

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY160006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Urteil vom 10. Juni 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Gesuchsgegner und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin, Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 24. November 2015 (FE110221-F)

Rechtsbegehren:

der Klägerin, Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 7/31):

1. Es sei der Sohn C.____, geboren am tt.mm.1997, im Sinne von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter die elterliche Obhut der Klägerin zu stellen.
2. Es sei der Beklagte im Sinne von vorsorglichen Massnahmen zu verpflichten, der Klägerin an den Unterhalt des Sohnes monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe der ihm ausbezahlten Kinderrente zu bezahlen, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen.
3. Es seien gerichtsbliche Besuchs- und Ferienrechte anzuordnen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

des Beklagten, Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 7/40, Prot. I S. 19; Urk. 7/82 sinngemäss)

1. Die Begehren der Gesuchstellerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen seien abzuweisen.
2. Der Sohn C.____ sei für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut des Gesuchsgegners zu stellen.
3. Es sei der Gesuchstellerin ein Besuchsrecht an zwei Wochenenden pro Monat von Samstag, 10 Uhr, bis Sonntag, 18 Uhr, weiter ein gerichtsbliches Feiertagsbesuchsrecht sowie ein Ferienbesuchsrecht von drei Wochen pro Kalenderjahr einzuräumen.
4. Es sei eine Erziehungsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 308 Abs. 2 ZGB anzuordnen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen samt Mehrwertsteuer zulasten der Gesuchstellerin.

Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 24. November 2015:

(Urk. 2 S. 8 f.)

1. Die Rechtsbegehren Ziff. 1 und Ziff. 3 der Gesuchstellerin werden als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2. Die Rechtsbegehren Ziff. 2, Ziff. 3 und Ziff. 4 des Gesuchsgegners werden als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin in Abgeltung der rückwirkend vom 16. Mai 2012 bis 31. August 2015 geschuldeten Unterhaltsbeiträge für Sohn C._____ insgesamt Fr. 2'302.70 (deutsche Kinderrente 16. Mai 2012 – 31. August 2015: insgesamt Fr. 4'355.40; Schweizer Kinderrente 1. November 2014 – 31. August 2015: insgesamt Fr. 3'000.-; hälftige Betreuung C._____ durch Gesuchsgegner, abzüglich bereits an Gesuchstellerin bezahlte Beträge [27 ½ Monate à Fr. 50.-] = Fr. 3'677.70 – Fr. 1'375.- = Fr. 2'302.70) zu bezahlen.
4. Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Entscheid in der Hauptsache vorbehalten.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (Urk. 1 sinngemäss):

Die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben und über seine Anträge sei neu zu verhandeln, eventualiter seien die Unterhaltsbeiträge zu revidieren.

Erwägungen:

1.1 Der Beklagte, Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) und die Klägerin, Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) sind seit dem tt. August 1997 verheiratet und haben einen gemeinsamen Sohn (geboren tt.mm.1997; Urk. 7/6). Sie leben seit 2003 getrennt (Urk. 7/42 Blatt 3, Urk. 7/52 S. 3). Am 19. September 2011 reichte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz eine Klage auf Scheidung der Ehe ein (Urk. 7/1). Am 26. Januar 2012 und 26. April 2012 fand die Einigungsverhandlung statt, dazwischen eine Kinderanhörung (Prot. I S. 5-11). Mit Verfügungen vom 10. November 2011 bzw. 7. Mai 2012 wurde den Parteien im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung gewährt (Urk. 7/10; Urk. 7/29; Urk. 7/75). Am 15. Mai 2012 stellte die Gesuchstellerin ein Begehren um Erlass vorsorglicher

