

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE190052-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss und Urteil vom 10. Februar 2020

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 17. Juli 2019 (EE180082-F)**

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am
Bezirksgericht Horgen vom 17. Juli 2019:**

1. Den Parteien wird das Getrenntleben bewilligt. Es wird festgestellt, dass die Parteien seit dem 12. Dezember 2018 getrennt leben.
2. Der Sohn C._____, geboren am tt.mm.2014, wird unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen.
3. Der Sohn, geboren am tt.mm.2014, wird für die Dauer des Getrenntlebens unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
4. Der Gesuchsgegner ist berechtigt und verpflichtet, den gemeinsamen Sohn auf eigene Kosten wie folgt zu betreuen:
 - jede zweite Woche (ungerade Jahreswochen) von Donnerstag nach Kindergarten bzw. Schulschluss bis Sonntag, 18.00 Uhr;
 - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage an Weihnachten und Neujahr;
 - in den geraden Jahren an Ostern von Gründonnerstag, 18.00 Uhr bis Ostermontag, 18.00 Uhr;
 - in den ungeraden Jahren an Pfingsten von Freitag, 18.00 Uhr bis Pfingstmontag, 18.00 Uhr;
 - 1 Woche während den Sportferien, 1 Woche während den Frühlingsferien, 1 Woche während den Sommerferien und 1 Woche während den Herbstferien, jeweils von Samstag, 09.00 Uhr bis Samstag, 18.00 Uhr; über die 5. Ferienwoche einigen sich die Parteien einvernehmlich im Voraus.

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, die Ferien jeweils mindestens drei Monate im Voraus der Gesuchstellerin schriftlich bekannt zu geben, wobei in geraden Jahren der Gesuchsgegner und in ungeraden Jahren die Gesuchstellerin Vorrang hat.

Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, den gemeinsamen Sohn jeweils persönlich bei der Gesuchstellerin abzuholen und zu ihr zurückzubringen.

5. Der Antrag der Gesuchstellerin, es sei dem Gesuchsgegner die Weisung zu erteilen, sich einer Beratung beim kjz D. _____ zu unterziehen, wird abgewiesen.
6. Der Antrag des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten sämtliche den Kindergarten oder die Schule betreffenden Information[en] unverzüglich mitzuteilen, wird abgewiesen.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin während der Dauer des Getrenntlebens für das Kind C. _____ monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbare Barunterhaltsbeiträge (zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) wie folgt zu bezahlen:
 - rückwirkend für die Phase 1 vom 12. Dezember 2018 bis zum 30. April 2019 für C. _____ Fr. 1'690.–
 - rückwirkend und zukünftig für die Phase 2 vom 1. Mai 2019 bis zum 31. Dezember 2019 für C. _____ Fr. 870.–
 - zukünftig für die Phase 3 ab dem 1. Januar 2020 für C. _____ Fr. 1'340.–
8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin während der Dauer des Getrenntlebens für C. _____ monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbaren Betreuungsunterhalt wie folgt zu bezahlen:
 - rückwirkend für die Phase 1 vom 12. Dezember 2018 bis zum 30. April 2019 für C. _____ Fr. 2'830.–
 - rückwirkend und zukünftig für die Phase 2 vom 1. Mai 2019 bis zum 31. Dezember 2019 für C. _____ Fr. 3'180.–

- zukünftig für die Phase 3 ab dem 1. Januar 2020 für C. _____ Fr. 640.–
- 9. Es wird festgestellt, dass mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners der gebührende Unterhalt des Kindes zeitweise nicht gedeckt ist und monatlich vom 12. Dezember 2018 bis zum 30. April 2019 für C. _____ Fr. 470.– (Betreuungsunterhalt) fehlen.
- 10. Für die Gratifikation des Jahres 2018 wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin einen Gesamtbetrag von Fr. 2'880.– (Fr. 1'920.– für die Gesuchstellerin und Fr. 960.– für das Kind) zu leisten. Die Auszahlung für das Jahr 2018 hat innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Urteils zu erfolgen.
Für die zukünftigen Auszahlungen der Gratifikationsanteile wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin umgehend nach Erhalt, spätestens aber bis Ende Februar des Folgejahres, diejenigen Lohnabrechnungen zuzustellen, auf welchen die Höhe und die Auszahlung der Gratifikation ersichtlich ist. Der Gesuchsgegner hat spätestens 30 Tage nach Erhalt der Gratifikation die Anteile für die Gesuchstellerin und für den gemeinsame Sohn an die Gesuchstellerin zu überweisen.
- 11. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab dem 1. Januar 2020 persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, in der Höhe von Fr. 900.– zu bezahlen. Es wird festgestellt, dass vom 12. Dezember 2018 bis zum 31. Dezember 2019 keine persönlichen Unterhaltsbeiträge geschuldet sind.
- 12. Vom 1. Mai 2019 bis zum 31. Dezember 2019 wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin monatlich zusätzlich einen Gesamtbetrag von Fr. 306.– (Fr. 204.– für die Gesuchstellerin und Fr. 102.– für das Kind) zu leisten. Ab dem 1. Januar 2020 wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin monatlich zusätzlich einen Gesamtbetrag von Fr. 670.– (Fr. 440.– für die Gesuchstellerin und Fr. 220.– für das Kind) zu leisten.

13. Es wird vorgemerkt, dass der Gesuchsgegner berechtigt wird, von den Unterhaltsbeiträgen gemäss Dispositivziffern 7, 8 und 11 bereits erbrachte Leistungen in der Höhe von Fr. 20'622.50 in Abzug zu bringen.
14. Der Antrag der Gesuchstellerin, es sei der Gesuchsgegner zu verpflichten, die offenen Steuerrechnungen zu übernehmen, wird abgewiesen.
15. Der Antrag des Gesuchsgegners, die Gesuchstellerin sei zu verpflichten, dem Gesuchsgegner vollständige und detaillierte Kontoauszüge des auf den Namen der Gesuchstellerin lautende Migrosbankkonto zuzustellen, wird abgewiesen.
16. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 7'000.– (Pauschalgebühr).
17. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
18. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
19. (Schriftliche Mitteilung)
20. (Berufung)

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (Urk. 68):

- "1. Es sei Ziffer 4 Abs. 1 des angefochtenen Entscheides wie folgt abzuändern:
Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, den gemeinsamen Sohn auf eigene Kosten jedes zweite Wochenende (ungerade Jahreswochen) von Freitag ab 17:00 Uhr bis Sonntag, 18:00 Uhr, zu sich und mit sich auf Besuch zu nehmen.
2. Es sei Ziffer 8 des angefochtenen Entscheides wie folgt abzuändern:

Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin während der Dauer des Getrenntlebens für C._____ monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbaren Betreuungsunterhalt wie folgt zu bezahlen:

- ...

- ...

- zukünftig für die Phase 3 ab dem 1. Januar 2020 für C._____ Fr. 1'090.00.

3. Es sei Ziffer 12, 2. Satz des angefochtenen Entscheides wie folgt abzuändern:

... Ab dem 1. Januar 2020 wird der Berufungsbeklagte verpflichtet, der Berufungsklägerin monatlich zusätzlich einen Gesamtbetrag von Fr. 397.00 zu leisten.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. der gesetzlichen Mwst) zu Lasten des Berufungsbeklagten."

Prozessuale Anträge:

- "1. Es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen angemessenen Prozesskostenbeitrag in Höhe von Fr. 5'000.00 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozesskostenhilfe zu gewähren sowie in der Person von Rechtsanwältin lic.iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten (Urk. 81):

- "1. Es seien Ziff. 3 und 4 (erster Bindestrich [Alltagsbetreuung]) des angefochtenen Entscheides aufzuheben und wie folgt abzuändern:
- 1.1. Der gemeinsame Sohn der Parteien C._____, geb. tt.mm.2014, sei unter die gemeinsame bzw. alternierende Obhut der Parteien zu stellen.
- 1.2. Der Berufungsbeklagte sei für berechtigt und verpflichtet zu erklären den gemeinsamen Sohn C._____, geb. tt.mm.2014, wie folgt zu betreuen:
- In den geraden Wochen jeweils von Mittwochabend 18.00 Uhr bis Montagmorgen Beginn Kindergarten / Schule; wobei der Gesuchsgegner C._____ am aktuellen Wohnort der Gesuchstellerin abholt und wieder zurückbringt;
 - In den ungeraden Wochen jeweils von Mittwochabend 18.00 Uhr bis Samstagmorgen 10.00 Uhr; wobei der Gesuchsgegner C._____ am aktuellen Wohnort der Gesuchstellerin abholt und wieder zurückbringt;

2. Der Berufungsantrag Nr. 3 der Berufungsklägerin betreffend Abänderung von Ziff. 12, 2. Satz des angefochtenen Entscheids sei gutzuheissen.
3. Im Übrigen seien die Berufungsanträge der Berufungsklägerin abzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Berufungsklägerin.

