

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC120025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth.

## **Beschluss und Urteil vom 15. August 2012**

in Sachen

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

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Ehescheidung auf gemeinsames Begehren**

**Berufung gegen ein Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 3. Februar 2012; Proz. FE100066**

### **Rechtsbegehren:**

(sinngemäss)

Es sei die Ehe der Gesuchsteller auf deren gemeinsames Begehren zu scheiden, unter gerichtlicher Regelung der Nebenfolgen.

### **Urteil des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 3. Februar 2012** **(act. 69 und act. 73):**

1. Die Ehe der Gesuchsteller wird geschieden.
2. Die Kinder, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1999, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, werden unter die elterliche Sorge des Gesuchstellers gestellt.
3. Die Gesuchstellerin ist berechtigt, beide Kinder jeweils jedes zweite Wochenende von Freitag ab Schulschluss bis Sonntagabend 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.  
Unter der Woche ist die Gesuchstellerin ausserdem berechtigt, die Kinder jeden Mittwoch ab 18.00 Uhr bis Donnerstagabend 18.00 Uhr und zusätzlich jeden zweiten Mittwochnachmittag nach Schulschluss bis Donnerstagabend 18.00 Uhr zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.  
Des Weiteren ist die Gesuchstellerin berechtigt, die Kinder über Weihnachten vom 24. Dezember 16.00 Uhr bis 25. Dezember 18.00 Uhr sowie in den geraden Jahren an Ostern von Donnerstag 18.00 Uhr bis Ostermontag 18.00 Uhr sowie in den ungeraden Jahren an Pfingsten von Freitag 18.00 Uhr bis Pfingstmontag 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.  
Zudem ist die Gesuchstellerin berechtigt, die Kinder jährlich während der Schulferien für fünf Wochen (jeweils höchstens zwei Wochen hintereinander) auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen. Sie wird verpflichtet, dem Gesuchsteller die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus mitzuteilen.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, die Gesuchstellerin im Sinne von Art. 275a ZGB über besondere Ereignisse im Leben der Kinder zu benachrichtigen und sie vor Entscheidungen, die für die Entwicklung der Kinder wichtig sind, anzuhören und auf ihre Meinung gebührend Rücksicht zu nehmen. Die Gesuchstellerin ist berechtigt, bei Drittpersonen, die an der Betreuung der Kinder beteiligt sind, wie namentlich bei Lehrkräften, Ärztinnen und Ärzten, Auskünfte über den Zustand und die Entwicklung der Kinder ein(zu)holen. Der Gesuchsteller ist dafür besorgt, dass die Kinder in der Zeit, in welcher sie von den Grosseltern betreut werden, keinem Bibelunterricht unterzogen werden und bei religiösen Veranstaltungen nicht zugegen sind.

5. Die errichtete Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 ZGB wird beibehalten.

Dem Beistand werden insbesondere folgende Aufgaben übertragen:

- die Eltern in ihren gemeinsamen Bemühungen so zu unterstützen, dass sie später eine selbständige Besuchsrechtsregelung treffen können;
- die Modalitäten des Besuchsrechts den gegebenen Umständen anzupassen, insbesondere allfällige Aktivitäten der Kinder in jedem Fall zu gewährleisten;
- die Kommunikation unter den Eltern zu verbessern;
- regelmässige jährliche Standortbestimmungen betreffend die Regelung des Besuchsrechts vorzunehmen, erstmals per 31. Oktober 2012.

6. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, die Kinderrenten der Invalidenversicherung von derzeit Fr. 685.– je Kind sowie der Pensionskasse von Fr. 110.05 je Kind an den Unterhalt der Kinder zu leisten. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, aus diesen Beiträgen sämtliche für die Kinder anfallenden Unterhaltskosten wie Versicherungen, Kleider, Schulmaterial und allfällige Hobbies der Kinder zu bezahlen.

7. Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, ... [Adresse], wird angewiesen, die Kinderrente von derzeit Fr. 685.– je Kind nicht mehr an die Gemeinde E.\_\_\_\_\_, sondern an die Gesuchstellerin (A.\_\_\_\_\_, AHV-Nr. ...) persönlich auszurichten.

