

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LZ180021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

## Beschluss und Urteil vom 21. Januar 2019

in Sachen

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

Beklagter und Berufungskläger

gegen

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

2. **C.** \_\_\_\_\_,

Klägerinnen und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge D. \_\_\_\_\_,

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Rechtsanwalt Dr. iur. X1. \_\_\_\_\_,

sowie

**D.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange**

**Berufung gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im**

**vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 9. Mai 2018  
(FK180004-F)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 17 und Prot. I S. 18 sinngemäss)

"Es sei die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung betreffend Kinderbelange für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ vom 9. Mai 2018 zu genehmigen bzw. vorzumerken."

**Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am  
Bezirksgericht Horgen vom 9. Mai 2018:**

**Es wird verfügt:**

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. **Dieser Entscheid ist rechtskräftig.** Will eine Partei Beschwerde erheben, hat sie innert 10 Tagen von der mündlichen Eröffnung an oder, wo eine solche nicht erfolgt, ab der schriftlichen Zustellung dieses Entscheids schriftlich beim Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht, Burghaldenstrasse 3, 8810 Horgen, eine Begründung zu verlangen (Art. 239 ZPO). Wird eine Begründung verlangt, so läuft den Parteien die Frist zur Einreichung einer Beschwerde ab Zustellung des begründeten Entscheides.

**Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).**

**Es wird erkannt:**

1. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2011 und B.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2015, werden unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Gesuchsteller belassen.
2. Die Kinder C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ werden unter die alleinige Obhut der Gesuchstellerin gestellt.
3. Die Vereinbarung der Parteien vom 9. Mai 2018 betreffend Kinderbelange für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ wird genehmigt bzw. vorgemerkt. Sie lautet wie folgt:

"Präambel

Diese Vereinbarung ersetzt sämtliche bisherigen Vereinbarungen und Regelungen zwischen D.\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_, betreffend die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_, insbesondere die Vereinbarung über die gemeinsame elterliche Sorge betreffend C.\_\_\_\_ vom 6. Februar 2012.

## **1. Elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht**

### a) Elterliche Sorge

Die Parteien beantragen dem Gericht, die elterliche Sorge für die Kinder C.\_\_\_\_, geb. tt.mm.2011 und B.\_\_\_\_, geb. tt.mm.2015 beiden Eltern gemeinsam zu belassen.

Entsprechend sind die Parteien verpflichtet, sämtliche wesentlichen Fragen der Pflege, Erziehung und Ausbildung miteinander abzusprechen. Den Parteien ist bekannt, dass ein Aufenthaltswechsel der Kinder C.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ der Zustimmung beider Eltern bedarf, wenn der neue Aufenthaltsort im Ausland liegt, oder der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und die persönlichen Kontakte zwischen einem Elternteil und den Kindern hat.

### b) Obhut

Die Parteien beantragen, es sei die Obhut für die Kinder C.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ der Mutter zuzuteilen.

### c) Besuchsrecht

Der Vater ist berechtigt und verpflichtet, die Betreuungsverantwortung für die Kinder C.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ auf eigene Kosten wie folgt zu übernehmen:

ab Rechtskraft des Unterhaltsurteils

- jeweils Mittwochnachmittags, von 12.00 Uhr bis 18.00 Uhr;
- an den geraden Wochenenden am Sonntag, von 09.00 Uhr bis 18.00 Uhr;

ab 1. Januar 2019

- jeweils Mittwochs den ganzen Tag, von 07.15 Uhr, bis Donnerstagmorgen, Schulbeginn;
- an den geraden Wochenenden von Samstag, 09.00 Uhr, bis Sonntag, 18.00 Uhr;

sowie

- jeweils alternierend in geraden Jahren am 24. Dezember und in ungeraden Jahren am 25. Dezember sowie über Sylvester/Neujahr;
- in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag, 09.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr und in Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingstsamstag, 09.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr.

Ausserdem ist der Vater berechtigt und verpflichtet, die Kinder während der Kindergarten- bzw. Schulferien für die Dauer von 3 Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Eltern sprechen sich über die Aufteilung der Ferien mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter.

Weitergehende oder abweichende Wochenend-, Feiertags- oder Ferienkontakte nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

## **2. Erziehungsgutschriften**

Die Parteien vereinbaren, dass die Erziehungsgutschriften für die Berechnung künftiger AHV-/IV-Renten ausschliesslich der Mutter angerechnet werden. Die Parteien werden die betroffenen Ausgleichskassen über diese Regelung informieren.

**3. Kinderunterhalt B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_**

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

Der Vater verpflichtet sich, für die Tochter B.\_\_\_\_\_ monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) von Fr. 1'750.– ab Rechtskraft des Scheidungsurteils (davon Fr. 0.– als Betreuungsunterhalt) zu bezahlen.

**C.\_\_\_\_\_**

Der Vater verpflichtet sich, für die Tochter C.\_\_\_\_\_ monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) von Fr. 1'750.– ab Rechtskraft des Scheidungsurteils zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ und die Familienzulagen sind an die Mutter zahlbar und zwar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

Diese Unterhaltsvereinbarung gilt grundsätzlich bis zur Volljährigkeit bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus, solange die Kinder im Haushalt der Mutter leben und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Vater stellen bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnen.

Ausserordentliche Kinderkosten (mehr als Fr. 300.– pro Ausgabeposition, z.B. Zahnarztkosten, Kosten für schulische Fördermassnahmen, etc.) übernehmen die Parteien je zur Hälfte. Voraussetzung für die hälftige Kostentragung ist, dass sich die Parteien vorgängig über die ausserordentliche Ausgabe geeinigt haben. Kommt keine Einigung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.

**4. Nachzahlung der rückständigen Unterhaltszahlungen**

Es wird festgestellt, dass der Beklagte aus Unterhaltszahlungen ab Februar 2017 bis zur Rechtskraft des Unterhaltsurteils einen Betrag von Fr. 12'000.– schuldet, zahlbar bis Ende November 2018.

**5. Grundlagen der Unterhaltsberechnung**

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- Mutter: Fr. 6'500.– (60 % Pensum)
- Vater: Fr. 8'500.– (100 % Pensum)
- Kinder: je die Familienzulage von derzeit Fr. 200.–

Vermögen:

- Mutter: Fr. 50'000.– zzgl. Ferienwohnung in E.\_\_\_\_\_
- Vater: Fr. 0.– zzgl. Einfamilienhaus F.\_\_\_\_\_

**6. Teuerungsausgleich**

Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 3 hiervor basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Februar 2018 von 101.1 Punkten (Basis Dezember 2015 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar jedes Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2019, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{Fr. 1'750.–} \times \text{neuer Index}}{\text{_____}}$$

Fällt der Index unter den Stand von Ende Februar 2018, berechtigt dies nicht zu einer Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge.

**7. Prozesskostenbeitrag**

Der Beklagte verpflichtet sich, D.\_\_\_\_\_ einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 2'750.– zu bezahlen, zahlbar bis Ende Juli 2018.

**8. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Parteien übernehmen die Gerichtskosten je zur Hälfte und verzichten gegenseitig auf eine Parteientschädigung.

Verlangt eine Partei die Begründung des Scheidungsurteils, trägt sie die dadurch entstehenden Mehrkosten allein."

4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Kosten des begründeten Urteils werden der Klägerin zu einem Drittel und dem Beklagten zu zwei Dritteln auferlegt.
6. Es wird vorgemerkt, dass der Beklagte sich verpflichtet, der Klägerin einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 2'750.– zu bezahlen, zahlbar bis Ende Juli 2018.
7. Vom gegenseitigen Verzicht der Parteien auf Parteientschädigung wird Vormerk genommen.
8. Schriftliche Mitteilung an
  - die Parteien (als Gerichtsurkunde),
  - zur Kenntnis an die gesetzliche Vertreterin (mit A-Post)sowie nach Eintritt der Rechtskraft an
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich, (mind. 1 Partei Ausländer)
  - mit Formular an die Einwohnerkontrollen der Gemeinden G.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, bei unterschiedlichen elterlichen Wohnorten an beide EWK
  - zur Kenntnis an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Horgen,je gegen Empfangsschein.
9. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

## Erwägungen:

### I.

1. Der Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) ist der Vater von B.\_\_\_\_ (Klägerin 1 und Berufungsbeklagte 1, fortan Klägerin 1), geboren am tt.mm.2015, und C.\_\_\_\_ (Klägerin 2 und Berufungsbeklagte 2, fortan Klägerin 2), geboren am tt.mm.2011. Mit Eingabe vom 31. Januar 2018 klagte (nur) die Klägerin 1 vor Vorinstanz gegen den Beklagten auf Leistung von Unterhaltsbeiträgen (Urk. 1). Mit Verfügung vom 9. Februar 2018 wurden die (damaligen) Prozessparteien sowie die Mutter der Klägerin 1 zur mündlichen Hauptverhandlung auf den 9. Mai 2018 vorgeladen (Urk. 4 S. 2, Dispositiv-Ziffer 1).

2. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. Mai 2018 erstattete die damalige Rechtsvertreterin der Klägerin 1, Rechtsanwältin lic. iur. X2.\_\_\_\_, welche namens der Klägerin 1 sowie in Begleitung der Mutter der Klägerin 1 als deren gesetzlicher Vertreterin an der Verhandlung teilnahm, die Klagebegründung (Prot. I S. 4 und Urk. 13) und der Beklagte die Klageantwort auf Befragen (Prot. I S. 4ff.). Ferner wurden sowohl die gesetzliche Vertreterin der Klägerin 1 als auch der Beklagte gestützt auf Art. 56 ZPO befragt (Prot. I. S. 12ff.). Anlässlich dieser Verhandlung schlossen die Parteien nach Erstattung der beiden ersten Parteivorträge eine Vereinbarung ab, welche nicht nur die strittigen Kinderunterhaltsbeiträge für die Klägerin 1 regelte, sondern - in Abänderung der von der damaligen Vormundschaftsbehörde F.\_\_\_\_ genehmigten Vereinbarung über die gemeinsame elterlichen Sorge vom 6. Februar 2012 (Urk. 3/6) - auch jene für C.\_\_\_\_ sowie die weiteren Kinderbelange (elterliche Sorge, Obhut und Besuchsrecht) für beide Kinder umfasste (Urk. 17). In der Folge wurden im angefochtenen Urteil vom 9. Mai 2018 die Kinderbelange betreffend C.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ geregelt (vgl. eingangs wiedergegebenes Urteilsdispositiv und Urk. 34 S. 10ff.). Da im Urteilsdispositiv Regelungen für beide Kinder getroffen wurden, ist im vorliegenden Berufungsverfahren auch C.\_\_\_\_ als Klägerin 2 ins Rubrum aufzunehmen. Aufgrund der ebenfalls geregelten und im Berufungsverfahren angefochtenen Ob-

hutsregelung ist sodann die Mutter der Klägerinnen als Verfahrensbeteiligte ins Rubrum aufzunehmen. Das Rubrum im Berufungsverfahren ist entsprechend anzupassen.

3. Am 9. Mai 2018 fällte die Vorinstanz den oben wiedergegebenen Entscheidung, welchen sie zunächst in unbegründeter Fassung erliess (Urk. 18) und hernach auf Begehren des Beklagten (Urk. 27) begründete (Urk. 29 = Urk. 35).

4. a) Mit Eingabe vom 10. September 2018 erhob der Beklagte Berufung gegen das Urteil vom 9. Mai 2018, wobei er folgende Anträge stellt (Urk. 34 S. 2):

1. Es sei der Entscheid (Urteil und Verfügung) des Bezirksgerichts Horgen vom 9. Mai 2018 im Verfahren FK180004-F/UB/KH in den Ziffern 2, 3 in Präambelziffer 3, 4 und 5 aufzuheben.
2. In Ziffer 2 des vorgenannten Urteils sei festzustellen, dass die Kinder C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ unter die gemeinsame alternierende Obhut gestellt werden.
3. Unter Ziffer 3 Präambelziffer 3 sei für die Tochter B.\_\_\_\_\_ einen Kinderunterhalt von CHF 1'000.– festzustellen und in der Folge den Kläger / Berufungskläger zur Zahlung zu verpflichten, und für die Tochter C.\_\_\_\_\_ einen Kinderunterhalt von CHF 1'000.– festzustellen und in der Folge den Kläger / Berufungskläger zur Zahlung zu verpflichten.
4. Unter Ziffer 3, Präambelziffer 4 sei festzustellen, dass keine rückwirkenden Zahlungen fällig sind.
5. Unter Ziffer 3 Präambelziffer 5 sei das Einkommen des Klägers / Berufungsklägers zu korrigieren und festzustellen, dass das Einkommen CHF 7'500.– netto beträgt.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der 1. und-/ oder 2. Beklagte / Berufungsbeklagte;
  - 5.1. Eventualiter sei dem Kläger / Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

b) Das begründete Urteil wurde dem Beklagten am 9. Juli 2018 zugestellt (Urk. 30/2). Unter Berücksichtigung der Gerichtsferien lief die Rechtsmittelfrist am 10. September 2018 ab. Der Poststempel auf dem Umschlag der Berufungsschrift datiert vom 11. September 2018 (Urk. 36). Der Beklagte macht geltend, die Berufungsschrift am 10. September 2018 um 23.15 Uhr bei der Sihlpost in Zürich in den Briefkasten geworfen zu haben, und benennt hierfür zwei Zeugen, welche auf dem Briefumschlag unterzeichnet haben (Urk. 36). Ob die Berufung des Beklag-



ten rechtzeitig erfolgt ist, kann vor dem Hintergrund der nachfolgenden Erwägungen offenbleiben, so dass diesbezüglich kein Beweisverfahren durchzuführen ist.

## II.

1. Die Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden die Dispositivziffern 1, 3.1a, 3.1c, 3.2., 3.6., 3.7. und 3.8 sowie Dispositivziffern 4, 5, 6 und 7 des angefochtenen Urteils. In diesem Umfang ist das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 9. Mai 2018 rechtskräftig, wovon Vormerk zu nehmen ist.

2. Anfechtungsobjekt ist vorliegend das Urteil der Vorinstanz, mit welchem die Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt worden ist. Die Parteien konnten das Verfahren nicht vorzeitig durch einen Vergleich beenden, da die Kinderbelange aufgrund der Officialmaxime der Verfügungsmacht der Parteien entzogen waren. Einer Vereinbarung der Parteien betreffend Kinderbelange kommt stets lediglich die Bedeutung eines übereinstimmenden Parteiantrags zu, an den der Richter aufgrund der Officialmaxime nicht gebunden ist (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Damit können nicht nur die üblichen Ungültigkeits- oder Widerrufsgründe wie Urteilsunfähigkeit (Art. 18 ZGB), Übervorteilung (Art. 21 OR) oder Willensmängel (Art. 23 ff. OR) geltend gemacht werden, sondern es kann auch beanstandet werden, der Vereinbarung hätte die Genehmigung nicht erteilt werden dürfen. Der Kontrollmassstab ergibt sich dabei für Kinderunterhaltsbeiträge nach Art. 285 ZGB. Denn die Genehmigung beinhaltet nicht eine bloss formale Vormerknahme, sondern eine materielle Prüfungspflicht, ob die Vereinbarung insbesondere den quantitativen und qualitativen Aspekten sowie freiem Willen und reiflicher Überlegung entspricht, was eine konkrete Ermittlung der Verhältnisse in Nachachtung der Untersuchungsmaxime erfordert. Ziel ist die Wahrung der Interessen des Kindes, Klarheit (Vollstreckbarkeit) der Regelung, rechtliche Zulässigkeit und inhaltliche Angemessenheit nach den Kriterien von Art. 285 ZGB. Die dem Kind auf Grund der Vereinbarung zustehenden Leistungen müssen insge-

samt wenigstens dem entsprechen, was ihm auf Grund von Art. 285 Abs. 1 ZGB im Urteilsfall zustünde (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 287 N 14, 20; BK ZGB-Hegnauer, ZGB 287 N 91). Allerdings ist zu beachten, dass das Gericht zur Genehmigung einer Vereinbarung den Sachverhalt nicht in der gleichen Tiefe zu erforschen hat, wie wenn es die Unterhaltsbeiträge selbst festzusetzen hätte. Es genügt, wenn sich das Gericht davon zu überzeugen vermag, dass der Vergleich aufgrund der aktenkundigen Verhältnisse angemessen ist. Nicht erforderlich ist, dass das Gericht selbst zum exakt gleichen Ergebnis gekommen wäre (vgl. OGer ZH RZ160008 vom 12. Januar 2017, S. 15 f. [eine Revision betreffend]). Auch im Geltungsbereich der Untersuchungs- und Officialmaxime ist es in erster Linie Sache der Parteien, den Prozessstoff zu sammeln, kennen sie ihn doch am besten. Das Verfahren muss hinsichtlich der Kinderbelange immer durch ein Urteil erledigt werden (vgl. ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, Art. 58 N 27; ZK ZPO-Schweighauser, Art. 296 N 39). Folglich ist - wie die Vorinstanz zu Recht belehrt hat (Urk. 35 S. 14, Dispositiv-Ziffer 9) - das Urteil mit Berufung und nicht mit Revision anzufechten.

3. Mit der Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, das heisst über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

### III.

1. a) Der Beklagte stellt sich sinngemäss und zusammengefasst auf den Standpunkt, die beiden Klägerinnen hätten angesichts der vereinbarten Betreuungsanteile nicht unter die (alleinige) Obhut der Verfahrensbeteiligten gestellt werden dürfen, sondern es hätte die alternierende Obhut angeordnet werden müssen (Urk. 34 S. 8).

b) Der Begriff der Obhut hat unter dem seit 1. Juli 2014 geltenden Recht eine reduzierte Bedeutung erhalten. Er schliesst das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht mehr mit ein. Dieses ist nun Teil der elterlichen Sorge. Unter Obhut zu verstehen ist neu nur noch die faktische Betreuung des Kindes in Hausgemeinschaft (früher: sog. faktische Obhut). Derjenige Elternteil, dem das Obhutsrecht zusteht, kann alleine die alltäglichen und die dringlichen Angelegenheiten entscheiden (Meyer, Gemeinsame elterliche Sorge nach neuem Recht - Regelungsmöglichkeiten in der Praxis?, Vortrag an einer Tagung zum Scheidungsrecht des Europäischen Instituts der Universität Zürich vom 15. Mai 2014, Rz. 13 mit weiteren Hinweisen). Zu den alltäglichen Dingen gehören etwa Fragen der Bekleidung, der Freizeitgestaltung oder der Ernährung (Meyer, a.a.O., Rz. 14 mit weiteren Hinweisen). Zur Beurteilung, wann eine geteilte/alternierende Obhut angezeigt ist, sind quantitative und qualitative Kriterien massgeblich (Gloor/Schweighauser, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge - eine Würdigung aus praktischer Sicht, in: FamPra.ch 2014, S. 1, 10). Die Entscheidkompetenzen müssen möglichst mit der faktischen Verantwortung für das Kind beziehungsweise mit dessen Lebenswirklichkeit im Einklang stehen. Folglich soll Inhaber des Alleinentscheidungsrechts nach Art. 301 Abs. 1bis ZGB nur derjenige Elternteil sein, der mit dem Kind in häuslicher Gemeinschaft lebt, dem also die (allenfalls geteilte) Obhut zukommt (Büchler/Maranta, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, Rz. 58 f.; Gloor/Schweighauser, a.a.O., S. 1, 13 f.; so auch Botschaft, S. 9106). Freilich kann derjenige Elternteil, der das Kind im Rahmen des persönlichen Verkehrs betreut, grundsätzlich selbständig entscheiden, wie er die gemeinsame Zeit mit dem Kind gestalten möchte. Insofern kommen mithin auch diesem Elternteil Alleinentscheidungsbefugnisse zu, die allerdings nicht die gleiche Tragweite wie

diejenigen in Art. 301 Abs. 1bis ZGB haben (Büchler/Maranta, a.a.O., Rz. 59). Damit eine geteilte/alternierende Obhut angeordnet werden kann, ist zusätzlich erforderlich, dass beide Elternteile das Kind in zeitlich grösserem Ausmass als beim üblichen Wochenendbesuchsrecht betreuen (Meyer, a.a.O., Rz. 19). Wird die Obhut einem Elternteil allein zugeteilt, hat dies zur Rechtsfolge, dass der persönliche Verkehr des nicht obhutsberechtigten Elternteils festgesetzt werden muss (Art. 273 ff. ZGB). Der Wohnsitz des Kindes befindet sich am Wohnsitz des obhutsberechtigten Elternteils (Art. 25 Abs. 1 ZGB). Zudem schuldet der nicht obhutsberechtigte Elternteil Kindesunterhalt (Art. 276 Abs. 2, Art. 289 Abs. 1 ZGB). Bleibt dagegen die Obhut alternierend bei beiden Elternteilen, wird die konkrete Regelung der Betreuung durch "Betreuungsanteile" festgesetzt (Art. 298 Abs. 2 und Art. 298d Abs. 2 ZGB).

c) Die Zuteilung der Obhut hat nach dem Gesagten unter neuem Recht keine allzu grossen praktischen Auswirkungen mehr. Der Beklagte und die Verfahrensbeteiligte behalten gemäss der von der Vorinstanz genehmigten Vereinbarung weiterhin das geteilte Sorgerecht für C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ und werden damit alle wichtigen Fragen gemeinsam entscheiden müssen. Die Frage, ob eine geteilte/alternierende oder alleinige Obhut angeordnet werden soll, hängt wie erwähnt insbesondere vom zeitlichen Umfang der Betreuung C.\_\_\_\_\_s und B.\_\_\_\_\_s durch den Beklagten ab. Letzterer will mit seiner Berufung keine Erweiterung seiner Betreuungsanteile erreichen, sondern macht lediglich geltend, angesichts der vereinbarten Betreuungsanteile von mehr als 30 % "müsse" ihm die alternierende Obhut zugestanden werden. Er will damit aber vor allem eine Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge erreichen (vgl. nachfolgende Erwägungen). Hierzu ist festzuhalten, dass sich der Beklagte vor Vorinstanz im Wissen um die festgelegten Betreuungsanteile zur Leistung der vereinbarten Unterhaltsbeiträge verpflichtet hat.

Der Beklagte betreut die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ gemäss der Vereinbarung vom 9. Mai 2018 ab 1. Januar 2019 jeweils jeden Mittwoch, 7.15 Uhr, bis Donnerstagmorgen, Schulbeginn, und jedes zweite Wochenende von samstags, 9.00 Uhr, bis sonntags, 18.00 Uhr. Diese Betreuungsanteile entspre-

chen lediglich rund 25 % (83 Stunden in 14 Tagen), so dass die Zuteilung der alleinigen Obhut an die Verfahrensbeteiligte durchaus vertretbar und kein Grund ersichtlich ist, weshalb die Vereinbarung betreffend alleiniger Obhut der Verfahrensbeteiligten nicht hätte genehmigt werden dürfen. Dass der Betreuungsanteil des Beklagten mehr als 30 % betrage, weshalb auch in seinem Bedarf anteilmässige Miete, Mehrverbrauch an Wasser und Strom, Übernachtungen und Mehrkosten für Nahrung zu berücksichtigen seien (Urk. 34 S. 4), ist daher unzutreffend. Hinzu kommt, dass sich der Beklagte im Wissen um die Betreuungsanteile verpflichtet hat, Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'750.– für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ zu bezahlen. Inwiefern er dabei einem Willensmangel unterlegen sein soll, legt der Beklagte nicht dar und ist auch nicht ersichtlich.

2. a) Der Beklagte bringt in seiner Berufungsschrift weiter vor, eine rückwirkende Zahlung von Unterhaltsbeiträgen rechtfertige sich nicht, weil er bereits mehr als die geforderten Beträge geleistet habe, nämlich insgesamt Fr. 38'000.–. Es könne nicht sein, dass die Unterhaltsbeiträge doppelt kassiert würden (Urk. 34 S. 3). Es erschliesse sich nicht, weshalb er - der Beklagte - erneut eine rückwirkende Unterhaltszahlung von Fr. 12'000.– leisten solle; er habe für den Zeitraum ab Februar 2017 einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'500.– bezahlt, weshalb er seiner Unterhaltspflicht immer genügend nachgekommen sei. Eine weitere Zahlung an den Unterhalt würde in den Rahmen einer ungerechtfertigten Bereicherung fallen (Urk. 34 S. 6).

b) Bereits vor Vorinstanz hat der Beklagte unter Verweis auf eine eigene Aufstellung vorgebracht, er habe für das Jahr 2017 für C.\_\_\_\_\_ die Schulkosten der H.\_\_\_\_\_ in der Höhe von insgesamt Fr. 12'048.– sowie für beide Kinder insgesamt Unterhaltsbeiträge von Fr. 20'250.– bezahlt (Prot. I S. 10 und Urk. 16). Dennoch hat er sich verpflichtet, rückwirkend Unterhaltsbeiträge von Fr. 12'000.– für die Zeit ab Februar 2017 bis zur Rechtskraft des angefochtenen Urteils nachzuzahlen. Inwiefern er bezüglich schon bezahlter Unterhaltsbeiträge einem Willensmangel oder einem Irrtum unterlegen sein soll, legt der Beklagte in seiner Berufungsschrift nicht dar. Da die Differenz zwischen dem bezahlten monatlichen Unterhaltsbeitrag und den vereinbarten Unterhaltsbeiträgen für C.\_\_\_\_\_ und

B.\_\_\_\_\_ von total Fr. 3'500.– pro Monat Fr. 1'000.– beträgt, scheint es jedoch nachvollziehbar, dass sich die Fr. 12'000.– aus den für ein Jahr vor Klageeinleitung aufgelaufenen zu tiefen Unterhaltsbeiträgen errechnen. Es ist daher auch nicht ersichtlich, weshalb die rückwirkende Pauschalentschädigung von Fr. 12'000.– nicht hätte genehmigt werden dürfen.

3. a) Weiter bringt der Beklagte in seiner Berufungsschrift sinngemäss vor, es sei nicht sein Wunsch gewesen, dass die beiden Klägerinnen eine Privatschule besuchen. Vielmehr habe er lediglich sein Einverständnis dazu gegeben, allerdings unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass dies wirtschaftlich tragbar sei. Da er ein Einkommen von Fr. 7'500.– pro Monat erziele und die Verfahrensbeteiligte ein solches von Fr. 6'500.–, werde durch die Berücksichtigung der Kosten der Privatschule in sein Existenzminimum eingegriffen, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zulässig sei (Urk. 34 S. 4).

b) Bereits anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung war das anrechenbare Einkommen des Beklagten ein Thema. Schon damals stellte er sich auf den Standpunkt, er habe im Jahr 2017 lediglich Fr. 91'000.– verdient, was einem monatlichen Einkommen von knapp Fr. 7'600.– pro Monat entspricht. Ferner machte der Beklagte geltend, er verdiene nicht Fr. 11'000.– pro Monat (Prot. I S. 9) und er gehe davon aus, dass er 2018 etwa gleich viel verdienen werde wie 2017 (Prot. I S. 11). Dennoch wurde bei Vereinbarungsabschluss davon ausgegangen, dass der Beklagte bei einem Pensum von 100 % ein Einkommen von Fr. 8'500.– generieren könne, und dieses als Grundlage der Unterhaltsberechnung in der Vereinbarung festgehalten (vgl. Urk. 35 S. 13 Dispositiv-Ziffer 3.5). Der Beklagte bringt auch in diesem Zusammenhang nicht vor, inwiefern er beim Abschluss der Parteivereinbarung einem Willensmangel oder einem Irrtum unterlegen sein soll. Angesichts des Umstands, dass der Beklagte in den Jahren 2014 bis 2017 ein durchschnittliches monatliches Einkommen von rund Fr. 11'500.– auswies (Urk. 6/10 S. 2), ist auch nicht ersichtlich, dass die Vereinbarung von der Vorinstanz nicht hätte genehmigt werden dürfen.

4. a) Berufungsweise rügt der Beklagte, der Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'750.– pro Kind zuzüglich Familienzulagen sei nicht dargelegt und die Vor-

instanz habe es unterlassen, eine genaue Bedarfsberechnung zu erstellen. Eine solche werde aber von den Gerichten im Kanton Zürich verlangt. Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'750.– seien erfahrungsgemäss bei höheren Einkommen zu finden. Es bestehe mit der Verfahrensbeteiligten lediglich soweit ein Konsens, als die ausserordentlichen Kinderkosten geteilt würden (Urk. 34 S. 5). Ausserdem, so der Beklagte weiter, werde bei den Kindern ein Bedarf von Fr. 892.– ausgewiesen. Mit den Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'750.– könne deshalb Vermögen gebildet werden (Urk. 34 S. 6).

b) Auch hier gilt, dass die Parteien mit dem Abschluss einer Vereinbarung zugunsten einer raschen Streiterledigung auf eine detaillierte gerichtliche Abklärung des Sachverhaltes verzichten. Dennoch muss das Gericht - wie oben bereits dargelegt - in Nachachtung des strengen Untersuchungsgrundsatzes und der Offizialmaxime die Vereinbarung der Parteien überprüfen. Sie hat daher auch im Hinblick auf den Bedarf der Kinder und der Parteien eine überschlagsmässige Rechnung zu machen. Dies hat die Vorinstanz auch getan; in den Akten befindet sich eine Bedarfsaufstellung sowohl für die beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ als auch für den Beklagten und die Verfahrensbeteiligte (Urk. 24). Zwar wird dort pro Kind ein Barbedarf von Fr. 892.– ausgewiesen, es wird aber überdies festgehalten, die Eltern seien sich darüber einig, dass zusätzlich zu diesem Bedarf Fremdbetreuungskosten anfielen und dass C.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ nach Möglichkeit eine Privatschule besuchen sollen (Urk. 24). Diese Kosten wurden im Bedarf von Fr. 892.– unbestrittenermassen nicht berücksichtigt. Angesichts dieser Umstände erscheinen Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'750.– ohne Weiteres als angemessen und es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Vereinbarung des Beklagten und der Verfahrensbeteiligten nicht hätte genehmigt werden dürfen. Der Beklagte legt auch in diesem Punkt nicht dar, inwiefern ein Willensmangel vorgelegen sei oder er sich in einem Irrtum befunden hätte oder dass die Vereinbarung nicht hätte genehmigt werden dürfen. Es geht dem Beklagten auch diesbezüglich darum, dass er an die abgeschlossene Vereinbarung nicht mehr gebunden sein will und sinngemäss eine neue Beurteilung verlangt.

5. Zusammengefasst erweist sich die Berufung des Beklagten als offensichtlich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist. Von der Einholung einer Berufungsantwort der Klägerinnen und der Verfahrensbeteiligten kann daher abgesehen werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

#### IV.

1. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Ausgangsgemäss wird der Beklagte im Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren sind sodann keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Beklagten infolge seines Unterliegens, den Klägerinnen und der Verfahrensbeteiligten mangels erheblicher Umtriebe (Art. 95 Abs.3 ZPO).

2. a) Der Beklagte beantragt im Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der sinngemässen Begründung, er sei nicht in der Lage, neben seinen eigenen Lebenshaltungskosten und den zu leistenden Unterhaltsbeiträgen auch noch für die Prozesskosten aufzukommen (Urk. 34 S. 8).

b) Nach 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). Der Beklagte reicht keinerlei Belege zu seinen finanziellen Verhältnissen ein. Dem angefochtenen Urteil lässt sich indessen entnehmen, dass er Eigentümer eines Einfamilienhauses in F.\_\_\_\_\_ ist (Urk. 35 S. 13), so dass er nicht ohne weiteres als mittellos gelten kann. Auf eine Nachfristansetzung zur Darlegung und Belegung seiner finanziellen Verhältnisse kann indessen verzichtet werden, weil seine Berufung - wie soeben gezeigt - ohnehin aussichtslos ist. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist daher abzuweisen.



**Es wird beschlossen:**

1. Das Rubrum wird im Sinne der Erwägungen angepasst.
2. Es wird vorgemerkt, dass das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 9. Mai 2018 in den Dispositivziffern 1, 3.1a, 3.1c, 3.2., 3.6., 3.7. und 3.8 sowie in den Dispositivziffern 4, 5, 6 und 7 rechtskräftig ist.
3. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 9. Mai 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerinnen und die Verfahrensbeteiligte unter Beilage des Doppels von Urk. 34, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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

Zürich, 21. Januar 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:

bz