Prozessuale Anträge:

- "1. (...)
2. Die Berufungsklägerin sei zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten innert 10 Tagen ab Rechtskraft des Urteils einen Prozesskostenbeitrag von CHF 5'000.00 zu bezahlen.
3. **Eventualiter** für den Fall, dass die Berufungsklägerin als nicht leistungsfähig erachtet werden muss oder der Prozesskostenbeitrag nicht einbringlich sein sollte, sei dem Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern des Sohnes C._____, geboren am tt.mm.2014. Am 22. Dezember 2018 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzbegehren (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann dem erstinstanzlichen Urteil entnommen werden (Urk. 70 S. 5 ff.). Am 17. Juli 2019 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 70 S. 54 ff.).
2. Die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) erhob am 21. Oktober 2019 fristgerecht Berufung mit den erwähnten Anträgen (Urk. 41). Am 30. Oktober 2019 stellte sie ein Gesuch um Erlass von superprovisorisch anzuordnenden vorsorglichen Massnahmen betreffend das Alltagsbetreuungsrecht (Urk. 75). Mit Verfügung vom 1. November 2019 traf die erkennende Kammer ei-

ne einstweilige Regelung und setzte dem Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) Frist an, um zum Massnahmenbegehren Stellung zu nehmen und die Berufung zu beantworten (Urk. 79). Am 14. November 2019 gingen die Stellungnahme und die Berufungsantwort (Urk. 81) und am 19. November 2019 eine Nachtragseingabe ein (Urk. 84). Mit Beschluss vom 25. November 2019 fällte die Kammer den folgenden Zwischenentscheid (Urk. 87 S. 11):

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 17. Juli 2019 betreffend die Dispositiv-Ziffern 1-3, Ziffer 4 Abs. 1 zweiter, dritter, vierter und fünfter Spiegelstrich, Ziffer 4 Abs. 2 und Abs. 3, Ziffern 5-7, Ziffer 8 bis und mit zweiter Spiegelstrich, Ziffern 9-11, Ziffer 12 Satz 1 sowie Ziffern 13-18 am 22. Oktober 2019 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Auf die Anschlussberufung des Gesuchsgegners (Rechtsbegehren Ziff. 1 [1.1.+1.2]) wird nicht eingetreten.
3. Der Berufung der Gesuchstellerin gegen Dispositiv-Ziff. 4 Abs. 1 erster Spiegelstrich des Urteils der Vorinstanz vom 17. Juli 2019 wird die aufschiebende Wirkung erteilt, soweit sie das Besuchsrecht von Donnerstag nach Kindergarten bzw. Schulschluss bis Freitag, 17.00 Uhr in den ungeraden Jahreswochen betrifft. Demzufolge ist der Gesuchsgegner für die Dauer des Berufungsverfahrens berechtigt und verpflichtet, den Sohn C._____ in den ungeraden Jahreswochen am Freitag, ab 17.00 Uhr bis Sonntag, 18.00 Uhr zu betreuen. Für die Übergabemodalitäten gilt die in Rechtskraft erwachsene Dispositiv-Ziff. 4 Abs. 3 des Urteils der Vorinstanz vom 17. Juli 2019.
4. Das Doppel der Berufungsantwortschrift wird der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt.
- 5./6. (Schriftliche Mitteilung / Beschwerde).
3. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2019 erklärte die Gesuchstellerin, die Berufungsanträge betreffend die Unterhaltsbeiträge zurückzuziehen (Urk. 88). Diese

Eingabe wurde am 6. Januar 2020 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 90). Mit Formularbrief vom 17. Januar 2020 liess der Gesuchsgegner kommentarlos eine WhatsApp-Nachricht einreichen (Urk. 91 und 92). Mit Verfügung vom 20. Januar 2020 wurde den Parteien angezeigt, dass das Verfahren in die Phase der Urteilsberatung übergegangen sei (Urk. 93).

II.

1. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1).

2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Im Bereich des vorliegend anwendbaren strengen Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 ZPO (betreffend sämtliche Kinderbelange) können die Parteien mit der Berufung jedoch Noven vortragen, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

3. Wie dargelegt, zog die Gesuchstellerin die Berufungsanträge 2 und 3, welche die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners betreffen, mit Eingabe vom 16. Dezember 2019 zurück (Urk. 88). Das Berufungsverfahren ist mit Bezug auf Dispositiv-Ziffer 8 dritter Spiegelstrich und Dispositiv-Ziffer 12 2. Satz des angefochtenen Urteils abzuschreiben. Es ist vorzumerken, dass das angefochtene Urteil auch insofern rechtskräftig geworden ist.

4. Strittig bleibt demnach Berufungsantrag Ziffer 1 betreffend die Regelung des Besuchsrechts. Konkret zu überprüfen ist die Alltagsbetreuung, nämlich ob der Gesuchsgegner C._____ jede zweite Woche ab Donnerstag oder erst ab Freitag (jeweils nach dem Kindergarten bzw. dem Schulschluss bzw. ab 17.00 Uhr) betreut.

5. Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Als oberste Richtschnur für die Ausgestaltung des Besuchsrechts gilt immer das Kindeswohl, das anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen ist; allfällige Interessen der Eltern haben zurückzustehen (BGE 130 III 585 E. 2.1). Immerhin hat der persönliche Verkehr in den vergangenen Jahren eine zunehmende Ausdehnung erfahren, wobei innerschweizerisch ein gewisses Gefälle dahingehend auszumachen ist, dass die Besuchsrechtsregelungen von Osten gegen Westen grosszügiger werden. Die allgemeine Tendenz zur Ausweitung des Besuchsrechtes fusst auf der Erkenntnis, dass der Kontakt zum getrennt lebenden Elternteil für das Kind von grosser Bedeutung ist und dadurch namentlich auch die Scheidungsverarbeitung erleichtert und langfristig die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes gefördert wird (vgl. BGE 139 I 315 E. 2.3 m.H.).

6. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Urteil, das vom Gesuchsgegner beantragte Besuchsrecht (Mittwochabend bis Montagmorgen in den geraden Wochen und Mittwochabend bis Samstagmorgen in den ungeraden Wochen) stelle sinngemäss die Umsetzung einer alternierenden Obhut dar, die [unter Hinweis auf die Erwägungen zur Obhutsfrage] nicht anzuordnen sei. Derzeit sei der Gesuchsgegner berechtigt, den gemeinsamen Sohn jeden zweiten Samstag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr zu sich zu nehmen. Aufgrund der vor der Trennung gelebten Rollenteilung sei ein gerichtsübliches Besuchsrecht jedes zweite Wochenende denkbar. Zu berücksichtigen seien sowohl die enge Beziehung zwischen dem Gesuchsgegner und dem Sohn als auch die flexiblen Arbeitszeiten des Gesuchsgegners, die ein erweitertes Besuchsrecht im Sinne des Kindeswohls erscheinen liessen. Von einem wöchentlichen Wochenendbesuchsrecht sei jedoch abzuse-

hen, da ein wöchentlicher Wechsel zwischen den Wohnorten für den Sohn zu belastend wäre. Im Sinne des Kindeswohls und unter Berücksichtigung der engen Beziehung zu beiden Elternteilen sei ein Besuchsrecht des Gesuchsgegners jede zweite Woche von Donnerstag nach Kindergarten bzw. Schulschluss bis Sonntag, 18.00 Uhr festzulegen (Urk. 70 S. 19).

7. Die Gesuchstellerin macht geltend, das Besuchsrecht sei nicht sachgerecht. Die Vorinstanz übersehe, dass der Gesuchsgegner einen 100 %-Job im Kanton Glarus ausübe und täglich zwischen E._____ und F._____ hin und her pendle. C._____ habe im ersten Kindergartenjahr um 11:50 Uhr Schulschluss. Somit könne der Gesuchsgegner nur für wenige Stunden an seinem Arbeitsort arbeiten, um wieder aufzubrechen. Da er anschliessend wieder an seinen Arbeitsplatz nach F._____ zurückkehren müsse, sei ungeklärt, wo der Sohn verbleibe. Auch müsse der Gesuchsgegner am Freitag arbeiten. Es sei nicht Sinn des Besuchsrechts, das Kind bei den betagten und kränkelnden Grosseltern "zu deponieren" oder im Hort unterzubringen, wenn es von der Mutter in dieser Zeit betreut werden könne. Der Gesuchsgegner könne das von der Vorinstanz festgelegte Besuchsrecht nicht ausüben, ohne eine Fremdbetreuung in Anspruch zu nehmen. C._____ sei sehr auf seine Mutter fixiert und wäre bei der von der Vorinstanz angestrebten Regelung überfordert. Auch spiele die räumliche Distanz zwischen den Wohnungen der Eltern, die Freizeitgestaltung des Kindes sowie die Qualität der Beziehung zwischen den Eltern eine Rolle. C._____ sei auf die Bring- und Holfahrten mit dem Auto durch den Gesuchsgegner angewiesen. Es sei notorisch und durch die Wegleitung "Der Schulweg" belegt, dass die Schulbehörde von Eltern verlange, dass die Kinder den Weg in den Kindergarten täglich jeweils allein und zu Fuss erlernen sollten. Um sich Freiraum zu verschaffen, werde der Gesuchsgegner auf die Hilfe seiner betagten Eltern zurückgreifen, die kaum mehr in der Lage seien, Auto zu fahren. Die Frage, wie das Kind am Freitag in den Kindergarten komme, habe die Vorinstanz offengelassen. Sodann besuche C._____ den Logopädieunterricht, der bisher am Donnerstag stattgefunden habe, und es sei möglich, dass dieser auch weiterhin am Donnerstag stattfinden werde (Urk. 68 S. 7 ff.).

8. Der Gesuchsgegner äussert sich in seiner Berufungsantwort hauptsächlich zu seinem Antrag auf alternierende Obhut (Urk. 81 S. 11 ff.). Im Beschluss vom 25. November 2019 hat die Kammer bereits festgehalten, dass dieser Antrag sinngemäss eine Anschlussberufung beinhaltet, welche im Eheschutzverfahren nicht zulässig ist (Urk. 87 S. 11). Folglich ist auf diese Ausführungen nicht einzugehen.

9. Die Gesuchstellerin dringt mit ihren Einwänden gegen das angeordnete Besuchsrecht mit drei Übernachtungen nicht durch. Auf den genauen Zeitpunkt des Beginns des Besuchsrechts ist später einzugehen (unten Ziff. 9.6).

9.1 Die Vorbringen betreffen vorab organisatorische Fragen zum Arbeitsalltag bzw. Arbeitsweg, welche indessen der besuchsberechtigte Gesuchsgegner zu lösen hat. Es fällt in seinen Verantwortungsbereich, seinen Arbeitsalltag so einzurichten, dass er das vom Gericht eingeräumte Betreuungsrecht im Kindsinteresse umsetzen kann. Zu beachten ist, dass es nur um eine Regelung alle zwei Wochen geht. Bereits im erstinstanzlichen Verfahren brachte der Gesuchsgegner vor, dass er die Möglichkeit eines Home-Office-Tages habe und sein Arbeitspensum auf den 1. August 2019 von 100 % auf 80 % reduziert habe (Urk. 70 S. 13). Darauf weist er im Berufungsverfahren erneut hin (Urk. 81 S. 19), und er ist darauf zu behaften, dass er seine Arbeit mit dem Home-Office-Tag flexibel gestalten kann. Die Gesuchstellerin bestreitet zwar pauschal diese Angabe (Urk. 68 S. 9), was jedoch nicht genügt.

9.2 Die Entfernung zwischen den Wohnorten sowie die Qualität der Beziehung zwischen den Eltern sind primär Voraussetzungen, welche für die Zuteilung der alternierenden Obhut von Bedeutung sind (BGE 142 III 612 E. 4.3). Da letztere im Berufungsverfahren nicht zu prüfen ist, sind die diesbezüglichen Argumente der Gesuchstellerin nicht stichhaltig. Für die Ausübung des vierzehntäglichen Besuchsrechts ist die Distanz zwischen den Wohnungen der Parteien mit rund 14 km unproblematisch. Ebenfalls nicht einleuchtend ist das Kriterium der Freizeitgestaltung, da C._____ noch ein Kleinkind ist und nichts Konkretes zur Freizeit bzw. einem allfälligen Hobby geltend gemacht wird.

9.3 Der Einwand, der Gesuchsgegner sei auf eine Fremdbetreuung angewiesen, wird vom Gesuchsgegner bestritten (Urk. 81 S. 19) und spricht zudem nicht gegen das dreitägige Besuchsrecht. Wie ausgeführt, ist davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner freitags zuhause arbeitet und eine Fremdbetreuung nicht erforderlich ist. Es ist der Gesuchsgegner, der verantwortlich ist, C._____ freitags rechtzeitig in den Kindergarten in G._____ zu bringen und abzuholen. Grundsätzlich ist es einem besuchsberechtigten Elternteil jedoch nicht untersagt, auf die Hilfe von Drittpersonen zurückzugreifen. Es ist unbestritten, dass zwischen C._____ und seinen Grosseltern väterlicherseits ein guter und enger Kontakt besteht. Die Gesuchstellerin führte vor Vorinstanz selbst aus, dass C._____ [vor der Trennung] jeweils am Donnerstagabend bei den Eltern des Gesuchsgegners gegessen habe und das ihr "freier" Abend gewesen sei. Zudem habe C._____ seit 2019 auch schon den Nachmittag mit den Grosseltern verbracht (Prot. I S. 22). Das Verbringen von Freizeit mit den Grosseltern liegt somit im Kindsinteresse.

9.4 Die Behauptung, die Schulbehörde verlange von den Eltern, dass die Kinder den Weg in den Kindergarten täglich allein und zu Fuss erlernen würden, ist nicht belegt. Erstens ist nicht der "tägliche" Schulweg von C._____ strittig. Zur Diskussion steht ein Besuchsrecht alle zwei Wochen an einem Freitag. Zweitens geht aus der beigebrachten Broschüre keine Pflicht der Eltern hervor (Urk. 73/6). Vielmehr handelt es sich um ein Merkblatt des TCS, welches die Sicherheit der Kinder thematisiert und Empfehlungen abgibt. Gewiss ist es anzustreben, dass die Kinder zu Fuss in den Kindergarten gehen und nicht mit dem Auto chauffiert werden. Wenn sich Eltern jedoch trennen und in unterschiedlichen Gemeinden Wohnsitz haben, ist es kaum vermeidbar, dass kleine Kinder an einzelnen Betreuungstagen begleitet werden müssen. Und drittens ermöglicht die persönliche Begleitung ab und an einen Kontakt des nicht obhutsberechtigten Vaters mit der Lehrperson, welche den Gesuchsgegner über die Entwicklung des Kindes direkt informieren kann, was ebenso im Kindeswohl liegt.

9.5 Auf den Vorfall vom 24. Oktober 2019 ist schliesslich nicht mehr einzugehen. Damals kam es im Beisein von C._____ zu einer Eskalation zwischen den Parteien vor dem Kindergarten, als der Gesuchsgegner - entgegen der Anwei-

sung im Urteil - C._____ im Kindergarten statt bei der Gesuchstellerin abholen wollte (Urk. 75 S. 5). Im Beschluss vom 25. November 2019 betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde dieser Umstand mitberücksichtigt (Urk. 87 S. 9). Die Berufungsinstanz schätzt dieses Vorkommnis als singuläres Ereignis ein. Sie geht davon aus, dass sich beide Parteien - im Interesse von C._____ - an die gerichtlichen Anordnungen halten werden. Desgleichen nimmt die Berufungsinstanz an, dass der Gesuchsgegner verantwortungsbewusst ist und Beeinflussungen von C._____, wie die Gesuchstellerin behauptet (Urk. 88 S. 2) und welche unwidersprochen blieben, inskünftig unterlassen wird. Das fragwürdige Verhalten (vgl. Urk. 89) ist möglicherweise im Licht der strittigen Betreuungsregelung zu sehen, und es ist zu erwarten, dass sich die Situation mit dem vorliegenden Entscheid für alle Beteiligten beruhigt.

9.6 Die Vorinstanz setzte den Beginn des Besuchsrechts auf Donnerstag "nach Kindergarten bzw. Schulschluss" fest (Urk. 70 S. 55). Die Übergabe erfolgt am Wohnort der Gesuchstellerin (Urk. 70 S. 55, Dispositiv-Ziffer 4 Abs. 2). C._____ besucht das erste Kindergartenjahr und hat nur morgens Unterricht (Urk. 73/5). Gegenwärtig besucht C._____ seinen Vater alle zwei Wochen von Freitagabend, 17 Uhr, bis Sonntagabend, 18 Uhr (Urk. 78 S. 11). Angesichts des Alters und der bisher praktizierten Regelung erscheint es sachgerecht, den Beginn des Besuchsrechts am Donnerstag auf 18 Uhr festzulegen. Dadurch wird in Bezug auf den Beginn eine gewisse Stabilität und Kontinuität erreicht, unabhängig davon, dass C._____ im kommenden Sommer am Donnerstagnachmittag wohl Unterricht haben wird (vgl. Urk. 73/5). Auch besteht eine gewisse Kongruenz zum Beginn an Gründonnerstag und vor Pfingsten. Weiter kann damit dem Arbeitsweg des Gesuchsgegners, der - so ist anzunehmen - donnerstags in F._____ arbeitet, gebührend Rechnung getragen werden. Bei diesem Ergebnis braucht auf die Vorbringen zum Logopädieunterricht nicht eingegangen zu werden. Sollte der Unterricht weiterhin am Donnerstagnachmittag stattfinden (die Gesuchstellerin hat sich dazu nicht mehr konkret geäußert), obliegt es ihr, für den Besuch des Unterrichts zu sorgen.

9.7 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das angefochtene Besuchsrecht im Grundsatz zu bestätigen, der Beginn jedoch auf Donnerstag, 18 Uhr, festzulegen ist. Demzufolge ist der Gesuchsgegner zu berechtigen und zu verpflichten, den gemeinsamen Sohn C. _____ auf eigene Kosten an jedem zweiten Wochenende (ungerade Jahreswochen) von Donnerstag, 18 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr zu betreuen.

10. Die Höhe der erstinstanzlichen Entscheidgebühr (Dispositiv-Ziffer 16) wurde von keiner Partei angefochten und ist zu bestätigen. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind ebenfalls zu bestätigen; die nur geringfügige Anpassung des Besuchsrechts vermag eine andere Verteilung der Prozesskosten im Sinne von Art. 318 Abs. 3 ZPO nicht zu rechtfertigen.

III.

1. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens sind auf Fr. 3'000.– festzulegen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 12 Abs. 1 und 2 GebV).

2. Sofern beide Parteien unter dem Aspekt des Kindesinteresses gute Gründe für ihre jeweiligen Anträge haben, sind die Prozesskosten in den nicht vermögensrechtlichen Kinderbelangen den Parteien praxismässig je zur Hälfte aufzuerlegen (ZR 84 Nr. 41). Dies trifft vorliegend für die Hauptberufung der Gesuchstellerin betreffend Besuchsrecht zu. Dagegen war die Anschlussberufung des Gesuchsgegners, die sich ebenfalls gegen die vorinstanzliche Besuchsregelung richtete, von vornherein unzulässig (Urk. 87 S. 10 f.), weshalb insoweit keine guten Gründe für die Antragstellung ersichtlich sind. Andererseits unterliegt die Gesuchstellerin mit ihrem (zurückgezogenen) Antrag zum Unterhalt. Damit obsiegen bzw. unterliegen die Parteien insgesamt je zur Hälfte, weshalb ihnen die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigung wettzuschlagen sind.

3. Die Vorinstanz gewährte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 33). Im Berufungsverfahren erneuern sie ihre Gesuche bzw. stellen vorab je ein Gesuch für einen Prozesskostenbeitrag (Urk. 68 S. 5; Urk. 81 S. 2).

3.1 Ein Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Als bedürftig gilt, wer für die Kosten eines Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. Soweit die finanziellen Mittel des Gesuchstellers den Betrag überschreiten, dessen er zur Deckung seiner persönlichen Bedürfnisse bedarf, ist dieser Überschuss mit den voraussichtlichen Kosten des Verfahrens in Beziehung zu setzen, für das um unentgeltliche Rechtspflege ersucht wird: dabei sollte der monatliche Überschuss es ihm ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwendigen Prozessen binnen eines Jahres, bei anderen binnen zweier Jahre zu tilgen (BGer 5A_810/2011 vom 7. Februar 2012, Erw. 2.3 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A_849/2014 vom 30. März 2015, Erw. 2.2).

3.2 Bei der Ermittlung des notwendigen Lebensunterhalts ist nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen. Aus dem Effektivitätsgrundsatz folgt, dass das Selbstverschulden der gesuchstellenden Person an ihrer Mittellosigkeit und ihr Verzicht auf die Erzielung von Einkommen unerheblich sind (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 8 f.). Für die massgeblichen Beträge ist auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des Entscheids abzustellen. Denn der Grundsatz, wonach über das prozessuale Armenrechtsgesuch im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zu entscheiden ist, erfährt Ausnahmen. Diese beschlagen jedoch nur veränderte Verhältnisse im laufenden Verfahren. Wird nicht unmittelbar nach Eingang über das Armenrechtsgesuch einer Partei entschieden und verändern sich die Verhältnisse während des laufenden Verfahrens, ist bei der Prüfung der Mittellosigkeit die finanzielle Situation der gesuchstellenden Person im Zeitpunkt des Entscheids massgebend (ZR 90 Nr. 57; BGE 122 I 5 S. 7). Gemäss angefochtenem Entscheid verfügt die Gesuchstellerin ab Januar 2020 über einen Überschuss von Fr. 444.–, wobei die Vorinstanz die Steuern bereits berücksichtigt hat (Urk. 70 S. 50). Der Entscheid basiert auf einem Einkommen der Gesuchstellerin von

Fr. 2'600.– ab 1. Januar 2019 (recte 2020; Urk. 70 S. 32 f.). Die Gesuchstellerin hat sich in ihrer Eingabe vom 16. Dezember 2019 dahingehend geäußert, dass der monatliche Verdienst dem ermittelten Betrag der Vorinstanz entspreche (Urk. 88 S. 1). Demzufolge ist von einem Überschuss von jedenfalls rund Fr. 400.– auszugehen. Die Gesuchstellerin hat zudem glaubhaft gemacht, dass sie ihrem Vater ein Darlehen zurückzuzahlen hat und hat einen Beleg für die regelmässig zu tilgenden Raten à Fr. 250.– beigelegt (Urk. 73/13, 73/14). Im prozessualen Notbedarf sind ausgewiesene Schuldverpflichtungen zu berücksichtigen, wenn die regelmässige Amortisation nachgewiesen ist (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 198). Folglich reduziert sich der Freibetrag auf rund Fr. 150.– und die Gesuchstellerin hat als prozessual mittellos und in Bezug auf den gegnerischen Prozesskostenbeitrag als nicht leistungsfähig zu gelten.

3.3 Auch der Gesuchsgegner verfügt gemäss Vorinstanz über einen Freibetrag von Fr. 444.– (Urk. 70 S. 50). Die Berechnung basiert auf einem monatlichen Einkommen von Fr. 9'100.– für ein volles Pensum (Urk. 70 S. 42 S. 48). Die Vorinstanz erwog, die Pensumsreduktion des Gesuchsgegners auf 80 % sei eigenmächtig erfolgt und deshalb unbeachtlich (Urk. 70 S. 42). Unter Hinweis auf die zitierte Rechtsprechung zum Effektivitätsgrundsatz (E. III./3.2) ist bei der Frage der Bedürftigkeit vom effektiv erzielten Einkommen von Fr. 6'999.– (inklusive Familienzulage) auszugehen. Unter Anrechnung eines Anteils am 13. Monatslohn beläuft es sich auf Fr. 7'350.– (Urk. 81 S. 24). Die zu leistenden Unterhaltsbeiträge betragen ab 2020 insgesamt Fr. 3'550.– (Urk. 70 S. 56 f.), weshalb Fr. 4'000.– verbleiben, was unter dem Bedarf gemäss Vorinstanz vom Fr. 4'210.– liegt (Urk. 70 S. 48). Demnach hat auch der Gesuchsgegner als prozessual mittellos und in Bezug auf den gegnerischen Prozesskostenbeitrag als nicht leistungsfähig zu gelten.

3.4 Da auch die übrigen Voraussetzungen von Art. 117 ZPO erfüllt sind, ist bei den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person ihrer Rechtsvertreterinnen je eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

3.5 Entsprechend sind die Kostenanteile einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren wird beschrieben, soweit die nachfolgenden Dispositivziffern angefochten wurden. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 17. Juli 2019 auch insofern rechtskräftig geworden ist:

"8. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin während der Dauer des Getrenntlebens für C. _____ monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats zahlbaren Betreuungsunterhalt wie folgt zu bezahlen:

- ...
- ...
- zukünftig für die Phase 3 ab dem 1. Januar 2020 für C. _____
Fr. 640.-."

"12. ... Ab dem 1. Januar 2020 wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin monatlich zusätzlich einen Gesamtbetrag von Fr. 670.- (Fr. 440.- für die Gesuchstellerin und Fr. 220.- für das Kind) zu leisten."

2. Die Begehren der Gesuchstellerin und des Gesuchsgegners um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags werden abgewiesen.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
4. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Gesuchsgegner wird berechtigt und verpflichtet, den gemeinsamen Sohn C._____ auf eigene Kosten an jedem zweiten Wochenende (ungerade Jahreswochen) von Donnerstag, 18 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr zu betreuen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 16 bis 18) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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. und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG,

Zürich, 10. Februar 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
sn