8. Die Pensionskasse F.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], wird angewiesen, die Kinderrente von Fr. 110.05 je Kind nicht mehr an die Gemeinde E.\_\_\_\_\_, sondern an die Gesuchstellerin (A.\_\_\_\_\_, AHV-Nr. ...) persönlich auszurichten.

9. Angesichts des ausgedehnten Besuchsrechts der Gesuchstellerin und der damit verbundenen Betreuung wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchstellerin einen monatlichen Betrag von Fr. 390.– für beide Kinder zu bezahlen. Die Gesuchstellerin ist berechtigt, diesen Betrag bei der Weiterleitung der Kinderrenten zu verrechnen und entsprechend in Abzug zu bringen. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, mit diesen Beiträgen insbesondere die Kosten für die Mittagessen, die die Kinder bei ihr einnehmen, sowie allfällige weitere Kosten, die mit der Betreuung der Kinder zusammenhängen, wie zum Beispiel Kosten für Freizeitaktivitäten, zu bezahlen.

10. Es wird festgestellt, dass sich die Gesuchsteller gegenseitig keinen persönlichen nahehelichen Unterhalt schulden.

11. Diesem Entscheid liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

Notbedarf Gesuchstellerin (exkl. Kinderbetreuungskosten)	Fr.	3'400.–
Notbedarf Gesuchsteller	Fr.	4'873.–
Einkommen Gesuchstellerin (IV- und BVG-Rente, EL)	Fr.	3'441.–
Einkommen Gesuchsteller (exkl. FamZ und 13. Mt.-Lohn)	Fr.	5'193.–

Schulden Gesuchstellerin	Fr. 78'000.–
Schulden Gesuchsteller	Fr. 116'000.–

12. Es wird festgestellt, dass bei der Gesuchstellerin der Vorsorgefall eingetreten ist. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin im Sinne von Art. 124 ZGB eine Entschädigungszahlung in der Höhe von Fr. 17'300.– zu bezahlen.
13. Die G. \_\_\_\_\_ Sammelstiftung (G. \_\_\_\_\_), ... [Adresse], wird angewiesen, vom Konto des Gesuchstellers (AHV-Nr. ...) den Betrag von Fr. 17'300.– auf das Freizügigkeitskonto der Gesuchstellerin (AHV-Nr. ...) bei der H. \_\_\_\_\_ (Sammelkonto Nr. ...) zu übertragen.
14. Es wird festgestellt, dass allfällige noch offene Steuerschulden, die den Zeitraum vor dem 1. Februar 2008 betreffen, von den Parteien im Verhältnis ihrer damaligen Einkommen übernommen werden.
15. Es wird festgestellt, dass das Darlehen gegenüber I. \_\_\_\_\_, für welches die Gesuchstellerin solidarisch mithaftet, vom Gesuchsteller übernommen wird. Für den Fall, dass die Gesuchstellerin für dieses Darlehen belangt wird, wird der Gesuchsteller verpflichtet, sie im internen Verhältnis schadlos zu halten.
16. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, die allenfalls bei der Gemeinde E. \_\_\_\_\_ noch offenen Kinderkosten zu übernehmen.
17. Im Übrigen erhält jede Partei mit Aktiven und Passiven zu Eigentum, was sie derzeit besitzt oder auf ihren Namen lautet, und es wird festgestellt, dass die Gesuchsteller güter- und ehe- und scheidungsrechtlich vollständig auseinandergesetzt sind.
18. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:  
  
Fr. 6'000.–; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 9'871.20 Kosten Gutachten  
Fr. 15'871.20  
  
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
19. Die Kosten werden den Gesuchstellern je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen. Das Nachforderungsrecht des Staates gemäss § 92 ZPO bleibt vorbehalten.
20. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
- 21./22. Mitteilungen, Rechtsmittel

### **Berufungsanträge:**

der Gesuchstellerin (act. 71):

Es sei Ziffer 2 des Urteils vom 3. Februar 2012 des Bezirksgerichtes Dielsdorf insofern zu ergänzen, als die Klägerin für berechtigt zu erklären sei, die Kinder zusätzlich jeden Freitagnachmittag nach Schulschluss bis 18.00 Uhr mit oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

Im Übrigen sei das Besuchsrecht unter Ziffer 2 des Urteils vom 3. Februar 2012 zu bestätigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten (zuzüglich MwSt.).