Massnahmen (Urk. 7/31); die entsprechende Verhandlung wurde auf Begehren zuerst des Gesuchsgegners, dann der Gesuchstellerin, dann wieder des Gesuchsgegners und schliesslich infolge eines Ausstandsbegehrens des Gesuchsgegners mehrfach verschoben (Urk. 7/33-39; Urk. 7/48-50; Urk. 7/57-62; Urk. 7/69; Urk. 7/71; Urk. 7/78) und fand schliesslich am 28. Februar 2013 statt (Prot. I S. 19 ff.). Am 27. März 2013 erliess die Vorinstanz die Verfügung betreffend die vorsorglichen Massnahmen (Urk. 7/92). Diese Verfügung wurde auf Berufung des Gesuchsgegners hin von der Kammer mit Beschluss vom 23. August 2013 aufgehoben, da ein Ausstandsbegehren des Gesuchsgegners gegen den die Verfügung vom 27. März 2013 erlassenden Richter in zweiter Instanz gutgeheissen worden war (Urk. 7/98; Urk. 7/110). Auf die vom Gesuchsgegner dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 12. Februar 2014 nicht ein (Urk. 7/114). Nachdem der neu mit dem Prozess befasste Einzelrichter, Vizepräsident lic. iur. D._____, am 14. März 2014 eine erneute Kinderanhörung in Aussicht gestellt und zur Hauptverhandlung auf den 30. April 2014 vorgeladen hatte (Urk. 7/116), stellte der Gesuchsgegner ein Ausstandsbegehren gegen Bezirksrichter D.____ (Urk. 7/121). Die auf den 17. April 2014 vereinbarte Kinderanhörung konnte sodann aufgrund der Weigerung des Sohnes nicht durchgeführt werden (Urk. 7/124; Prot. I S. 55). Am 25. April 2014 verlangte der Gesuchsgegner die Sistierung des Verfahrens, bis über sein Ausstandsbegehren entschieden sei (Urk. 7/130). Mit Urteil vom 25. Juni 2014 wies das Bezirksgericht Horgen das Ausstandsbegehren des Gesuchsgegners ab (Urk. 7/138A). Den dagegen erhobenen Beschwerden des Gesuchsgegners an das Obergericht (Urteil der Kammer vom 23. Juli 2014; Urk. 7/141) und an das Bundesgericht (Urteil vom 4. November 2014, Urk. 7/148) war kein Erfolg beschieden. Am 23. Januar 2015 wies die Verwaltungskommission des Obergerichts eine Aufsichtsbeschwerde des Gesuchsgegners gegen diverse Richter des Bezirksgerichts Horgen ab (Urk. 7/149). Mit Verfügung vom 11. Februar 2015 wurden die Parteien nunmehr zur Hauptverhandlung auf den 8. Mai 2015 vorgeladen (Urk. 7/150). Am 26. April 2015 stellte der Gesuchsgegner erneut ein Ausstandsbegehren gegen den vorinstanzlichen Richter, welches vom Bezirksgericht Horgen mit Urteil vom 20. August 2015 abgewiesen wurde (Urk. 7/161D). Eine dagegen gerichtete Beschwer-

de wurde mit Urteil der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 30. November 2015 abgewiesen (*OGer ZH PC150058-O vom 30.11.2015*, S: 7).

1.2 In der Folge wurden die Parteien mit Verfügung vom 6. Oktober 2015 erneut zur Hauptverhandlung auf den 24. November 2015 vorgeladen; gleichzeitig wurde ihnen Frist zum Einreichen von Unterlagen angesetzt (Urk. 7/163). Gegen diese Fristansetzung erhob der Gesuchsgegner Beschwerde bei der angerufenen Kammer; auf diese wurde mit Urteil vom 2. November 2015 nicht eingetreten (Urk. 7/171). Auf die dagegen gerichtete Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 12. November 2015 nicht ein (BGer 5A_899/2015). Des Weiteren wies die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich die zwischenzeitlich vom Gesuchsgegner gegen den Vorderrichter erneut angehobene Aufsichtsbeschwerde mit Beschluss vom 16. November 2015 ab, soweit sie darauf eintrat (Urk. 7/175).

1.3 Auf eine zwischenzeitlich vom Gesuchsgegner angehobene Rechtsverzögerungsbeschwerde, welche die angerufene Kammer mit Urteil vom 19. März 2015 abgewiesen hatte, soweit sie darauf eingetreten war (*OGer ZH PC150009 vom 19.03.2015*, S. 6), trat das Bundesgericht mit Urteil vom 6. April 2016 nicht ein (BGer 5A_330/2015).

1.4 Schliesslich fand am 24. November 2015 die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 61 ff.). Im Anschluss daran erging gleichentags der angefochtene Entscheid zunächst in unbegründeter, hernach auf Begehren des Gesuchsgegners in begründeter Form (Urk. 7/183, Urk. 7/187A; Urk. 7/188-189).

1.5 Hiergegen erhob der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 29. Januar 2016 (Datum Poststempel 2. Februar 2016, eingegangen am 3. Februar 2016) innert Frist Berufung mit vorgenannten Anträgen (Urk. 1).

1.6 Zwischenzeitlich hat der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 15. Dezember 2015 erneut eine Aufsichtsbeschwerde gegen den Vorderrichter angehoben (vgl. Urk. 4/3).

2.1 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen.

2.2 Der Gesuchsgegner verlangt die Gewährung der Möglichkeit zur Ergänzung der Berufungsschrift nach Einsicht in das vollständige Verhandlungsprotokoll (Urk. 1 S. 1). Dieser Antrag ist abzuweisen, da es sich bei der Frist zum Erheben einer Berufung um eine gesetzliche und damit nicht erstreckbare Frist handelt (Art. 314 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 144 Abs. 1 ZPO). Demgemäss aber kann auch nach Ablauf der Berufungsfrist keine Gelegenheit mehr zur Ergänzung der Berufungsbegründung eingeräumt werden; dies hat unabhängig davon zu gelten, dass der Gesuchsgegner das vorinstanzliche Protokoll beanstandet.

3.1 Der Gesuchsgegner bringt erneut Kritik an der vorinstanzlichen Verhandlungsführung vor, indem er geltend macht, die Vorinstanz habe durchgängig die Gegenseite begünstigt. Die Verhandlungsführung, die (angefochtene) Verfügung und die Mängel des Protokolls, die der Vorderrichter nun zu verantworten habe, setzten dies fort. Wie er in seinen Bemühungen, die weitere Verhandlungsführung durch den Vorderrichter zu verhindern, bereits mehrfach ausgeführt habe, sei von dessen Voreingenommenheit auszugehen gewesen. Ein Richter, der wisse, dass gegen ihn Ausstandsbegehren und Aufsichtsbeschwerde vorgebracht worden seien, die durchaus berechtigte Punkte enthalten hätten, könne unmöglich unbefangen sein. Ein Gericht mit vier hauptamtlichen Richtern könne keineswegs gewährleisten, dass ein einmal eingeschlagener Kurs der Begünstigung einer Seite verlassen werde, nachdem zwei der vier Richter bereits hätten zurücktreten müssen, dies zum Teil gegen den Widerstand des Gerichtspräsidenten. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, dass es eine Agenda gegeben habe, die auch abgesprochen worden sei. Die erneut mangelhafte Protokollführung und der Umgang mit seinen diesbezüglichen Anträgen seien skandalös. In diesem Zusammenhang sei besonders verwerflich, dass der Vorderrichter eine für ihn im bisherigen Verfahren nicht angewendete, nunmehr aber völlig unangemessene Eile an den Tag gelegt und darauf verzichtet habe, sich ein sehr leicht zugängliches Dokument vorlegen zu lassen. Schliesslich hätte nach dem Fehlurteil bezüglich sofort vollstreckbarer Zahlungen an die Gegenseite und seiner unverzüglichen Opposition dagegen durchaus die Möglichkeit bestanden, dass die Verfügung revidiert werde. Seine diesbezüglichen Aussagen an der Verhandlung

vom 24. November 2015 seien vage gewesen, weil ihm der Vorgang nicht mehr präsent gewesen sei. Er habe nie wortwörtlich gesagt, dass die Rente rückwirkend zum Antragsdatum ausgerichtet würde (Urk. 1 S. 2). Seine Erinnerung an den Vorgang bezüglich der Schweizer Rente sei mangelhaft gewesen. Er habe dies anlässlich der Verhandlung deutlich zum Ausdruck gebracht. Seine Rentenangelegenheit sei von seiner jetzigen Partnerin bearbeitet worden. Er habe einen Rentenaufschub verlangt gehabt; nach der Volljährigkeit seines Sohnes habe er dann am 6. Oktober 2015 auf Wunsch seiner Partnerin ein Ende des Aufschubs gefordert. Der diesbezügliche Rentenbescheid datiere vom 13. November 2015 und sei damit erst kurz vor der Verhandlung bei ihm eingetroffen. Er habe ihn kaum zur Kenntnis genommen und seine Bedeutung sei ihm in wichtigen Punkten unklar gewesen. So habe er die Höhe der Rente weit unterschätzt und dem ganzen Vorgang keine Relevanz beigemessen. Es wäre für den Vorderrichter durchaus zumutbar gewesen, die Vorlage des Rentenbescheids zu verlangen; er hätte die Vorlage wahrscheinlich noch während der Verhandlung bewerkstelligen können. Der Vorderrichter sei aber offensichtlich entschlossen gewesen, auf der Basis von vagen Informationen zu urteilen und die Gegenseite in Vorteil zu bringen (Urk. 1 S. 3). Hinsichtlich seiner deutschen Rente habe der Vorderrichter unberücksichtigt gelassen, dass von seinem damaligen Rechtsvertreter Y._____ vorgebracht worden sei, dass die Gesuchstellerin zu dieser Rente keinen Beitrag geleistet habe und somit ihm für Aufwendungen angerechnet werden sollte, die er für seinen Sohn geleistet habe; diese seien wesentlich höher als der Kinderzuschlag, welchen er für seinen Sohn erhalte (Urk. 1 S. 3).

3.2 Damit macht der Gesuchsgegner erneut Ablehnungsgründe gegen den Vorderrichter geltend. In der Sache rügt er eine Verletzung der Untersuchungsmaxime und die damit einhergehende unrichtige Sachverhaltsfeststellung hinsichtlich seines Renteneinkommens in der Schweiz. In Bezug auf sein Renteneinkommen aus Deutschland beanstandet er deren Einbezug in die Unterhaltsberechnung.

4.1 Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 314 Abs. 1 ZPO ist die Berufung innert 10 Tagen seit Zustellung des angefochtenen Entscheides

schriftlich und begründet einzureichen. Das Erfordernis der Begründung beinhaltet nach der Rechtsprechung, dass auch Anträge in der Sache gestellt werden müssen, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber und nicht bloss in der Begründung. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Antrag ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt. Entsprechend sind Rechtsmittelanträge im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 4.2 und 4.3 S. 618 f.). Sodann genügt es in der Regel nicht, nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu verlangen, da die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat. Ein solcher Antrag kommt indes dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (Art. 318 Abs. 1 Bst. c ZPO; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 312 N 17). Dies ist vorliegend nicht der Fall; das Verfahren ist spruchreif. Damit aber fehlt es an einem genügenden formellen Antrag. Indes kann aus der Begründung der Berufung bei wohlwollender Auslegung gefolgert werden, dass der Gesuchsgegner nicht nur die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 24. November 2015 anstrebt, sondern letztlich die Abweisung des Begehrens um Zusprechung eines Unterhaltsbeitrages für den Sohn C._____ beantragt. So führt er aus, dass die für die hälftige Betreuung seines Sohnes aufgewendeten Mittel den Betrag der deutschen Rente um ein Vielfaches überstiegen hätten. Des Weiteren habe er die Schweizer Kinderrente zu hoch angegeben (Urk. 1 S. 2 f.). Damit ist sinngemäss davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner der Ansicht ist, die für den Sohn C._____ aufgewendeten Mittel würden seine beiden Renteneinkommen übersteigen, weshalb er letztlich keinen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen habe. Damit aber ersucht er um vollständige Abweisung des entsprechenden Antrages auf Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen. Entsprechend ist auf die Berufung einzutreten.

4.2 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass in der Berufungsschrift die Behauptungen in analoger Anwendung von Art. 221 ZPO bestimmt und vollständig aufzustellen sind und sich der Berufungskläger mit den Entscheidungsgründen im angefochtenen Entscheid auseinandersetzen hat; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachver-

halt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (BGE 138 III 213, E. 2.3; BGer 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011, E. 3; Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3. A., Art. 311 N 36; Hungerbühler, a.a.O., Art. 311 N 10 ff.).

5.1 Ausstandsgründe sind grundsätzlich bei der entscheidenden Instanz geltend zu machen (Art. 49 ff. ZPO). Wenn die betreffende Instanz den Entscheid schon gefällt hat, können Ausstandsgründe während laufender Rechtsmittelfrist bei der Rechtsmittelinstanz vorgebracht werden (BGE 139 III 466 E. 3.4 mit Hinweisen).

5.2.1 Unbegründet ist das Ausstandsbegehren, soweit der Gesuchsgegner den Mitwirkenden am erstinstanzlichen Entscheid sowohl in materiell- als auch verfahrensrechtlicher Hinsicht Fehler (wie das Verzichten auf weitere Abklärung hinsichtlich der Rente des Gesuchsgegners in der Schweiz, mangelhafte Protokollierung etc.) vorwirft. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden.

5.2.2 Im Übrigen ist eine Befangenheit nicht dargetan; den entsprechenden Vorwürfen fehlt es an der nötigen Konkretisierung. Lediglich pauschale Anwürfe und in allgemeiner Form gehaltene Vorwürfe vermögen den vorangehend erwähnten Begründungsanforderungen (vgl. Erw. 4.2 hiervor) nicht zu genügen. So reicht eine in allgemeiner Form vorgebrachte angebliche Bevorzugung der Gegenseite ("einmal eingeschlagener Kurs der Begünstigung" / "durchgängige Begünstigung", "abgesprochene Agenda", "wahrheitswidrige Aussagen") zur Begründung eines Ablehnungsgrundes nicht aus. Vielmehr begnügt sich der Gesuchsgegner damit, einmal mehr seine Vorbehalte gegen den Vorderrichter und das Bezirksgericht Horgen zu wiederholen. Schliesslich vermag auch der Umstand, dass einmal ein Ausstandsbegehren gegen einen (anderen) Vorderrichter gutgeheissen worden ist, noch nicht darzutun, dass auch gegen den jetzigen Vorderrichter ein Ausstandsgrund gegeben sein sollte. Entsprechend ist nicht weiter darauf einzugehen.

5.2.3 Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass auch ein hängiges Ausstandsgesuch die Mitwirkung der abgelehnten Gerichtsperson am weiteren Verfahren bis zum Entscheid über das bestrittene Gesuch nicht hindert. Deren weitere Verfahrenshandlungen stehen aber unter dem Risiko ihrer Anfechtbarkeit bei erfolgreicher Ablehnung (Wullschleger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 49 N 12b mit Verweis auf ZR 108 Nr. 28 E. III.2; Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 50 N 4). Damit aber vermag auch der Umstand, dass der Vorderrichter trotz hängigen Ausstandsbegehrens das Verfahren fortsetzte, keinen Ausstandsgrund zu setzen.

5.3 Der Gesuchsgegner stellt einen Antrag auf Neuverhandlung der wesentlichen Punkte (Urk. 1 S. 1). Sofern er diesen Antrag im Hinblick auf sein nunmehr erneut gestelltes Ausstandsbegehren stellt, ist er auf den im vorliegenden Scheidungsverfahren bereits ergangenen diesbezüglichen Entscheid zu verweisen (so u.a. *OGer ZH LY130009 vom 23.08.2013, E. 2.1-2.2, S. 6-7*), wonach Amtshandlungen, an denen eine zum Ausstand verpflichtete Gerichtsperson mitgewirkt hat, nur aufzuheben und zu wiederholen sind, sofern dies eine Partei innert 10 Tagen verlangt, nachdem sie vom Ausstandsgrund Kenntnis erhalten hat (Art. 51 Abs. 1 ZPO). Damit aber ist der Antrag auf Wiederholung der Verhandlung verspätet, da der Gesuchsgegner diesen innert 10 Tagen nach der Verhandlung beim Bezirksgericht Horgen hätte stellen müssen (Wullschleger, a.a.O., Art. 51 N 6). Der Gesuchsgegner hat nach Erhalt der angefochtenen (unbegründeten) Verfügung vom 24. November 2015 bei der Vorinstanz mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 die Begründung der Verfügung verlangt und seinen Unmut über die Art und Weise der Verhandlungsführung geäußert; einen Antrag auf Wiederholung der Verhandlung hat er nicht gestellt (Urk. 7/187A). Die Erhebung eines Ausstandsgesuchs deckt indes die Aufhebung und Wiederholung ergangener Prozesshandlungen nicht ab (Wullschleger, a.a.O., Art. 51 N 2). Auf den erstmals in der Berufungsschrift gestellten Antrag kann daher zufolge Verwirkung und Unzuständigkeit der Berufungsinstanz nicht eingetreten werden.

5.4 Sofern der Gesuchsgegner ungeachtet des Ausstandsbegehrens die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und Rückweisung an die Vorinstanz

beantragt, bleibt diesbezüglich zu erwähnen, dass die angerufene Berufungsinstanz die Sache gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO lediglich dann an die Vorinstanz zurückweisen kann, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt worden ist (Ziff. 1) oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Ziff. 2). In den übrigen Fällen hat die Rechtsmittelinstanz den Entscheid der Vorinstanz zu bestätigen oder neu zu entscheiden (Art. 318 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Da die vorliegende Sache – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – spruchreif ist, ist dem Antrag auf eine erneute Verhandlung mangels Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen nicht zu folgen.

Zweitinstanzlich hat der Beklagte ohnehin keinen Anspruch auf eine Verhandlung; so liegt es im Ermessen der Berufungsinstanz – und damit der angerufenen Kammer – zu entscheiden, ob eine Berufungsverhandlung durchzuführen ist oder nicht (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 316 N 17). Hierzu besteht vorliegend kein Anlass.

6.1 Weiter beanstandet der Gesuchsgegner eine unvollständige und wahrheitsgemässe Protokollierung der Verhandlung vom 24. November 2016 (Urk. 1 S. 1 ff.). Bereits vor Vorinstanz hat der Gesuchsgegner das Protokoll als mangelhaft und unvollständig kritisiert (Urk. 7/186). Sodann hat er vor Vorinstanz eine wörtliche Abschrift der Verhandlungsaufnahme verlangt (Urk. 7/187A). Diesbezüglich moniert er, dass ihm kein Wortprotokoll ("vollständiges Transkript") bzw. eine Kopie des Audioprotokolls über- bzw. herausgegeben worden sei (Urk. 1 S. 3).

6.2 Richtig ist, dass dem Gesuchsgegner am 23. November 2015 telefonisch mitgeteilt worden ist, dass die Verhandlung auf Tonband aufgenommen werde (Urk. 7/180). Ebenso richtig ist, dass ihm anlässlich eines weiteren Telefongesprächs vom 2. Dezember 2015 versichert worden ist, dass ihm mit dem Endentscheid eine Kopie des ausgefertigten Protokolls zugestellt werde (Urk. 7/181). Am 9. Dezember 2015 erhielt der Gesuchsgegner denn auch nebst den unbegründeten Entscheiden eine Abschrift des Verhandlungsprotokolls vom 24. November 2015 (vgl. Urk. 7/185/2). Schliesslich trifft es auch zu, dass über den Antrag auf Aushändigung eines Wortprotokolls nicht entschieden worden ist.

6.3.1 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Protokoll in Schriftform zu führen ist. Sodann können die Ausführungen tatsächlicher Natur zwar "zusätzlich auf Tonband, auf Video oder mit anderen geeigneten technischen Hilfsmitteln aufgezeichnet" werden (Art. 235 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Indes kommt den technischen Aufzeichnungen lediglich der Charakter von Hilfsmitteln zu, welche nicht an Stelle des schriftlichen Protokolls treten können. Damit sind technische Aufzeichnungen zur Unterstützung bei der Erstellung des schriftlichen Protokolls zulässig, können dieses aber nicht ersetzen. Diese gesetzlichen Formvorschriften sind zwingender Natur, von welchen auch mit Einverständnis der Parteien nicht abgewichen werden darf. Ferner sind Ausführungen tatsächlicher Natur lediglich dem wesentlichen Inhalt nach zu protokollieren, soweit sie nicht in den Schriftsätzen der Parteien enthalten sind (Art. 235 Abs. 2 ZPO). Die zur Sache gehörenden Ausführungen sind damit einerseits richtig und vollständig wiederzugeben. Andererseits brauchen sie nicht wörtlich, sondern sinngemäss unter Konzentration auf das Wesentliche protokolliert zu werden. Anträge, Ausführungen wortgetreu zu protokollieren, oder Protokolldiktate sind für die protokollführende Person nicht verbindlich. Ein wörtliches Protokoll braucht auch dann nicht geführt zu werden, wenn zur Unterstützung ein Aufzeichnungsgerät verwendet wurde; es kann auch nicht nachträglich auf dem Weg über ein Protokollberichtigungsbegehren erzwungen werden (Pahud, DIKE-Komm-ZPO, 2. A., Art. 235 N 8, N 12 und N 20).

6.3.2 Bereits in seinem Schreiben vom 19. November 2015 beantragte der Gesuchsgegner die Aufnahme der Verhandlung auf Tonband, da seiner Ansicht nach nur dies allein die Erstellung eines vollständigen und wahrheitsgemässen Protokolls gewährleiste (Urk. 7/177). Am 23. November 2015 teilte die zuständige Gerichtsschreiberin dem Gesuchsgegner telefonisch mit, dass sämtliche Verhandlungen standardmässig auf Tonband aufgezeichnet würden; der Gesuchsgegner habe hierauf erklärt, dass damit sein Antrag hinfällig werde (Urk. 7/180). Am 2. Dezember 2015 erläuterte die zuständige Gerichtsschreiberin auf entsprechende telefonische Nachfrage seitens des Gesuchsgegners, dass das Protokoll noch nicht ausgefertigt sei, und vereinbarte mit ihm dessen Zustellung mit dem Endentscheid (Urk. 7/181). Nachdem der Gesuchsgegner Verfügung und Urteil vom 24. November 2015 zusammen mit einer Kopie des Protokolls am 9. De-

zember 2015 in Empfang genommen hatte (Urk. 7/185/2), meldete er sich am 10. Dezember 2015 erneut telefonisch bei der Vorinstanz und beanstandete das Protokoll als unvollständig und mangelhaft. Auf entsprechende Frage hin wurde ihm mitgeteilt, dass er zur Beanstandung des Protokolls ein schriftliches Protokollberichtigungsbegehren stellen könne (Urk. 7/186). Hierauf stellte der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 14. Dezember 2015 erneut einen Antrag auf Abschrift der Tonbandaufnahme und hielt fest, dass ihm der angebotene Schritt, eine punktuelle Korrektur des Protokolls zu beantragen, nicht zumutbar sei. Da die Protokollführung bisher bei verschiedenen Verhandlungen zu seinem Nachteil unvollständig und mangelhaft gewesen sei, sehe er in der Behandlung seines Anliegens eine Fortsetzung des unfairen Gerichtsverfahrens (Urk. 7/187A). Daraus ist ersichtlich, dass der Gesuchsgegner über den seiner Ansicht nach gestellten Protokollberichtigungsantrag die wörtliche Abschrift der Tonbandaufzeichnung erreichen will. Ein solcher Antrag ist indes – wie vorangehend ausgeführt – für die protokollführende Person nicht verbindlich. Hierauf besteht kein Anspruch. Da der Gesuchsgegner auch keine konkreten Beanstandungen am Protokoll vorgebracht hat, sondern lediglich pauschal von Auslassungen, Sinnentstellungen und Verfälschungen spricht und sich weigert, konkrete Rügen am Protokoll vorzubringen, wäre – selbst wenn der Antrag als Protokollberichtigungsbegehren entgegenzunehmen gewesen wäre – diesem kein Erfolg beschieden. Der Antrag wäre ohnehin abzuweisen gewesen, soweit darauf eingetreten würde.

6.3.3 Schliesslich bleibt der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass das Protokollberichtigungsbegehren zwar an keine gesetzliche Frist gebunden ist; es kann an sich jederzeit gestellt werden. Die Berichtigung muss aber nach Entdeckung des unrichtigen Eintrages so bald als möglich gestellt werden. Wird das Gesuch nicht so rechtzeitig gestellt, wie es von der Partei nach Treu und Glauben erwartet werden kann (Art. 52 ZPO), gilt der Anspruch auf einen förmlichen Entscheid über das Protokollberichtigungsbegehren als verwirkt. Nachdem dem Gesuchsgegner am 9. Dezember 2015 eine Kopie des Protokolls zugestellt worden war, er indes – trotz entsprechenden Hinweises, welchen der Gesuchsgegner ganz offenkundig auch korrekt verstanden hatte (Urk. 7/186-187A) – kein konkretes Protokollberichtigungsbegehren, in welchem er genau angibt, welche Stellen

des Protokolls als unrichtig oder unvollständig beanstandet werden und worin die gewünschten Änderungen bestehen sollen (BSK ZPO-Willisegger, Art. 235 N 46), gestellt hat, ist sein Anspruch verwirkt. Dass er jedoch in der Lage gewesen wäre aufzuzeigen, was seiner Ansicht nach zu berichtigen wäre, ergibt sich schon aus den seiner Berufungsschrift angefügten Anmerkungen bzw. seiner ebenso erhobenen Aufsichtsbeschwerde (vgl. Urk. 1 S. 3; Urk. 4/3 S. 2 Ziff. 2), worin er ausführt, welche Aussagen bzw. Ausführungen im Protokoll fehlen und in welchen Passagen er Sinnentstellungen sieht. Ein solch konkretes Protokollberichtigungsbegehren aber hat er vor Vorinstanz nicht gestellt. Damit besteht kein Anlass, vom nun bestehenden Protokoll der Verhandlung vom 24. November 2015 abzuweichen (vgl. Prot. I S. 61 ff.).

7.1 Wie erwähnt, moniert der Gesuchsgegner in der Sache zweierlei: Einerseits beanstandet er hinsichtlich seines Renteneinkommens aus der Schweiz die Verletzung der Untersuchungsmaxime, da der Vorderrichter den Rentenbescheid nicht eingefordert habe, sowie die daraus resultierende unrichtige Sachverhaltsfeststellung hinsichtlich der effektiven Rentenhöhe. Andererseits beanstandet er den Einbezug seines Renteneinkommens aus Deutschland in die Unterhaltsberechnung, da er der Ansicht ist, dass die Gesuchsgegnerin mangels entsprechenden Beitrages ihrerseits hierauf keinen Anspruch habe. Zudem habe ihn die hälftige Betreuung des Sohnes mehr gekostet, als er mit dieser Rente eingenommen habe (Urk. 1 S. 2).

7.2.1 Hinsichtlich seines Renteneinkommens in der Schweiz reicht der Gesuchsgegner nun erstmals im Berufungsverfahren die Verfügung der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) vom 13. November 2015 ein, gemäss welcher er eine monatliche Rente ab Dezember 2015 von Fr. 818.– (Fr. 584.– für sich persönlich und Fr. 234.– für den Sohn C._____) erhält (Urk. 4/4). Dabei handelt es sich um ein unechtes Novum, da diese Verfügung von vor der Verhandlung vom 24. November 2015 datiert. Entsprechend ist diese Beilage neu und damit grundsätzlich unzulässig und unbeachtlich. So sind im Berufungsverfahren neue Tatsachenvorbringen (Noven) nur zulässig, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt

nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt selbst in Verfahren, die der strengen Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 626 f. E. 2.2). Es ist allein Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich. Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 1214 und 2414 f.; BGE 138 III 625 E. 2.2).

7.2.2 Die Rüge der Verletzung der Untersuchungsmaxime ist nicht stichhaltig. So hat der Gesuchsgegner die Abnahme dieses Beweismittels, d.h. die Verfügung der AHV vom 13. November 2015, weder in seiner Eingabe vom 19. November 2015 noch anlässlich der Verhandlung vom 24. November 2015 angeboten (vgl. Urk. 7/178; Prot. I S. 67 f.). Weder war die Vorinstanz gehalten, nicht angebotene Beweismittel von sich aus abzunehmen, noch kann der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren ein neues Beweismittel – wie bereits ausgeführt – anbieten. So trifft die Parteien – auch wenn für das vorliegende Verfahren der Untersuchungsgrundsatz zur Anwendung gelangt – eine Mitwirkungspflicht, was auch hinsichtlich des Beweisverfahrens gilt. Die Parteien haben die erforderlichen Beweismittel immerhin zu bezeichnen, selbst wenn das Gericht nicht an die Beweisangebote der Parteien gebunden ist (BK ZPO-Hurni, Art. 55 N 60 mit Verweis auf die Botschaft ZPO, BBI 2006 7221, S. 7313 ff.). Das Gericht soll die Beweismöglichkeiten abklären, indem es die Parteien auffordert, Beweismittel einzureichen und Zeugen zu benennen. Bleiben prozessrelevante Tatsachen beweislos, ist nach den allgemeinen Regeln der Beweislast zu unterscheiden, d.h. es unterliegt diejenige Partei, welche die Beweislast trägt (BSK ZPO-Gehri, Art. 55 N 17). Dem Vorderrichter kann nicht vorgeworfen werden, nicht mit entsprechenden Fragen auf die Klärung des Sachverhalts und mögliche Beweise hingewirkt zu haben (vgl. Prot. I S. 67 f.). So hat er den Gesuchsgegner explizit zur Rentenhöhe befragt. Es wäre aber Sache des Gesuchsgegners gewesen, die AHV-Verfügung vom 13. November 2015 vorzulegen bzw. deren Einreichung anzubieten. Dies hat der Gesuchsgegner – wie erwähnt – nicht getan. Entsprechend kann der Vorinstanz aus ihrem Vorgehen kein Vorwurf gemacht werden. Damit bleibt das nun erstmals

im Berufungsverfahren eingereichte Beweismittel über sein effektives Renteneinkommen in der Schweiz mit Blick auf Art. 317 ZPO ein unzulässiges Novum und damit unbeachtlich. Dementsprechend ist die diesbezügliche Berufung abzuweisen.

7.3 In Bezug auf sein Renteneinkommen aus Deutschland wiederholt der Gesuchsgegner lediglich das bereits vor Vorinstanz Ausgeführte, ohne sich mit den entsprechenden zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen, wonach die Kinderrente in der Höhe von € 133.09 pro Monat eine Sozialversicherungsrente im Sinne von Art. 285 Abs. 2 ZGB darstelle (Urk. 2 S. 7). Damit war aber auch gesagt, dass diese als Unterhaltsbeitrag an das Kind zu bezahlen ist. Dabei ist unerheblich, ob die Gesuchstellerin zur Äufnung dieser Rente beigetragen hat oder nicht, da der Gesuchsgegner die Kinderrente als Ersatzeinkommen für den Unterhalt seines Kindes erhält. Die Vorinstanz hat diesen Unterhaltsbeitrag denn auch nicht der Gesuchstellerin persönlich zugesprochen, sondern für den Sohn C._____ festgesetzt. Schliesslich setzt sich der Gesuchsgegner auch nicht mit der Argumentation der Vorinstanz auseinander, wonach diese Kinderrenten den Parteien gerade aufgrund der hälftigen Betreuung je hälftig zustehen sollten (Urk. 2 S. 8). Damit vermag die diesbezügliche Berufungsbegründung den genannten Anforderungen nicht zu genügen; ohnehin aber gingen die Einwände fehl. So hatte auch die Gesuchstellerin – aufgrund des Umstandes, dass ihr darüber hinaus kein Unterhaltsbeitrag für den gemeinsamen Sohn zugesprochen worden ist – ebenso wie der Gesuchsgegner im übrigen Umfang für den Unterhalt von C._____ selbst aufzukommen. Entsprechend ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen.

8. Damit erweist sich die Berufung als offensichtlich unbegründet bzw. unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 312 Abs. 1 ZPOP). Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die erstinstanzliche Verfügung ist zu bestätigen.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es bei der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsregelung; der diesbezügliche Entscheid ist zu bestätigen.

9.2 Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG in Verbindung mit § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

9.3 Der Gesuchsgegner hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 35 S. 2). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung abzuweisen (Art. 117 ZPO).

9.4 Der Gesuchstellerin ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 24. November 2015 wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage je einer Kopie der Urk. 1 und Urk. 4/2-4, an das Migrationsamt des Kantons Zürich 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 10. Juni 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc