

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC120048-O/U

Mitwirkend: der Obergerichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, die Obergerichterin Dr. M. Schaffitz und die Ersatzobergerichterin lic. iur. R. Blesi Keller sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Beschluss und Urteil vom 20. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (Besuchsrecht, Unterhalt)**

Berufung gegen eine Verfügung und Urteile des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 27. September 2012 (FP110043)

Rechtsbegehren des Klägers und Berufungsklägers:

(Urk. 1 S. 2, Urk. 30 S. 2 ff., Urk. 42 S. 1 und 6, Urk. 46 S. 2f. sinngemäss)

1. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 3. in Verbindung mit der Vereinbarung Ziff. 2. des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Januar 2009 sei der Sohn C._____, geboren am tt.mm.2005, unter die gemeinsame elterliche Sorge der Eltern zu stellen.
2. In Abänderung von Dispositiv Ziff. 3. in Verbindung mit der Vereinbarung Ziff. 3. des Ehescheidungsurteils sei das in dieser Ziffer festgelegte Besuchsrecht wie folgt zu erweitern:

Ein Besuchsrecht am 1. und 3. Wochenende von Freitagmittag bis am Montagmorgen.

Ein Besuchsrecht am 2. und 4. Wochenende jeweils am Samstag zwischen 10.30 Uhr und 17 Uhr.

Das Recht des Klägers, seinen Sohn an dessen Geburtstag und am Geburtstag dessen Halbgeschwister zu sich auf Besuch nehmen zu können.

Eventualiter sei der Kläger zu verpflichten, der Beiständin jeweils vor der Ausübung seines Besuchsrechts seinen Pass abzugeben.
3. Die mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 15. Juli 2011 angeordnete Begleitung des Besuchsrechts sei aufzuheben, und es sei das Besuchsrecht am 1. und 3. Wochenende im Sinne einer kurzen Übergangsfrist von einem Monat auf eine Übernachtung zu beschränken.
4. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Dispositiv Ziff. 3. in Verbindung mit der Vereinbarung Ziff. 5. des genannten Urteils seien zu sistieren, bis der Kläger wieder ein Erwerbseinkommen erzielen kann.

Rechtsbegehren der Beklagten und Berufungsklägerin:

(Urk. 38 S. 2 sinngemäss)

1. Die Klage vom 30. März 2011 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Dem Kläger sei nur ein begleitetes Besuchsrecht ohne Übernachtung zu gewähren.
3. Das Ferienrecht sei zu sistieren.

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung (Einzelgericht) vom
27. September 2012:**

1. Dispositiv Ziffer 3.3. des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Januar 2009 wird aufgehoben und durch die folgende Fassung ersetzt:

„Der Kläger ist berechtigt, das Kind jeweils am ersten und dritten Samstag eines jeden Monats von 10 bis 19 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Der Kläger ist verpflichtet, vor der Ausübung des Besuchsrechts seinen Pass bei der Beiständin zu deponieren.“

2. Die Beiständin wird mit der Organisation des Besuchsrechts, namentlich bezüglich der Übergabe von C._____, beauftragt.
3. Das Begehren des Klägers um Sistierung der Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.
4. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
Fr. 5'000.- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 825.- Dolmetscher

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei zu 3/4 und der beklagten Partei zu 1/4 auferlegt, die Kosten beider Parteien jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
6. Der Kläger wird verpflichtet, Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'500.- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.
7. (Schriftliche Mitteilung)
8. (Rechtsmittel Berufung/Kostenbeschwerde)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 76 S. 2):

- " 1. In Abänderung von Dispositiv Ziffer 3. in Verbindung mit der Vereinbarung Ziffer 3. 2. Absatz des Ehescheidungsurteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Januar 2009 sei das Besuchsrecht

des Berufungsklägers gegenüber seinem Sohn C._____ wie folgt zu erweitern:

- Ein Besuchsrecht am 1. und 3. Wochenende von Freitagmittag (nach dem Kindergarten bzw. nach der Schule) bis am Montagmorgen.
 - Ein Besuchsrecht am 2. und 4. Wochenende jeweils am Samstag zwischen 10.30 und 17.00 Uhr.
 - Das Recht des Klägers, seinen Sohn an seinem Geburtstag und am Geburtstag seiner Halbgeschwister zu sich auf Besuch nehmen zu können.
 - Das Ferienbesuchsrecht sei beizubehalten.
2. Eventualiter sei über das Besuchsrecht ein Fachbericht beizuziehen.
 3. Die Verpflichtung des Klägers, bei der Ausübung des Besuchsrechtes seinen Pass bei der Beiständin zu deponieren, sei zu befristen.
 4. Die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen gemäss Dispositiv Ziffer 3. in Verbindung mit der Vereinbarung Ziffer 5. des genannten Ehescheidungsurteils sei aufzuheben.
 5. Dem Kläger sei sowohl für vorliegendes Verfahren als auch für das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung zu bewilligen;
unter KEF zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. Januar 2009 wurden die Parteien geschieden und die Nebenfolgen geregelt. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) erhob am 31. März 2011 eine Abänderungsklage und verlangte unter anderem die gemeinsame elterliche Sorge über den gemeinsamen Sohn C._____ (geb. tt.mm.2005) sowie die Ausdehnung des Besuchsrechtes. Im Verlauf des Verfahrens mussten vorsorgliche Massnahmen erlassen werden.

Am 27. September 2012 fällte die Vorinstanz den Endentscheid, dabei regelte sie auch die vorsorglichen Massnahmen neu. Über den Verfahrensgang gibt der angefochtene Entscheid Auskunft (Urk. 77).

2. Sowohl gegen den Massnahmenentscheid als auch gegen den Endentscheid erhoben beide Parteien je eine Berufung. Die weiteren Verfahren wurden hier unter den Proz. Nr. LY120044, LY120045 und LC120045 anhand genommen. Mit seiner Berufungsschrift vom 19. November 2012 stellte der Kläger die eingangs dargelegten Berufungsanträge (Urk. 76 S. 2).

3. Da die Parteistandpunkte aus den Rechtsschriften in den Parallelverfahren bekannt waren, wurde ohne eine Berufungsantwort einzuholen am 17. Dezember 2012 eine Instruktionsverhandlung durchgeführt. Dabei schlossen die Parteien folgende Vereinbarung (Urk. 82, Prot. S. 5):

" Zwischen den Parteien sind an der I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich die Berufungsverfahren Proz.Nr. LY120044-O, LY120045-O, LC120045-O und LC120048-O rechtshängig. Zwecks Erledigung dieser vier Verfahren vereinbaren die Parteien was folgt :

1. Die Parteien beantragen, Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung (Einzelgericht), vom 27. September 2012 aufzuheben bzw. Dispositiv Ziffer 3.3. des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Januar 2009 wie folgt zu ändern :

" 3.3. Der Gesuchsteller ist berechtigt, das Kind C._____, geboren am tt.mm.2005, wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:

a)

- ab Januar 2013 bis Juni 2013 jeweils am 1. Wochenende eines jeden Monats (von Freitagnachmittag ab Schulschluss bis Sonntagabend, 18.00 Uhr);
- ab Juli 2013 jeweils am 1. und 3. Wochenende eines jeden Monats (von Freitagnachmittag ab Schulschluss bis Sonntagabend, 18.00 Uhr);
- in den ungeraden Jahren jeweils am Geburtstag von C.____ (tt.mm.) von 14.00 bis 20.00 Uhr;
- jeweils am Geburtstag der Halbgeschwister (tt.mm., tt.mm. und tt.mm.) ab Schulschluss bis 20.00 Uhr, sofern diese Tage nicht auf einen ordentlichen Besuchstermin oder die Ferien der Gesuchstellerin fallen.

Bis zum vollendeten 10. Altersjahr des Kindes ist der Gesuchsteller verpflichtet, jeweils vorgängig seinen Pass und seinen Ausländerausweis (C) bei der Beiständin zu deponieren.

b)

- ab Januar 2014 während den Schulferien für die Dauer von 2 x 2 Wochen und ab Januar 2015 für vier Wochen pro Jahr, wobei das Ferienbesuchsrecht nur im Inland ausgeübt werden kann und der Gesuchsteller verpflichtet ist, vorgängig seinen Pass und seinen Ausländerausweis (C) bei der Beiständin zu deponieren;
- ab Januar 2017 während der Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr. Der Gesuchsteller ist verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts jeweils mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit der Gesuchstellerin abzusprechen."

2. Der Abänderungskläger zieht sein Begehren um Reduktion des Kinderunterhaltsbeitrages zurück.
3. Die Parteien stellen fest, dass die Dispositiv Ziffer 2 sowie 4-6 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung (Einzelgericht), vom 27. September 2012 im Berufungsverfahren unangefochten geblieben sind.
4. Gestützt auf diese Vereinbarung ziehen die Parteien ihre Berufungen Proz.Nr. LY120044-O und LY120045-O zurück und beantragen die Abschreibung der Berufungen Proz.Nr. LC120045-O und LC120048-O.
5. Die Kosten der vier vorgenannten Berufungsverfahren übernehmen die Parteien je zur Hälfte und verzichten dafür gegenseitig auf Prozessentschädigung."

4.1. Vorliegend sind in der Hauptsache das Besuchsrecht des Klägers und die Unterhaltsbeiträge, die er für den gemeinsamen Sohn C._____ leisten muss, umstritten.

4.2. Soweit in familienrechtlichen Angelegenheiten Kinderbelange zu regeln sind, gilt die Untersuchungs- und Officialmaxime; das Gericht muss den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen, ist an die Parteianträge nicht gebunden und hat von sich aus die nötigen Vorkehren zu treffen (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Eine von den Parteien getroffene Vereinbarung betreffend Kinderbelange wird vom Gericht dementsprechend als übereinstimmender Parteiantrag entgegenge-

nommen und geprüft (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-180 ZGB, 3. Auflage, Zürich 1997, N 17 und N 117 zu Art. 176).

4.3. Das von den Parteien gemeinsam beantragte Besuchsrecht entspricht weitgehend dem gerichtsüblichen. Den speziellen Umständen, dass der Besuchskontakt zwischen dem Vater und dem Sohn während der bisherigen Verfahrensdauer eingeschränkt war, wird mit einer angemessenen Übergangsfrist begegnet. Dem gemeinsamen Antrag kann daher entsprochen werden.

5. Hinsichtlich der weiteren in der Vereinbarung vom 17. Dezember 2012 getroffenen Regelungen findet – mit Ausnahme der Kostenregelung – die Dispositionsmaxime Anwendung. Die Parteien können über diese Streitgegenstände verfügen. Entsprechend ist in diesem Umfang von der Vereinbarung Vormerk zu nehmen. Die Vereinbarung hat diesbezüglich die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids (Urk. 81; Art. 241 Abs. 2 ZPO).

6.1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. c und d, § 5 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG, LS 211.11) auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

6.2. Die Kosten für das Berufungsverfahren sind in Anwendung von Art. 109 Abs. 1 ZPO den Parteien entsprechend ihrer Vereinbarung je zur Hälfte aufzuerlegen.

6.3. Antragsgemäss und in Anwendung von Art. 109 Abs. 1 ZPO ist davon abzusehen, Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren zuzusprechen. Vom gegenseitigen Verzicht auf eine Prozessentschädigung ist aber Vormerk zu nehmen.

6.4. Beiden Parteien wurde für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege bereits gewährt (Urk. 78).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung (Einzelgericht), vom 27. September 2012 am 17. Dezember 2012 im folgenden Umfang in Rechtskraft erwachsen ist:

" 1. (...).

2. Die Beiständin wird mit der Organisation des Besuchsrechts, namentlich bezüglich der Übergabe von C._____, beauftragt.

3. Das Begehren des Klägers um Sistierung der Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.

4. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:

Fr. 5'000.- ; die weiteren Auslagen betragen:

Fr. 825.- Dolmetscher

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

5. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei zu 3/4 und der beklagten Partei zu 1/4 auferlegt, die Kosten beider Parteien jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

6. Der Kläger wird verpflichtet, Rechtsanwalt lic. iur. Y.____ eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'500.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen."

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 27. September 2012 wird aufgehoben und Dispositiv Ziffer 3.3. des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 22. Januar 2009 durch die folgende Fassung ersetzt:

" 3.3. Der Gesuchsteller ist berechtigt, das Kind C._____, geboren am tt.mm.2005, wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen:

a)

- ab Januar 2013 bis Juni 2013 jeweils am 1. Wochenende eines jeden Monats (von Freitagnachmittag ab Schulschluss bis Sonntagabend, 18.00 Uhr);
- ab Juli 2013 jeweils am 1. und 3. Wochenende eines jeden Monats (von Freitagnachmittag ab Schulschluss bis Sonntagabend, 18.00 Uhr);
- in den ungeraden Jahren jeweils am Geburtstag von C.____ (tt.mm.) von 14.00 bis 20.00 Uhr;
- jeweils am Geburtstag der Halbgeschwister (tt.mm., tt.mm. und tt.mm.) ab Schulschluss bis 20.00 Uhr, sofern diese Tage nicht auf einen ordentlichen Besuchstermin oder die Ferien der Gesuchstellerin fallen.

Bis zum vollendeten 10. Altersjahr des Kindes ist der Gesuchsteller verpflichtet, jeweils vorgängig seinen Pass und seinen Ausländerausweis (C) bei der Beiständin zu deponieren.

b)

- ab Januar 2014 während den Schulferien für die Dauer von 2 x 2 Wochen und ab Januar 2015 für vier Wochen pro Jahr, wobei das Ferienbesuchsrecht nur im Inland ausgeübt werden kann und der Gesuchsteller verpflichtet ist, vorgängig seinen Pass und seinen Ausländerausweis (C) bei der Beiständin zu deponieren;
- ab Januar 2017 während der Schulferien für die Dauer von vier Wochen pro Jahr. Der Gesuchsteller ist verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts jeweils mindestens drei Monate im Voraus anzumelden bzw. mit der Gesuchstellerin abzusprechen."

2. Im Übrigen wird die Vereinbarung der Parteien vom 17. Dezember 2012 vorgemerkt und das Berufungsverfahren abgeschrieben.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Eine Nachforderung im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf eine Prozessentschädigung wird Vormerk genommen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung - Einzelgericht und an die Obergerichtskasse, 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.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Zürich, 20. Dezember 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Dr. R. Klopfer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt:
ss