### **Erwägungen:**

1.1 Die Parteien waren verheiratet und sind die Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1999, und von D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004. Vom Februar 2008 an lebten sie getrennt, wobei die Kinder eheschutzrichterlich unter die Obhut des Vaters gestellt wurden. Dieser und seine im gleichen Ort lebenden Eltern betreuen die Kinder, welche aber auch zur Mutter regelmässig Kontakt haben (sie wohnt an der selben Strasse in einer Distanz von kaum hundert Metern). Schon vor dem Scheidungsverfahren wurde für die Kinder eine Beistandschaft errichtet.

Mit Urteil vom 3. Februar 2012 wurden die Eltern geschieden. Die Kinder wurden in die Sorge des Vaters gegeben, und es wurden detailliert alle übrigen Folgen der Scheidung geregelt, einschliesslich einer neuen Umschreibung der Aufgaben des Beistandes. Mit der Berufung ficht die Mutter (einzig) die Regelung der persönlichen Kontakte zwischen ihr und den Kindern an.

1.2 Die Akten des Scheidungsverfahrens wurden beigezogen. Auf einen Kostenvorschuss wurde verzichtet.

Eine Berufungsantwort ist nicht eingeholt worden.

2.1 Um zu erkennen, was streitig ist, sind angefochtenes Urteil und Berufungsantrag neben einander zu stellen. Betrachtet seien zwei Wochen, beginnend

mit dem Montag. Die Kinder sind zunächst beim Vater. Sie gehen am Mittwoch um 18 Uhr zur Mutter, also auf das Abendessen. Dann übernachteten sie dort, gehen am Donnerstag von dort aus zur Schule, kehren nach Schulschluss zu ihr zurück und gehen um 18 Uhr wieder zum Vater. Am nächsten Tag, Freitag, nach Schulschluss, gehen sie wieder zur Mutter, bleiben dort bis Sonntag Abend 18 Uhr, und gehen zum Essen zum Vater. In der zweiten Woche sind zwei Dinge anders: erstens sind die Kinder am Mittwoch (schon) ab Schulschluss, und nicht erst ab 18 Uhr bei der Mutter – wenn der Mittwoch frei ist, also schon ab dem Mittagessen. Zweitens sind sie am Wochenende nicht wie in der ersten Woche bei der Mutter, sondern beim Vater. (Dazu kommen – heute nicht streitig – Aufenthalte der Kinder bei der Mutter am Heiligabend und am ersten Weihnachtstag, abwechselnd an Ostern resp. Pfingsten und während fünf Wochen Ferien pro Jahr.)

Der Berufungsantrag der Mutter betrifft im vorstehend dargestellten Ablauf den zweiten Freitag (an dem die Kinder nicht ohnehin, wie am ersten Wochenende, bei ihr sind). Die Kinder sollen dann nach Schulschluss zu ihr kommen und bis um 18 Uhr bleiben; das Nachtessen wird also beim Vater eingenommen. In der Regel ist am Freitag Nachmittag Schule. Dann resultiert eine Zeit bei der Mutter von zweieinhalb Stunden abzüglich Schulweg und ohne Mahlzeit. Hat ein Kind am Freitag Nachmittag keine Schule (was nur in der Unterstufe und auch dort für höchstens die Hälfte der Klassen der Fall sein dürfte), beginnt die Zeit bei Schulschluss am Morgen, wird also das Mittagessen bei der Mutter eingenommen.

2.2 Die Mutter lässt vorbringen, ihr heutiger Antrag entspreche einer von den Eltern zusammen mit dem Gericht erarbeiteten Konvention vom 7. Dezember 2011. Der Vater habe sich damit einverstanden erklärt. Das Gericht stütze seinen abweichenden Entscheid auf den Betreuungsplan ab, welchen die Eltern am 13. April 2011 im Rahmen von Vergleichsgesprächen aushandelten. Schon damals seien sich die Eltern aber einig gewesen, dass das ausgedehnt werden solle, und auch die Beiständin unterstütze das. Zwar habe sich die Situation nach der Vereinbarung vom 13. April 2011 verschlechtert, aber nicht wegen der Ausdehnung der Kontakte, sondern weil sich der Vater nicht an die Abmachungen gehalten habe (im Einzelnen act. 71).

2.3 Die Mutter lässt selber vortragen, dass Behörden und Gerichte bei Entscheidungen, welche Kinder betreffen, nicht an die Anträge der Parteien gebunden sind (das ist die so genannte *Offizial-Maxime*), argumentiert aber gleichwohl zuerst damit, der Vater habe ja selbst einmal dem zugestimmt, was sie heute fordert. Nun ist es wohl richtig, dass eine von beiden Eltern einvernehmlich getragene Lösung häufig übernommen wird: weil sie – jedenfalls in diesem Bereich, und wie man hofft – keinen Anlass zu Streitigkeiten unter den Eltern gibt, und weil es in der Regel weniger die objektive Situation der Trennung ist als der Streit der Eltern, worunter die Kinder leiden. Das ändert aber nichts daran, dass die entscheidenden Instanzen nach eigenem Ermessen und falls nötig nach weiteren Erhebungen die Lösung zu treffen haben, welche den Kindern am besten dient – und nicht den Eltern, welche mitunter im Kampf um ihre "Rechte" das eigentliche Interesse des Kindes aus dem Blick zu verlieren drohen. Daher ist es nur bedingt von Bedeutung, dass der Vater von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ am 20. Dezember 2012 gegenüber dem Gericht erklären liess, er stimme gesamthaft einer Konvention zu, welche wie heute verlangt den Aufenthalt der Kinder an jedem Freitag von Schulschluss bis 18 Uhr – und das Nämliche zusätzlich auch an jedem Mittwoch – vorsah (act. 72/3 und 72/2; ein Konsens über alle Punkte scheiterte daran, dass die Mutter noch mehr Kontakte wünschte: act. 71 S. 4 Rz. 4). Auch ob die Eltern im April 2011 in Aussicht nahmen, die Zeiten bei der Mutter auszudehnen (act. 71 S. 4 Rz. 11), ist nicht entscheidend.

Im Eheschutzverfahren war festgelegt worden, dass die Kinder grundsätzlich in der Obhut des Vaters sein und jedes zweite Wochenende von samstags 9 bis sonntags halb sieben Uhr von der Mutter betreut werden sollten (Dossier EE070097 act. 40). Als der Gutachter am 25. Februar 2011 seine Einschätzung abgab, ging er von folgenden Zeiten aus, während welcher die Kinder bei der Mutter waren: jede Woche von Mittwoch- bis Donnerstag-Abend und freitags tagsüber, ferner jedes zweite Wochenende (act. 27 S. 4 f.). Am 13. April 2011 vereinbarten die Parteien versuchsweise, der Mutter die Betreuung jeden zweiten Mittwoch nicht erst ab "Abend" (das war wie alle anderen Zeiten nicht genau definiert), sondern auch "am Nachmittag" zu übertragen (Prot. I. S. 40 = act. 72/5). Die vorstehend erwähnte, von der Mutter abgelehnte Konvention sah dann vor,

dass die Eltern die Kontakte der Kinder zur Mutter "von Fall zu Fall" selber regeln sollten, und (nur) für den Konfliktfall wurden folgende Zeiten festgelegt: jeweils vom Mittwoch an bis Donnerstag 18 Uhr, mit Beginn am Mittwoch abwechselnd um 18 Uhr resp. bei Schulschluss, jedes zweite Wochenende bis sonntags 18 Uhr, mit Beginn am Freitag abwechselnd um 18 Uhr resp. bei Schulschluss (act. 72/2).

Das angefochtene Urteil referiert die Stellungnahme der Vormundschaftsbehörde vom 9. Juni 2011, wonach "die lange Dauer des Scheidungsprozesses und die Ausweitung des Besuchsrechts" in letzter Zeit zu vermehrten Eskalationen unter den Eltern geführt hätten (act. 38 S. 1). Die Mutter vertritt wie gesehen die Auffassung, nicht die längere Dauer der Kontakte, sondern die Unzuverlässigkeit des Vaters habe die Unstimmigkeiten verursacht. Das kann allerdings offen bleiben. Der Brief der Vormundschaftsbehörde E. \_\_\_\_\_ vom 4. Juli 2012, welchen die Mutter zitieren lässt, und der ohne nähere Spezifikation "keine Gründe" gegen die in der Konvention (richtig: im Konventionsentwurf) enthaltene Regelung sieht, gibt für den heute zu treffenden Entscheid kaum etwas her. Auch auf das Einholen einer weiteren Stellungnahme des Beistandes kann verzichtet werden. Er hat sich gegenüber der Einzelrichterin ausführlich vernehmen lassen, dabei namentlich auch von den bisweilen heftigen Eskalationen unter den Eltern berichtet, dem Gutachten ausdrücklich beigepflichtet und vor allem angemahnt, dass die gerichtlich zu treffende Regelung konkret und genau sein müsse, damit sie nicht zu Streit Anlass gebe (act. 37). Das vom Gericht eingeholte Gutachten (act. 27 passim, besonders S. 45 ff.) kommt zum Schluss, die Kinder hätten sich an den aktuellen "Plan" (jede Woche von Mittwoch- bis Donnerstag-Abend und freitags tagsüber, ferner jedes zweite Wochenende) gewöhnt. Der Plan sei allerdings auch von vielen Hin und Her geprägt, was für die Kinder Unruhe und Stress bedeute. Längerfristig postuliert der Gutachter daher Vereinfachungen des Plans in dem Sinn, dass die Eltern je mehrere Tage aneinander übernähmen (der Vater unter Einbezug seiner Eltern, die Mutter unter Einbezug ihres neuen Lebenspartners). Der Streit unter den Eltern nehme bisweilen bedenkliche Ausmasse an (was die Kinder nach der Erfahrung besonders an den "Schnittstellen" der Betreuung, dem Wechsel von der einen zur anderen Seite, negativ erleben). Dieses

Gutachten ist sehr sorgfältig und aufgrund einer umfassenden Aufarbeitung der Situation abgefasst, es überzeugt in Form und Inhalt. Dass häufiges Hin und Her wenn möglich zu vermeiden ist, ergibt sich aus der Erfahrung und entspricht der Praxis der Kammer. Schon die kurzen Aufenthalte der Kinder jeweils von Mittwoch bis Donnerstag laufen diesem Prinzip zuwider. Im Interesse eines guten und regelmässigen Kontaktes zur Mutter sind sie zu verantworten; die wenigen Stunden am Freitag, welche die Mutter zusätzlich verlangt, wären aber nicht im wohl verstandenen Interesse der Kinder.

Alles im Allem ist die von der Einzelrichterin getroffene Lösung sachgerecht und zu bestätigen.

3. Da keine Berufungsantwort eingeholt wurde, gab es keine Frist, während welcher eine Anschlussberufung hätte erklärt werden können (Art. 313 ZPO). Auch die in der Berufung nicht angefochtenen Punkte des erstinstanzlichen Scheidungsurteils werden daher erst mit dem heutigen Urteil rechtskräftig.

4. Die Kosten der Berufung gehen zu Lasten der unterliegenden Berufungsklägerin. Allerdings ist ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen. Sie ist mittellos, und Anträge zu Kinderbelangen sind in aller Regel und so auch hier nicht aussichtslos im Sinne des Kostenrechtes.

Da keine Berufungsantwort eingeholt wurde, entfällt eine Entschädigung.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Der Berufungsklägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, eingeschlossen die Bestellung von Rechtsanwältin Dr. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsbeiständin.
2. Mitteilung zusammen mit dem nachstehenden Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird unverändert bestätigt, so weit es angefochten war.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Berufungsklägerin auferlegt. Sie werden als Folge der bewilligten unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, unter dem Vorbehalt der Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO.
4. Für die Berufung werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage von Doppeln der act. 71 und act. 72/1-6, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.  
  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht zurück.
6. 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.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: