebt weder in einem Konkubinat, geschweige denn in einem gefestigten, mehrjährigen Konkubinat mit K. \_\_\_\_\_. Etwas Derartiges wird denn auch weder behauptet, noch ist es den Akten zu entnehmen. Zudem wohnt die neue Freundin des Berufungsklägers mit drei Kindern in der erwähnten separaten Wohnung.

Die Berufungsbeklagte, die mit den beiden Kindern Wohnkosten von Fr. 1'560.00 im Existenzminimum aufgelistet hat, gesteht dem Berufungskläger für Wohnkosten den von der Vorinstanz berücksichtigten Betrag von Fr. 1'000.00 zu, nicht den

von ihm gestützt auf den Mietvertrag vom 25. März 2012 geltend gemachten von Fr. 1'350.00 (act. 66/9). Die Berufungsbeklagte lässt ausser Acht, dass der Berufungskläger zwar alleine lebt, aber zur Ausübung des Besuchsrechts der beiden Kinder einer hierfür geeigneten Wohnung bedarf; der Mietzins von Fr. 1'350.00 ist angemessen. Es ist nicht anzunehmen, dass der Berufungskläger eine günstigere Wohnung dieser Grösse findet. Die Kosten der Krankenkasse in der Höhe von Fr. 308.00 sind belegt und von der Berufungsbeklagten anerkannt. Für Telefon, Radio und TV sowie für den Arbeitsweg sind dem Berufungskläger je Fr. 100.00 ins Existenzminimum aufzunehmen. Da der Berufungskläger zur Zeit arbeitslos ist, fallen die von ihm geltend gemachten Fr. 600.00 für den Arbeitsweg von vornherein ausser Betracht. Schliesslich sind für den ausserehelichen Sohn H. \_\_\_\_\_ Fr. 200.00 einzusetzen und nicht die verlangten Fr. 300.00, da der Beitrag an dessen Lebensunterhalt angesichts des Alters tiefer festzusetzen ist als jener an die beiden ehelichen, älteren Kinder.

Grundbetrag Berufungskläger	Fr. 1'200.00
Unterhaltsbeitrag für H. _____	Fr. 200.00
Wohnkosten	Fr. 1'350.00
Krankenkasse Berufungskläger	Fr. 308.00
Telefon/Radio/TV	Fr. 100.00
Grundmobilität	Fr. 100.00
<b>Total:</b>	<b>Fr. 3'258.00</b>

Der Berufungskläger hat bei diesen finanziellen Verhältnissen an den Unterhalt der beiden Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ je Fr. 421.00 zu bezahlen (Fr. 4'100.00 ./ Fr. 3'258.00). Von ihm empfangene Kinderzulagen sind zusätzlich an die Berufungsbeklagte weiterzuleiten. Der Berufungsbeklagten fehlen zur Deckung ihres Notbedarfs Fr. 3'831.00. Der Berufungskläger ist bei seinen künftig zu erwartenden Einkommensverhältnissen (Fr. 4'100.00) und den vorgehenden Unterhaltsansprüchen von C. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_ und H. \_\_\_\_\_ damit nicht in der Lage, Unterhaltszahlungen an die Berufungsbeklagte zu leisten. Diese faktische Unmöglichkeit, den Berufungskläger zur Bezahlung von Ehegattenunterhalt zu verpflichten, tut seiner rechtlichen Verpflichtung zur nahehelichen Unterstützung der Beklagten keinen Abbruch, weshalb in Anwendung von Art. 129 Abs. 3 ZGB im Urteil festzuhalten ist, dass der Berufungsbeklagten kein gebührender Unterhalt zuge-

sprochen werden kann und ihr Manko Fr. 3'831.00 beträgt. Sollte sich die wirtschaftliche Situation des Berufungsklägers in den nächsten fünf Jahren positiv verändern, steht der Beklagten damit ein Abänderungsanspruch zu.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolge:**

1. Die Vorinstanz hat die Kosten dem Berufungskläger auferlegt, da die Berufungsbeklagte mit ihren Anträgen fast vollständig obsiegt habe (act. 68 S. 22). Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr ist zwar zu bestätigen. Unter Berücksichtigung des Ausgangs des Berufungsverfahrens, beide Parteien obsiegen und unterliegen ungefähr im gleichen Umfang, sind die erstinstanzlichen Kosten aber beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Prozessentschädigungen sind keine zuzusprechen (§§ 64 und 68 ZPO/ZH).
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind den Parteien ebenfalls je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 106 ZPO), da der Berufungskläger mit Bezug auf das Besuchsrecht obsiegt und mit Bezug auf die Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen teilweise unterliegt. Parteientschädigungen sind für das Berufungsverfahren nicht zuzusprechen.
3. Die beiden unentgeltlichen Rechtsvertreter werden je mit separatem Beschluss entschädigt.

#### **Es wird erkannt:**

1. Dispositiv-Ziffer 3 des Urteils des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren, 4. Abteilung, des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2011 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

Das Besuchsrecht wird in nachfolgende vier Stufen eingeteilt, wobei der Übertritt in die nächste Stufe nur stattfindet, wenn das Besuchsrecht nach Massgabe der vorangegangenen Phase stattgefunden hat:

Der Berufungskläger ist ab Mai 2013 berechtigt, seine beiden Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2002, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005,

nach Massgabe der Organisation der Beiständin drei Mal zwei Stunden und alsdann für die Dauer eines halben Jahres monatlich einen halben Tag zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Während des folgenden halben Jahres ist der Berufungskläger berechtigt, die beiden Kinder monatlich einen Tag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr sowie nach Ablauf dieser Zeitspanne monatlich an den dritten Wochenenden von Samstag 10.00 Uhr bis Sonntagabend 18.00 Uhr sowie jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr und in den geraden Jahren von Ostersonntag bis Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Der Berufungskläger ist zudem berechtigt, ab dem Jahr 2015 mit den beiden Kindern jährlich während der Schulferien auf eigene Kosten zwei Wochen Ferien zu verbringen. Die Ausübung des Ferienbesuchsrechts ist mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit der Berufungsbeklagten abzusprechen.

2. Die von der Eheschutzrichterin des Bezirksgerichtes Zürich am 15. Mai 2008 angeordnete Besuchsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB (Prozess Nr. EE080175) wird weitergeführt. Die Beiständin wird beauftragt, das Besuchsrecht gemäss vorstehender Regelung einzurichten und durchzuführen.
3. Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren, 4. Abteilung, des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2011 wird aufgehoben, und der Berufungskläger wird verpflichtet, ab Rechtskraft dieses Urteils an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2002, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005, monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Kinder- bzw. Familienzulagen von je Fr. 421.00 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung, auch über die Mündigkeit hinaus, zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar an die Berufungsbeklagte auch über die Mündigkeit hinaus, solange das betreffende Kind in deren Haushalt lebt oder keine eigenen Ansprüche stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

4. Dispositiv-Ziffer 5 des Urteils des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren, 4. Abteilung, des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2011 wird aufgehoben, und der Berufungsbeklagten werden mangels Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
5. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Dispositiv-Ziffer 3 hiervor basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Dezember 2012 mit 98.9 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2014, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

6. Diesem Urteil liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zu Grunde:
  - Erwerbseinkommen Berufungskläger: Fr. 4'100.00 netto, inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulagen,
  - Erwerbseinkommen Berufungsbeklagte: Fr. 0.00, ab März 2015 hypothetisch Fr. 1'750.00,
  - Vermögen Berufungskläger: Fr. 0.00,
  - Vermögen Berufungsbeklagte: Fr. 0.00,
  - Bedarf Berufungskläger: Fr. 3'258.00,
  - Aktueller Bedarf Gesuchstellerin inkl. Kinder: 4'673.00.

Zur Deckung des gebührenden Unterhalts der Berufungsbeklagten fehlender Betrag (gem. Art. 129 Abs. 3 ZGB und Art. 282 Abs. 1 lit. e ZPO):  
Fr. 3'831.00.

7. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird bestätigt (Dispositiv-Ziffer 10).
8. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Eine Nachforderung gemäss § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
9. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.00 festgesetzt.
10. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
11. Es werden für beide Instanzen keine Entschädigungen zugesprochen.
12. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt F. \_\_\_\_\_ sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

13. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.  
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.  
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: