

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC110030-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. M. Schaf-  
fitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur.  
S. Clausen

## Beschluss und Urteil vom 10. Oktober 2011

in Sachen

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

Gesuchstellerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagte

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

gegen

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

Gesuchsteller, Berufungsbeklagter und Anschlussberufungskläger

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren  
am Bezirksgericht Zürich vom 8. März 2011 (FE090102)**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 und 3; sinngemäss)

Es sei die Ehe der Gesuchsteller gestützt auf Art. 112 ZGB zu scheiden unter Regelung der Nebenfolgen.

**Modifiziertes Rechtsbegehren des Gesuchstellers:**

(act. 14 und 113; sinngemäss)

1. Die Ehe der Gesuchsteller, geschlossen am tt. Dezember 2002, sei zu scheiden.
2. Der Sohn C.\_\_\_\_\_, geb. 2005, sei unter die alleinige Sorge des Gesuchstellers zu stellen.
3. Der Gesuchstellerin sei das gerichtsbliche Besuchs- und Ferienrecht zu gewähren.
4. Die Gesuchstellerin sei unter Berücksichtigung ihres wahren Einkommens zu angemessenen Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten. Dazu sei von Seiten des Gerichts ein AHV-Auszug per 31. März 2009 einzuholen. Dies gestützt auf Art. 122 ZGB.  
Die Unterhaltsbeiträge seien gerichtsblich zu indexieren.
5. Es seien gemäss Art. 125 ZGB keine Unterhaltsbeiträge an einen Gesuchsteller zuzusprechen.
6. In güterrechtlicher Hinsicht sei die Gesuchstellerin zu verpflichten dem Gesuchsteller folgende Gegenstände zu Eigentum herauszugeben:
  - 1 Esstisch Granit ohne Stühle (schwarz)
  - 1 Videorecorder JVS (schwarz)
  - 1 Stereoanlage JVS mit Boxen (schwarz)
  - 1 Kleiderständer für Herren (schwarz)
  - 1 Dampfbügelstation Laura Star
  - 1 Telefonsohle Laura Star
  - 1 Dampf-Reinigungsgerät Fust
  - 1 Fotoapparat Canon mit Zubehör
  - div. Souvenirs und Kleinwaren

Für das Wasserbett sei der Gesuchsteller mit Fr. 5'000.– zu entschädigen.

Danach und im Weiteren sei festzustellen, dass die Gesuchsteller per saldo aller gegenseitigen Ansprüche auseinandergesetzt sind.

7. Die Austrittsleistungen seien gemäss Art. 122 ZGB zu teilen.
8. Die Anträge der Gesuchstellerin seien abzuweisen, soweit sie den Ehescheidungsanträgen des Gesuchstellers zuwiderlaufen.
9. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin.

**Modifiziertes Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:**

(act. 17 S. 1 ff. und 116 S. 2; sinngemäss)

1. Es sei die Ehe der Parteien auf gemeinsames Begehren hin gestützt auf Art. 112 ZGB zu scheiden.
2. Es sei der Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren 2005, unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin zu stellen.
3. Die Regelung des persönlichen Verkehrs sei zwischen den Parteien nach Absprache und in Berücksichtigung der Bedürfnisse des Sohnes C.\_\_\_\_\_ vorzunehmen.

Im Falle der Nichteinigung der Parteien in Bezug auf die Regelung des persönlichen Verkehrs sei folgende Regelung festzusetzen:

Es sei der Gesuchsteller für berechtigt zu erklären, den Sohn C.\_\_\_\_\_ jedes zweite Wochenende von Samstag 10 Uhr bis Sonntag 18 Uhr zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen.

Weiter sei der Gesuchsteller für berechtigt zu erklären, den Sohn C.\_\_\_\_\_ während zwei Wochen Ferien während der Kindergarten-/Schulferien zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen. Der Gesuchsteller ist zu verpflichten, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus schriftlich anzumelden und auf bereits bestehende Ferientermine der Gesuchstellerin mit dem Kind Rücksicht zu nehmen.

Zudem sei der Gesuchsteller für berechtigt zu erklären, den Sohn C.\_\_\_\_\_ in den Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingsten, von Pfingstsamstag 10 Uhr bis Pfingstmontag 18 Uhr, sowie vom 25. Dezember bis zum Ende der Kindergarten-/Schulferien, in den Jahren mit gerader Jahreszahl an Ostern, von Karfreitag 10 Uhr bis Ostermontag 18 Uhr zu sich oder mit sich zu Besuch zu nehmen.

Die Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts übernimmt der Gesuchsteller.

4. Es sei die zuständige Vormundschaftsbehörde anzuweisen, für den Sohn C.\_\_\_\_\_ eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308

Abs. 2 ZGB zu errichten und dem Beistand/Beiständin insbesondere die Aufgabe zu erteilen, den persönlichen Verkehr zwischen dem Gesuchsteller und dem Kind zu regeln.

5. Es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin gestützt auf Art. 125 ZGB an ihren persönlichen Unterhalt monatlich im Voraus, jeweils per Ersten jeden Monats, Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen:
  - 1'349.– ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum Erreichen des AHV-Alters des Gesuchstellers.
6. Es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Sohnes C.\_\_\_\_\_ monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 800.–, zuzüglich allfällige vertragliche oder gesetzliche Familienzulagen, zu bezahlen, zahlbar ab Rechtskraft des Scheidungsurteils jeweils im Voraus per Ersten jeden Monats.
7. Es seien die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziff. 5 und 6 vorstehend sowie sämtliche in Zusammenhang mit dem Unterhalt stehende Beträge gerichtsüblich zu indexieren.
8. Es sei der Ausgleich der während der Ehe erworbenen Freizügigkeitsleistungen der Parteien nach Gesetz vorzunehmen.
9. Es sei die güterrechtliche Auseinandersetzung nach Gesetz vorzunehmen;

Diese Unterhaltsbeiträge für den Sohn C.\_\_\_\_\_ seien der Gesuchstellerin über die Mündigkeit des Sohnes hinaus zu dessen Händen zu überweisen, solange dieser sich in einer angemessenen Erstausbildung befindet, weiterhin bei der Gesuchstellerin wohnt und nicht selbstständig Ansprüche aus Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen die Eltern geltend macht.

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7.6% bzw. 8% Mehrwertsteuer, zu lasten des Gesuchstellers.

Zudem seien sämtliche vom Gesuchsteller gestellten, anderslautenden Anträge vollumfänglich abzuweisen."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 8. März 2011 (Urk. 141):**

1. Die Ehe der Gesuchsteller wird gestützt auf Art. 112 ZGB geschieden.
2. Das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005, wird unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin gestellt.

3. Die Regelung des persönlichen Verkehrs wird zwischen den Gesuchstellern nach Absprache und in Berücksichtigung der Bedürfnisse des Sohnes C.\_\_\_\_\_ vorgenommen.

Im Fall einer Nichteinigung ist der Gesuchsteller berechtigt, den Sohn C.\_\_\_\_\_ jedes zweite Wochenende von Samstag, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter ist der Gesuchsteller berechtigt, den Sohn C.\_\_\_\_\_ in den Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingsten, von Pfingstsamstag, 10:00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18:00 Uhr, sowie vom 25. Dezember bis zum Ende der Kindergarten-/Schulferien, in den Jahren mit gerader Jahreszahl an Ostern, von Karfreitag, 10:00 Uhr, bis Ostermontag, 18:00 Uhr, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem ist der Gesuchsteller berechtigt, den Sohn C.\_\_\_\_\_ während drei Wochen in den Kindergarten-/Schulferien zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus schriftlich anzumelden bzw. mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

4. Die für C.\_\_\_\_\_ mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde Y.\_\_\_\_\_ vom 10. März 2008 angeordnete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird beibehalten. Der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:

- Verbindliche Festlegung der Modalitäten des Besuchsrechts im Streitfall und bei Bedarf Durchführung und Begleitung desselben;
- Unterstützung und Beratung der Gesuchsteller bei der Erziehung von C.\_\_\_\_\_ und bei Bedarf Einleitung der für die optimale Entwicklung von C.\_\_\_\_\_ notwendigen Massnahmen.

5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, ab Rechtskraft des Scheidungsurteils an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes C.\_\_\_\_\_ monatlich Fr. 800.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzula-

gen) zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind an die Gesuchstellerin zu bezahlen, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Mündigkeit hinaus bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, solange das Kind im Haushalt der Gesuchstellerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Gesuchsteller stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, ab Rechtskraft des Scheidungsurteils der Klägerin persönlich bis zum 1. Februar 2021 monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB in der Höhe von Fr. 350.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
7. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 5 und 6 hiervor basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Januar 2011 mit 99.6 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2012, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

Weist die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei nach, dass sich ihr Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht, so werden die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 6 nur proportional zur tatsächlichen Einkommenssteigerung angepasst.

8. Diesem Urteil liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Gesuchsteller zugrunde:
  - Erwerbseinkommen Gesuchstellerin: rund Fr. 2'232.– netto, zuzüglich Familienzulagen;
  - Erwerbseinkommen Gesuchsteller: rund Fr. 3'625.– netto, zuzüglich Familienzulagen;

- Bedarf Gesuchstellerin und C.\_\_\_\_\_: ca. Fr. 4'360.–;
  - Bedarf Gesuchsteller: ca. Fr. 2'465. –;
  - Zur Deckung des gebührenden Unterhalts der Gesuchstellerin fehlender Betrag (gem. Art. 129 Abs. 3 und Art. 143 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB): ca. Fr. 980.–.
9. Es wird festgestellt, dass die Gesuchsteller güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt sind.
  10. Die Stiftung Z.\_\_\_\_\_  
wird angewiesen, vom Freizügigkeitskonto Nr. ... des Gesuchstellers (AHV Nr. ...) den Betrag von Fr. 2'828.20 auf das Freizügigkeitskonto der Gesuchstellerin (AHV Nr. ...) bei der D.\_\_\_\_\_, Freizügigkeitsstiftung (Freizügigkeitskonto Nr. ...), zu übertragen.
  11. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 10'000.– (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
  12. Die Kosten werden der Gesuchstellerin zu 3/10 und dem Gesuchsteller zu 7/10 auferlegt.
  13. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 4'400.– zuzüglich Mehrwertsteuer (d.h. Fr. 3'600 zuzüglich 7,6% MwSt. plus Fr. 800.– zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen.
  14. Schriftliche Mitteilung an die Gesuchsteller, je als Gerichtsurkunde, sowie nach Eintritt der Rechtskraft im Dispositiv an das für E.\_\_\_\_\_  
zuständige Zivilstandsamt, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Vormundschaftsbehörde von F.\_\_\_\_\_, gemäss Dispositiv-Auszug Ziffern 1 und 10 an die D.\_\_\_\_\_, Freizügigkeitsstiftung, je gegen Empfangsschein.
  15. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie 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.

### **Berufungsanträge:**

#### der Gesuchstellerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (Urk. 142):

"Es sei festzustellen, dass die Gesuchstellerin und Berufungsklägerin und der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte mit Ausnahme der ausstehenden Unterhaltsbeiträge güterrechtlich auseinandergesetzt sind und es sei Dispositivziffer 9 des angefochtenen Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. März 2011 entsprechend abzuändern;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, zu Lasten des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten."

#### des Gesuchstellers, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungsklägers (Urk. 156):

1. Die Berufung vom 9. Mai 2011 der Gegenpartei und die Vereinbarung vom 10. Juni 2011 seien vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei Dispositiv Ziff. 9 der Verfügung vom 11. April 2011 der Vorinstanz aufzuheben und [die] Gesuchstellerin und Berufungsklägerin zu verpflichten, mir als Gesuchsteller und Berufungsbeklagter einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5000.– zu bezahlen, eventualiter sei mir als Gesuchsteller und Berufungsbeklagter die unentgeltliche Prozessführung sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren bzw. zu bestellen.
3. Es sei die Rechtsanwältin Frau X.\_\_\_\_\_ wegen Prozessbetrug und Irreführung zu entlassen und die Gesuchstellerin zu verwarnen.
4. Es sei die Ehe nicht anzuerkennen und als ungültig zu erklären.
5. Es sei das Wohl und die Sicherheit von C.\_\_\_\_\_ nochmals zu überprüfen und vorsorgliche Massnahmen für C.\_\_\_\_\_ zu treffen. eventualiter sei C.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren bzw. zu bestellen.
6. Es sei der Bericht der Polizistin G.\_\_\_\_\_ bei der Vormundschaft Y.\_\_\_\_\_ einzuholen, und mit Art. 125 Abs. 3 zu vergleichen.
7. Es seien meine finanzielle Forderungen gegenüber der Gegenpartei im Sinne von Art. 205 Abs. 3 "gegenseitige Schulden" zu berücksichtigen.

8. Es seien die Gerichtskosten sowie die Prozessentschädigung der Vorinstanz zu überprüfen und neu zwischen den Gesuchstellern zu verteilen.
9. Es sei bei der Vermögensabrechnung die Schuldenabzahlung der Gesuchstellerin, die Schwarzarbeit der Gesuchstellerin, die Ungültigkeit der Ehe und das lange Vorgehen des Scheidungsverfahrens zu berücksichtigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zu Lasten der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin.

Zudem stelle ich für den Fall der Abweisung der im Berufungsverfahren ein Abänderungsgesuch betreffend Ehegattenbeiträge gemäss Art. 125 mit Berücksichtigung von Art. 125 Abs. 3.

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Die Parteien heirateten am tt. Dezember 2002 in Y. \_\_\_\_ (Urk. 2). Aus ihrer Ehe ging der Sohn C.\_\_\_\_, geb. 2005, hervor (Urk. 4A). Mit Verfügung vom 26. Januar 2009 überwies das Friedensrichteramt der Stadt E. \_\_\_\_ das gemeinsame Scheidungsbegehren an die Vorinstanz (Urk. 1). Für den Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 141 S. 4 ff.). Am 8. März 2011 fällte die Vorinstanz das eingangs im Dispositiv aufgeführte Urteil (Urk. 141), das der Gesuchstellerin, Berufungsklägerin und Anschlussberufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) am 4. April 2011 und dem Gesuchsteller, Berufungsbeklagten und Anschlussberufungskläger (fortan Gesuchsteller) am 11. April 2011 zugestellt wurde (Urk. 136, Urk. 137).

2. Mit Eingabe vom 7. April 2011 stellte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Protokollberichtigungsbegehren mit dem Antrag, die Protokollnotiz auf S. 103 des Protokolls ("Die Gesuchstellerin verzichtet auf die Geltendmachung von güterrechtlichen Ansprüchen") sei wie folgt zu ergänzen (Urk. 134):

"Die Gesuchstellerin verzichtet mit Ausnahme der ausstehenden Unterhaltsbeiträge auf die Geltendmachung von güterrechtlichen Ansprüchen."

Ohne eine Stellungnahme der Gegenpartei einzuholen und ohne ein Rechtsmittel zu beehren, ergänzte die Vorinstanz das Protokoll mit Verfügung vom 11. April 2011 wie folgt (Urk. 135):

"(Rechtsanwältin lic.iur. X.\_\_\_\_\_ weist im Rahmen der Vergleichsgespräche darauf hin, dass noch ausstehende Unterhaltsbeiträge vorhanden seien und die Gesuchstellerin mit Ausnahme dieser ausstehenden Unterhaltsbeiträge auf die Geltendmachung güterrechtlicher Ansprüche verzichte.)"

3. Mit Eingabe vom 9. Mai 2011, gleichentags zur Post gegeben und hier eingegangen am 10. Mai 2011, reichte die Gesuchstellerin ihre Berufung ein (Urk. 142). Mit Beschluss vom 7. Juli 2011 wurde der Gesuchstellerin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und dem Gesuchsteller Frist zum Einreichen der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 153). In seiner Berufungsantwort vom 12. September 2011 erhob der Gesuchsteller Anschlussberufung und stellte weitere prozessuale Anträge (Urk. 156). Die Berufungsantwort wurde der Gesuchstellerin am 16. September 2011 zugestellt. Sie liess sich mit Eingabe vom 19. September 2011 zur Berufungsantwort vernehmen, behielt sich die Erstattung einer Anschlussberufungsantwort aber vor (Urk. 163). Die Zustellung dieser Eingabe an den Gesuchsteller erfolgte am 24. September 2011 (Urk. 164). Seither sind keine weiteren Eingaben der Parteien mehr erfolgt. Vergleichsbemühungen scheiterten (Urk. 146 bis Urk. 152, Urk. 154 und Urk. 155).

4. Da sich die Anschlussberufungsanträge und alle anderen vom Gesuchsteller gestellten Anträge als offensichtlich unzulässig oder unbegründet erweisen, kann auf die Einholung einer weiteren schriftlichen Stellungnahme der Gesuchstellerin verzichtet werden (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, N 19 zu Art. 313 ZPO).

II.

A. Prozessuales

1. Das angefochtene Urteil wurde den Parteien im April 2011 zugestellt. Damit ist auf das Berufungsverfahren die eidgenössische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 anzuwenden (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Indem der Gesuchsteller mit seinem Antrag Ziffer 4 um Ungültigerklärung seiner Ehe ersucht, ficht er den Scheidungspunkt (Dispositiv-Ziffer 1) an. Damit sind die Nebenfolgen insgesamt nicht in Rechtskraft erwachsen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 4 zu § 200 ZPO/ZH, mit Verweis auf BGE 84 II 468).

3. Eine Klageänderung, d.h. neue oder geänderte Rechtsbegehren sind im Rechtsmittelverfahren nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt sind und sie zudem auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Die neuen Tatsachen und Beweismittel müssen ihrerseits zulässige Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO sein. Sind sie es nicht – weil sie nicht ohne Verzug vorgebracht wurden oder mit zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können – ist die Klageänderung nicht zulässig (Volkart, DIKE-Komm-ZPO, N 18 zu Art. 317 ZPO; Reetz/Hilber, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 86 zu Art. 317 ZPO).

4. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsschrift hat bestimmte Rechtsmittelanträge in der Sache zu enthalten. Geht es um eine auf Geldleistung gerichtete Forderung, ist eine Bezifferung erforderlich (Reetz/Theiler, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 34 zu Art. 311 ZPO). In der Begründung ist darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und deshalb abgeändert werden muss (Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, N 27 zu Art. 311 ZPO). Dabei genügt es nicht, lediglich auf (Vor-) ak-

ten zu verweisen (Reetz/Theiler, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 38 zu Art. 311 ZPO).

### B. Anschlussberufung und weitere Anträge des Gesuchstellers

1. a) Der Gesuchsteller verlangt die Ungültigerklärung seiner Ehe mit der Begründung, bei der Vorbereitung der Ehe sei betrogen worden (Antrag Ziffer 4). Am 14. September 2010 habe die Gegenpartei bei der Vorinstanz das angebliche Scheidungsurteil aus H.\_\_\_\_\_ (Staat in Europa) vom 3. März 2000, eine internationale Scheidungsbestätigung aus I.\_\_\_\_\_ (Staat in Europa) und eine in der Landessprache I.\_\_\_\_\_ abgefasste Heiratsbestätigung eingereicht (Urk. 97/28-29 = Urk. 162/10/2). Diese Unterlagen würden den Anforderungen des EDA für die Eintragung einer Scheidung in der Schweiz, wonach ein rechtskräftiges Scheidungsurteil (Original oder beglaubigte Fotokopie) mit "Apostille" und Übersetzung in eine schweizerische Landessprache beizubringen sei, nicht genügen. Zudem würden Übersetzungen und Originale nicht übereinstimmen (Urk. 156 S. 4). Der Gesuchsteller macht damit sinngemäss geltend, die Gesuchstellerin sei im Zeitpunkt der Heirat am tt. Dezember 2002 noch nicht von ihrem früheren Ehemann geschieden gewesen (vgl. Art. 105 Ziff. 1 ZGB).

b) Die Scheidungsklage wird mit der Gutheissung einer Ungültigkeitsklage gegenstandslos. Der Gesuchsteller hat bereits während des vorinstanzlichen Verfahrens die Frage aufgeworfen, ob das Scheidungsurteil in der Schweiz zu Recht anerkannt worden ist (Urk. 44, Urk. 45). Auf die Anzeige seines damaligen Rechtsvertreters hin hat die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland mit Schreiben vom 25. Mai 2010 den Auftrag zur Einleitung einer Strafuntersuchung gegen die Gesuchstellerin betreffend mehrfache Ehe im Sinne von Art. 215 StGB sowie damit im Zusammenhang stehende Urkundendelikte erteilt. Dabei hat die Oberstaatsanwaltschaft auch ausgeführt, sie werde im vorliegenden Fall die zivile Klage auf Ungültigkeit im Sinne einer Registerklage hinsichtlich der am tt. Dezember 2002 zwischen den Parteien geschlossenen Ehe der Parteien zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht einleiten, sondern die Erkenntnisse aus dem Strafverfahren abwarten (Urk. 46). Bei Fortsetzung der Hauptverhandlung am 31. Januar 2011 hat die Gesuchstellerin

ein Schreiben der Staatsanwaltschaft Winterthur/Unterland eingereicht, worin der bevorstehende Abschluss der Untersuchung angekündigt und der Erlass einer Einstellungsverfügung wegen mehrfacher Ehe in Aussicht gestellt wurde (Urk. 118/3). Der Gesuchsteller hat vor Vorinstanz keine Ungültigkeitsklage erhoben, sondern die Ungültigkeit seiner Ehe erst im Berufungsverfahren beantragt (vgl. die mit der Replik gestellten Anträge in Prot. I S. 84). Es liegt somit eine Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO vor. Der Gesuchsteller räumt selbst ein, dass er bereits im September 2010 vom Scheidungsurteil (des Staates H.\_\_\_\_\_) und den weiteren Ehedokumenten der Gesuchstellerin Kenntnis erlangt hat. Diese Noven – und die gestützt darauf vorgenommene Klageänderung – hätten ohne Verzug und schon bei der Vorinstanz in den Prozess eingebracht werden können. Daher basiert die (erst im Berufungsverfahren vorgenommene) Klageänderung nicht auf neuen Tatsachen und Beweismittel im Sinne von Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO. Die Ungültigkeitsklage ist verspätet und damit nicht mehr zu prüfen. Der Antrag Ziffer 4 ist daher offensichtlich unzulässig, und es ist darauf nicht einzutreten. Die Ehe der Parteien ist in Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils gestützt auf Art. 112 ZGB zu scheiden.

2. a) Der Gesuchsteller stellt den Antrag (Ziffer 5), es sei das Wohl und die Sicherheit von C.\_\_\_\_\_ nochmals zu überprüfen und es seien vorsorgliche Massnahmen für C.\_\_\_\_\_ zu treffen, eventualiter sei dem Sohn ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Gesuchstellerin habe im August und November 2009 und im März 2010 drei Suizidversuche durchgeführt (Urk. 156 S. 2). Der Gesuchsteller hat bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht, die Gesuchstellerin habe im Jahre 2009 drei Suizidversuche unternommen, was von der Gesuchstellerin nicht bestritten wurde (Prot. I S. 76).

b) Der Vorinstanz ist nicht entgangen, dass die Gesuchstellerin unter erheblichen psychischen Problemen leidet (Urk. 141 S. 21). Sie kam mit einlässlicher Begründung und in Würdigung aller Umstände (insbesondere der Möglichkeit zur persönlichen Betreuung, der optimalen altersgerechten Entwicklungsmöglichkeiten in geistig-psychischer, körperlicher und sozialer Hinsicht sowie der örtlichen und familiären Stabilität) zum Schluss, dass der (nunmehr 6 ½ jährige) C.\_\_\_\_\_

unter die elterlichen Sorge der Gesuchstellerin zu stellen sei. Die Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft wurde beibehalten. Der Gesuchsteller stellt keinen anderslautenden Antrag zur Sorgerechzuteilung, zum Besuchrecht und zur Unterhaltsregelung. Mit den vorinstanzlichen Erwägungen setzt er sich nicht ansatzweise auseinander. Seine Rechtsmittelanträge sind unsubstantiiert und ungenügend begründet (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsteller zeigt auch nicht auf, aus welchem Grund welche vorsorglichen Massnahmen getroffen werden müssen. Das vorinstanzliche Urteil ist daher bezüglich der Kinderbelange (Dispositiv-Ziffern 2 bis 5 und 7) vollumfänglich zu bestätigen. Der Antrag, C.\_\_\_\_\_ einen Prozessbeistand zu bestellen, ist damit ebenfalls abzuweisen.

3. a) Der Gesuchsteller stellt den weiteren Antrag (Ziffer 6), es sei der Bericht der Polizistin G.\_\_\_\_\_ bei der Vormundschaft Y.\_\_\_\_\_ einzuholen und mit Art. 125 Abs. 3 (gemeint wohl: ZGB) zu vergleichen. Eventualiter stellt der Gesuchsteller einen Abänderungsantrag betreffend Ehegattenbeiträge unter Berücksichtigung von Art. 125 Abs. 3 (gemeint wohl: ZGB).

b) Die Vorinstanz hat den Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchstellerin persönlich ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum 1. Februar 2021 monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB in der Höhe von Fr. 350.– zu bezahlen. Der Gesuchsteller unterlässt es, einen konkret bezifferten Berufungsantrag zu stellen. Auch legt er nicht dar, aus welchen – bereits bei der Vorinstanz vorgetragenen oder zulässigen – Gründen ein Unterhaltsbeitrag versagt oder gekürzt werden müsste. Der Verweis auf einen nicht näher bezeichneten Bericht einer Polizistin genügt den Begründungsanforderungen offensichtlich nicht. Damit ist das vorinstanzliche Urteil auch hinsichtlich des nahehelichen Unterhalts samt Indexklausel und finanzieller Grundlagen (Dispositiv-Ziffern 6, 7 und 8) zu bestätigen. Da die Scheidungsrente mit diesem Urteil erstmalig festgesetzt wird, ist auf das eventualiter gestellte Abänderungsgesuch nicht weiter einzugehen.

4. a) Der Gesuchsteller verlangt weiter, es seien seine finanziellen Forderungen gegenüber der Gegenpartei im Sinne von Art. 205 Abs. 3 ZGB als gegenseitige Schulden zu berücksichtigen (Antrag Ziffer 7). In diesem Zusammenhang will er bei der Vermögensabrechnung "die Schuldenabzahlung der Gesuchstelle-

rin, die Schwarzarbeit der Gesuchstellerin, die Ungültigkeit der Ehe und das lange Vorgehen de[s] Scheidungsverfahrens" berücksichtigt haben (Urk. 156 S. 2). Ergänzend trägt er vor, er habe bereits an der Hauptverhandlung vom 6. April 2009 erwähnt, dass die Gesuchstellerin "schwarz" gearbeitet habe. Die Gesuchstellerin habe im Jahre 2005 im Restaurant J.\_\_\_\_\_ in K.\_\_\_\_\_ gearbeitet und dies gegenüber dem Arbeitsamt nicht deklariert, was einen Betrug darstelle. Somit sei eine Teilung der Berufsvorsorge gemäss Bundesgericht und ZGB nicht mehr zulässig, falls eine Scheidung stattfinde (Urk. 156 S. 5).

b) Der Gesuchsteller stellt zum Güterrecht keinen bestimmten bzw. bezifferten Antrag, weshalb bereits aus diesem Grund in diesem Punkt auf die Anschlussberufung nicht eingetreten werden kann.

c) Die Anschlussberufung im Güterrecht erweist sich auch aus novenrechtlichen Gründen als unzulässig. Vor Vorinstanz hatte der Gesuchsteller die Herausgabe diverser Gegenstände zu Eigentum und für ein Wasserbett eine Entschädigung von Fr. 5'000.– gefordert (Urk. 14, Prot. I S. 88). Anlässlich der Verhandlung vom 31. Januar 2011 erklärte der Gesuchsteller auf die richterliche Frage, ob über diese Posten (Gegenstände) befunden werden müsse: "Das muss man nicht genauer erwähnen, es kann ausgelassen werden. Die Gesuchstellerin weiss, was mir gehört. Wenn die Gesuchstellerin es mir geben will, dann soll sie es mir geben, sonst lassen wir es" (Prot. I S. 99). Laut Protokollnotiz haben danach beide Parteien bestätigt, dass diese güterrechtlichen Belange im Urteil ausgelassen werden könnten; als Übergabetermin für die abzuholenden Gegenstände wurde der 1. März 2011, 18.00 Uhr, festgesetzt (Prot. I S. 99). Der Antrag auf Entschädigung für das Wasserbett wurde seitens des Gesuchstellers nach Abschluss der Befragung zurückgezogen (Prot. I S. 103). Im vorinstanzlichen Urteil wurde deshalb erwogen, der Gesuchsteller habe anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 31. Januar 2011 erklärt, dass er auf einen gerichtlichen Entscheid über die Herausgabe der im Rechtsbegehren genannten Gegenstände verzichte. Ausserdem habe er seinen Antrag auf Entschädigung für das Wasserbett zurückgezogen. Da auch die Gesuchstellerin auf die Geltendmachung von güterrechtlichen Ansprüchen verzichtet habe, sei festzustellen, dass die Gesuchsteller in gü-

terrechtlicher Hinsicht vollständig auseinandergesetzt seien und jeder Gesuchsteller zu Eigentum behalte, was er derzeit besitze oder auf seinen Namen laute (Urk. 141 S. 38).

d) Nachdem der Gesuchsteller seine güterrechtlichen Begehren vor Vorinstanz fallen liess bzw. zurückzog, ist die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen, der Gesuchsteller mache keine güterrechtlichen Ansprüche geltend. Ihre Feststellung, die Parteien seien (mit Ausnahme der ausstehenden Unterhaltsbeiträge [vgl. unten Erw. II./C.]) güterrechtlich auseinandergesetzt, ist daher nicht zu beanstanden. Die Erneuerung der Begehren durch den Gesuchsteller im Berufungsverfahren ist daher als Klageänderung im Sinne von Art. 317 ZPO zu qualifizieren. Der Umstand, dass das vorinstanzliche Protokoll berichtigt wurde, führt nicht dazu, dass die vom Kläger erneut erhobenen Forderungen zulässig sind. Sie beruhen nicht auf dem Umstand der Protokollberichtigung, sondern auf Tatsachen, die bereits im vorinstanzlichen Verfahren vorgebracht werden konnten bzw. wurden.

e) aa) Die Vorinstanz hat – entgegen dem hier noch anwendbaren Art. 142 aZGB – nicht bloss über den Teilungsschlüssel entschieden, sondern den zu überweisenden Betrag auf Fr. 2'828.20 festgelegt und die Freizügigkeitseinrichtung des Gesuchstellers entsprechend angewiesen. Der Gesuchsteller hat im Zusammenhang mit dem Vorsorgeausgleich und unter Hinweis auf schriftliche Auskünfte von Privatpersonen den Vorwurf der Schwarzarbeit bereits vor Vorinstanz erhoben und daraus abgeleitet, die Austrittsleistung der Gesuchstellerin sei "wohl" unvollständig, da sie "allenfalls" auch noch Sozialleistungen empfangen (Urk. 14 S. 3, Prot. I S. 87). Mit Eingabe vom 23. Februar 2011 vertrat der Gesuchsteller die Ansicht, die Austrittsleistungen seien nicht zu teilen, weil er der Gesuchstellerin habe helfen müssen, Schulden zu zahlen, die Ehe ungültig sei, die Gesuchstellerin schwarz gearbeitet und das Scheidungsverfahren viel zu lange gedauert habe (Urk. 127). Die Gesuchstellerin stellte in der persönlichen Befragung jegliche Schwarzarbeit in Abrede. Sie erklärte, sie habe nach Auflösung des Vertrags per Juni 2005 noch Arbeitszeit (fünf bis sieben Tage) nachholen müssen, weil sie Lohn erhalten und dafür keine Arbeit verrichtet habe. Vielleicht habe der Gesuch-

steller deshalb gedacht, dass es sich um Schwarzarbeit gehandelt habe (Prot. I S. 28). Die Vorinstanz erwog, es sei kein Grund ersichtlich, von der hälftigen Teilung abzuweichen, zumal eine Teilung nur verweigert werden könne, wenn sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre. Die Vorwürfe des Gesuchstellers, wonach die Gesuchstellerin schwarz gearbeitet habe und sie eine mehrfache Ehe eingegangen sei, hätten sich im Übrigen nicht erhärten lassen. Die Gesuchstellerin habe folglich einen Anspruch von Fr. 8'884.80 und der Gesuchsteller einen solchen von Fr. 6'065.60, woraus sich ein Anspruch der Gesuchstellerin aus beruflicher Vorsorge von Fr. 2'828.20 errechne (Urk. 141 S. 40).

bb) Der Vorsorgeausgleich wird zwar von der (eingeschränkten) Untersuchungsmaxime beherrscht (Art. 277 Abs. 3 ZPO; Kobel, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 21 zu Art. 277 ZPO). Die Pflicht zur Begründung der Berufung gilt aber auch in Verfahren, in welchen die Untersuchungsmaxime gilt (Reetz/Theiler, in: Suter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 37 zu Art. 311 ZPO). Der Gesuchsteller trägt im Berufungsverfahren diesbezüglich vor, der Arbeitgeber L.\_\_\_\_\_ und weitere Personen hätten bestätigt, dass die Gesuchstellerin bereits im Jahre 2005 im Restaurant J.\_\_\_\_\_ in K.\_\_\_\_\_ gearbeitet habe (Urk. 156 S. 5). Zwar liegen schriftliche Bestätigungen von M.\_\_\_\_\_ und Restaurantbesitzer L.\_\_\_\_\_ im Recht, wonach die Gesuchstellerin von (Sommer) 2005 bis (Sommer) 2006 als Servicemitarbeiterin im Restaurant J.\_\_\_\_\_ in K.\_\_\_\_\_ tätig war (Urk. 115/11 = Urk. 162/9a). Mit dem Hinweis auf Schwarzarbeit im Jahre 2005 wird aber nicht substantiiert gerügt bzw. dargelegt, die Gesuchstellerin habe Vorsorgebestandteile verschwiegen bzw. die Vorinstanz habe bestimmte weitere Vorsorgebestandteile übersehen. Der Gesuchsteller hat auch nicht beanstandet, dass die Vorinstanz angebotene, relevante Beweismittel nicht abgenommen hat. Weitere – im Lichte von Art. 317 ZPO zulässige – Beweisanträge stellte er im Berufungsverfahren nicht. In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass im Jahre 2005 nur Jahreseinkommen von über Fr. 19'350.– pro Arbeitgeber obligatorisch versichert waren (Art. 7 BVG in der Fassung vom 1. Januar 2005) und der Auszug aus dem individuellen Konto der Gesuchstellerin bei der SVA Zürich für die Arbeitstätigkeit im Restaurant J.\_\_\_\_\_ in K.\_\_\_\_\_ im

Jahre 2006 (Februar bis Juni) ein Einkommen von lediglich Fr. 9'500.– ausweist (Urk. 97/23). Die Erzielung eines zusätzlichen Einkommens im Restaurant J.\_\_\_\_\_ im Jahre 2005 würde also nicht automatisch zur Vergrösserung der Austrittsleistung der Gesuchstellerin führen. Im Übrigen führt der Auszug für das Jahr 2005 das Restaurant J.\_\_\_\_\_ gar nicht als Arbeitgeber auf, was bedeutet, dass keine AHV-Beiträge entrichtet wurden. Dass der von ihm angerufene Arbeitgeber L.\_\_\_\_\_ einerseits AHV-Beiträge nicht ablieferte, andererseits aber BVG-Beiträge entrichtete, macht aber selbst der Gesuchsteller nicht geltend. Er behauptet lediglich, die Gesuchstellerin habe Einkommen gegenüber dem Arbeitsamt verschwiegen. Hinzu kommt, dass die Parteien das Einkommen der Gesuchstellerin in der noch gemeinsamen Steuererklärung 2005 mit Fr. 30'783.– deklarierten, wobei Fr. 24'347.– auf die Arbeitslosenversicherung und Fr. 7'058.– auf das Restaurant N.\_\_\_\_\_ in O.\_\_\_\_\_ entfallen (Urk. 15/1), was exakt mit dem Auszug aus dem individuellen Konto der Gesuchstellerin (Urk. 97/23) übereinstimmt. Bereits bei der Vorinstanz verloren sich die Ausführungen des Gesuchstellers hinsichtlich zusätzlicher Vorsorgebestandteile denn auch in reiner Spekulation (Urk. 14 S. 3: "und allenfalls auch noch Sozialleistungen empfängt"; Prot. I S. 87: "wohl unvollständig"). Zusammenfassend ergibt sich, dass der Gesuchsteller mit seinen Ausführungen im Berufungsverfahren keinen Fehler in der Berechnung der massgeblichen Austrittsleistung der Gesuchstellerin darzutun vermag. Die vom Gesuchsteller pauschal angerufenen Gründe (Schuldenabzahlung, Schwarzarbeit, Dauer des Scheidungsverfahrens) stellen keine Verweigerungsgründe im Sinne von Art. 123 Abs. 2 ZGB dar. Auf die Ungültigkeit der Ehe kann sich der Gesuchsteller nicht berufen; im Übrigen entfaltet die ungültige Ehe – mit Ausnahme des Erbrechts – bis zur Ungültigerklärung die Wirkungen einer gültigen Ehe (Art. 109 ZGB). Nachdem die Kompetenzen des Scheidungsgerichts bei fehlender Einigung über die Teilung der Austrittsleistungen in Art. 281 Abs. 1 ZPO erweitert worden sind, hat es beim vorinstanzlichen Urteil (Dispositiv-Ziffer 10) sein Bewenden.

5. a) Der Gesuchsteller beantragt schliesslich, Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ sei als Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin wegen Prozessbetrugs und Irreführung zu entlassen und die Gesuchstellerin sei zu verwarnen (Antrag Ziffer 3). Er begründet diesen Antrag wie folgt: Seine Abklärungen hätten ergeben, dass

C.\_\_\_\_\_ am 28. Juni 2010 nicht von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ sondern von der Beiständin P.\_\_\_\_\_ und der Gesuchstellerin im Kindergarten Q.\_\_\_\_\_ abgeholt und nach R.\_\_\_\_\_ in eine Pflegefamilie gebracht worden sei. Wenn die Beiständin in ihrer E-Mail vom 28. Juni 2010 (Urk. 162/7) behauptete, C.\_\_\_\_\_ sei von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ und der Gesuchstellerin abgeholt worden, begehe sie Amtsmissbrauch (Urk. 156 S. 3). Der Vorwurf des Gesuchstellers steht im Zusammenhang mit einem Vorfall im Sommer 2010: Die Gesuchstellerin musste sich vom 20. Juni bis 19. Juli 2010 zur Kur nach R.\_\_\_\_\_ begeben, weshalb von der Beiständin für C.\_\_\_\_\_ eine Unterbringungsmöglichkeit in einer Pflegefamilie in Y.\_\_\_\_\_ gesucht wurde. Für die Wochenenden waren Besuche beim Gesuchsteller in E.\_\_\_\_\_ beabsichtigt. Der Gesuchsteller war mit einer Fremdplatzierung nicht einverstanden. Er behielt den Sohn bei sich und schulte ihn im Kindergarten Q.\_\_\_\_\_ in E.\_\_\_\_\_ ein (Urk. 94/15/59-66).

b) Die Gesuchstellerin war im fraglichen Zeitpunkt Inhaberin der elterlichen Obhut über C.\_\_\_\_\_. Das Obhutsrecht beinhaltet das Recht, über den Aufenthaltsort des Kindes und die Art und Weise seiner Unterbringung zu befinden (BGE 136 III 353). Die Gesuchstellerin war daher berechtigt, C.\_\_\_\_\_ zu sich nach R.\_\_\_\_\_ zu nehmen. Das Verhalten der Gesuchstellerin ist nicht zu beanstanden, weshalb sie hierfür nicht verwarnt werden kann.

c) Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ führte am 14. September 2010 aus, sie habe am 28. Juni 2010 mit der Gesuchstellerin C.\_\_\_\_\_ aus dem Kindergarten abgeholt (Urk. 95 S. 5). Nichts anderes ergibt sich aus der E-Mail der Beiständin vom gleichen Tag (Urk. 162/6). Für die abweichende Darstellung des Gesuchstellers fehlt jeder Hinweis. Selbst der Gesuchsteller stellt in den Raum, dass C.\_\_\_\_\_ mit dem schwarzen Fahrzeug von Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_ abgeholt worden sein könnte (Urk. 156 S. 3). Der Antrag des Gesuchstellers ist abzuweisen.

### C. Hauptberufung

1. Die Gesuchstellerin macht mit ihrer Berufung geltend, das angefochtene Urteil gehe in güterrechtlicher Hinsicht von der unzutreffenden Tatsache aus, die Gesuchstellerin habe ohne Einschränkungen auf die Geltendmachung von güter-

rechtlichen Ansprüchen verzichtet. Wie sich aus der berichtigten Protokollstelle ergebe, sei dies jedoch nicht der Fall. Die Gesuchstellerin habe nicht auf ausstehende, rechtskräftig beurteilte Unterhaltsbeiträge (Urk. 144/4+5) verzichtet. Der Hinweis, dass auf die Geltendmachung der Unterhaltsausstände seitens der Gesuchstellerin nicht verzichtet werde, sei notwendig, weil nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Erklärung, die Parteien seien güterrechtlich auseinandergesetzt, dazu führe, dass die Gesuchstellerin die ausstehenden Unterhaltsbeiträge nicht mehr fordern könne (Urk. 142 S. 4 f.).

2. Gemäss dem von der Gesuchstellerin zitierten Entscheid 5A\_803/2010 vom 3. Dezember 2010 fallen Schulden aus Unterhaltspflicht unter die gemäss Art. 205 Abs. 3 ZGB zu regelnden Schulden und sind daher bei der Auflösung des Güterstandes in die güterrechtliche Auseinandersetzung einzubeziehen. Wörtlich führte das Bundesgericht aus: "Erklären die Parteien als Ergebnis dieses Vorganges, sie seien auseinandergesetzt, bedeutet dies nach dem allgemeinen Verständnis, dass keiner vom anderen mehr etwas zu fordern habe" (Erw. 3.3). Dies gelte auch dann, wenn die Parteien keine Saldoerklärung abgegeben hätten.

3. Die Vorinstanz hat in Dispositiv-Ziffer 9 festgestellt, dass die Parteien güterrechtlich vollständig auseinandergesetzt sind und dazu unter Hinweis auf das Protokoll (S. 103) erwogen, die Gesuchstellerin habe auf die Geltendmachung von güterrechtlichen Ansprüchen verzichtet. Aufgrund dieser Feststellung könnte die Gesuchstellerin vom Gesuchsteller die ausstehenden Unterhaltsbeiträge aus der Zeit der Trennung nicht mehr fordern. Gemäss berichtigtem Protokoll (Urk. 135 S. 3) wollte die Gesuchstellerin die ausstehenden Unterhaltsforderungen aber gerade nicht untergehen lassen. Die im Berichtigungsentscheid fehlende Rechtsmittelbelehrung vermag daran nichts zu ändern, hätte der Gesuchsteller bzw. sein damaliger Rechtsvertreter doch bei gehöriger Aufmerksamkeit allein schon durch Konsultierung des massgebenden Gesetzestextes (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO) die Zulässigkeit einer Beschwerde erkennen können (vgl. BGE 4A\_592/2009 Erw. 1.3), weshalb der Vertrauensschutz nicht greift (Stahelin, in Sutter-Somm/Hasen-böhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 28 zu Art. 238 ZPO). Aufgrund des berichtigten Protokolls erweist sich die vorinstanzliche Feststellung,

die Gesuchsteller seien güterrechtlich auseinandergesetzt, als unzutreffend. Zwar könnte die Frage aufgeworfen werden, ob überhaupt eine rechtswirksame Verzichtserklärung der Gesuchstellerin vorliegt, weil sie gemäss berichtigtem Protokoll "im Rahmen der Vergleichsgespräche" abgegeben wurde und Vergleichsverhandlungen im Allgemeinen keine endgültige Bedeutung zukommt (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N 3 zu § 144 GVG/ZH). Die Bejahung dieser Frage würde aber lediglich dazu führen, dass seitens der Gesuchstellerin überhaupt kein Verzicht im Güterrecht erfolgte, nicht aber dazu, dass die Gesuchstellerin auf die ausstehenden Unterhaltsbeiträge verzichtete. Im Übrigen hat die Gesuchstellerin in ihrer Stellungnahme vom 19. September 2011 den Verzicht auf güterrechtliche Ansprüche (mit Ausnahme der ausstehenden Unterhaltsbeiträge) bestätigt (Urk. 163 S. 3).

4. a) Der Gesuchsteller bringt vor, er habe nach Einsicht der Akten festgestellt, dass nicht alle Fragen der Richterin und nicht alle Antworten der Gesuchstellerin protokolliert worden seien. Auf die Frage der Richterin, ob "die Gesuchstellerin neben den güterrechtlichen Ansprüchen auch auf [F]inanzielles verzichtete", habe die Gesuchstellerin mit "Ja" geantwortet und mit dem Kopf genickt (Urk. 156 S. 3). Diese Behauptung wurde von der Gesuchstellerin bestritten (Urk. 163 S. 2) und findet – wie der Gesuchsteller selbst eingesteht – im Protokoll nicht die geringste Stütze. Das ausgefertigte Protokoll bildet Beweis für die Richtigkeit der darin enthaltenen Verurkundungen (§ 154 Abs. 1 GVG/ZH). Dem Protokoll wird auch negative Beweiskraft (des Inhalts, dass die behaupteten Erklärungen nicht abgegeben wurden) zugemessen (RB KassGer 2008 Nr. 45). Der Gesuchsteller hat weder eine Berichtigung des Protokolls in die Wege geleitet, noch andere Umstände dargetan oder Akten produziert, aus denen die von ihm behauptete Erklärung hervorgeht.

b) Der Gesuchsteller trägt sodann vor, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung müssten unbezahlt gebliebene Unterhaltsleistungen als gegenseitige Schulden bei der Auflösung des Güterstandes in die Abrechnung einbezogen werden. Es sei vorliegend weder eine Vermögensabrechnung mit Nullsummenspiel gemacht, noch die Höhe der ausstehenden Unterhaltsbeiträge bekannt ge-

geben worden (Urk. 156 S. 3). Worauf der Gesuchsteller mit seiner Argumentation genau hinaus will, ist nicht klar. Die Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Beschluss des Obergerichts vom 13. Februar 2008 und der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Mai 2009 (Urk. 144/4, Urk. 144/5 = Urk. 23/34, Urk. 24). Für ausstehende Unterhaltsbeiträge bis und mit Januar 2010 erfolgte eine Pfändung in der Höhe von Fr. 28'483.– und Fr. 4'098.– (Urk. 97/21 = Urk. 144/7, Urk. 144/1, Urk. 144/2). Von Februar 2010 bis Januar 2011 sind gemäss Duplik unbestrittenermassen weitere Fr. 16'392.– aufgelaufen (Urk. 116 S. 15, Prot. I S. 96 f.). Die Verlustscheinsforderung für die Ehegattenalimente von 1. Februar 2010 bis 31. August 2010 lautet auf Fr. 10'327.60 (Urk. 115/17). Der Gesuchsteller behauptet nicht, er habe alle diese Ausstände mittlerweile beglichen. Es trifft zwar zu, dass die Schulden aus Unterhaltspflicht unter die gemäss Art. 205 Abs. 3 ZGB zu regelnden Schulden fallen und in die güterrechtliche Abrechnung einzu beziehen sind. Schuldenregelung bzw. -bereinigung kann tatsächliche Tilgung bedeuten oder aber blosses In-Rechnung-Stellen. Letzteres trifft – wie vorliegend – zu, wenn keine volle güterrechtliche Auseinandersetzung vorgenommen werden muss (BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller, N 26 zu Art. 206 ZGB). Bestehende Unterhaltsschulden des Gesuchstellers verschwinden daher als Folge der güterrechtlichen Abrechnung nicht automatisch. Indem die Gesuchstellerin die "ausstehenden Unterhaltsbeiträge" von der Erledigung ausschliessen will, zielt ihr Vorbehalt auf die gesamte heute noch ausstehende Unterhaltsschuld, deren Höhe sich ohne weiteres bestimmen lässt und die dem Gesuchsteller nicht erneut zur Kenntnis gebracht werden muss.

5. Demzufolge ist die Hauptberufung gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 9 wie folgt neu zu fassen: "Es wird festgestellt, dass die Parteien mit Ausnahme der ausstehenden Unterhaltsbeiträge güterrechtlich auseinandergesetzt sind."

### III.

1. Der Gesuchsteller beantragt, Gerichtsgebühr und Prozessentschädigung des vorinstanzlichen Verfahrens seien zu überprüfen und neu zu verteilen (Antrag

Ziffer 8). Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Der Gesuchsteller unterliegt im Berufungsverfahren vollständig. Die Gesuchstellerin hat die vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen nicht angefochten. Damit rechtfertigt es sich nicht, von der vorinstanzlichen Regelung abzuweichen. Vielmehr sind die Dispositiv-Ziffern 11 bis 13 zu bestätigen.

2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Gesuchsteller für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Entsprechend ist er zu verpflichten, der Gesuchstellerin für die Berufung und die Stellungnahme vom 19. September 2011 eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

3. Mangels eigener Leistungsfähigkeit – die Unterdeckung beträgt ca. Fr. 980.– pro Monat (Urk. 141 S. 43) – ist die Gesuchstellerin nicht in der Lage, dem Gesuchsteller einen Prozesskostenvorschuss oder -beitrag zu bezahlen, weshalb der entsprechende Antrag (Ziffer 2) ohne weiteres abzuweisen ist. Der in diesem Zusammenhang zusätzlich gestellte Antrag (Ziffer 2), es sei Dispositiv-Ziffer 9 der Verfügung vom 11. April 2011 aufzuheben, kann bereits deshalb nicht weiter geprüft werden, weil die Verfügung vom 11. April 2011 keine Dispositiv-Ziffer 9 enthält (Urk. 135). Zudem erweisen sich die Anträge des Gesuchstellers sowohl hinsichtlich der Berufung als auch hinsichtlich der Anschlussberufung und weiteren Anträge von vornherein als aussichtslos, weshalb dem Gesuchsteller auch die unentgeltliche Rechtspflege nicht bewilligt werden kann (Art. 117 ZPO).

4. Dem Gesuchsteller war von der Vorinstanz im Beschluss vom 8. Mai 2009 die unentgeltliche Rechtspflege einzig deshalb verweigert worden, weil er über Vermögen in Italien verfügt (Beteiligung von 1/15 am Haus seiner Eltern [Urk. 41 S. 17]). Das Erwerbseinkommen des Gesuchstellers beträgt rund Fr. 3'500.– netto (Urk. 141 S. 43, Urk. 162/2a), sein Bedarf Fr. 2'465.– und die Unterhaltsverpflichtung gegenüber seinem Sohn und der Gesuchstellerin Fr. 2'166.– bzw. neu Fr. 1'150.–. Damit kann davon ausgegangen werden, dass die Parteientschädigung nicht einbringlich sein wird. Die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Ge-

suchstellerin ist daher direkt aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Damit geht der Anspruch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Auf den Antrag, die Ehe der Parteien sei für ungültig zu erklären, wird nicht eingetreten.
2. Der Antrag des Gesuchstellers, die Gesuchstellerin habe ihm einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.– zu bezahlen, wird abgewiesen.
3. Der Antrag des Gesuchstellers auf Erlass vorsorglicher Massnahmen und sein Eventualantrag auf Bestellung eines Prozessbeistandes für C. \_\_\_\_\_ werden abgewiesen.
4. Der Antrag auf Entlassung von Rechtsanwältin X. \_\_\_\_\_ und Verwarnung der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien zusammen mit nachfolgendem Urteil.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG (Ziffer 1), ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG (Ziffern 2 und 3) und ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (Ziffern 3 und 4).

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

**Es wird erkannt:**

1. Die Ehe der Gesuchsteller wird gestützt auf Art. 112 ZGB geschieden.
2. Das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren 2005, wird unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin gestellt.
3. Die Regelung des persönlichen Verkehrs wird zwischen den Gesuchstellern nach Absprache und in Berücksichtigung der Bedürfnisse des Sohnes C.\_\_\_\_\_ vorgenommen.

Im Fall einer Nichteinigung ist der Gesuchsteller berechtigt, den Sohn C.\_\_\_\_\_ jedes zweite Wochenende von Samstag, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Weiter ist der Gesuchsteller berechtigt, den Sohn C.\_\_\_\_\_ in den Jahren mit ungerader Jahreszahl an Pfingsten, von Pfingstsamstag, 10:00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18:00 Uhr, sowie vom 25. Dezember bis zum Ende der Kindergarten-/Schulferien, in den Jahren mit gerader Jahreszahl an Ostern, von Karfreitag, 10:00 Uhr, bis Ostermontag, 18:00 Uhr, zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Zudem ist der Gesuchsteller berechtigt, den Sohn C.\_\_\_\_\_ während drei Wochen in den Kindergarten-/Schulferien zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus schriftlich anzumelden bzw. mit der Gesuchstellerin abzusprechen.

4. Die für C.\_\_\_\_\_ mit Beschluss der Vormundschaftsbehörde Y.\_\_\_\_\_ vom 10. März 2008 angeordnete Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird beibehalten. Der Beiständin werden die folgenden Aufgaben übertragen:
  - Verbindliche Festlegung der Modalitäten des Besuchsrechts im Streitfall und bei Bedarf Durchführung und Begleitung desselben;

- Unterstützung und Beratung der Gesuchsteller bei der Erziehung von C. \_\_\_\_\_ und bei Bedarf Einleitung der für die optimale Entwicklung von C. \_\_\_\_\_ notwendigen Massnahmen.
5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, ab Rechtskraft dieses Berufungsurteils an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes C. \_\_\_\_\_ monatlich Fr. 800.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind an die Gesuchstellerin zu bezahlen, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Mündigkeit hinaus bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, solange das Kind im Haushalt der Gesuchstellerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Gesuchsteller stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.
  6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, ab Rechtskraft dieses Berufungsurteils der Klägerin persönlich bis zum 1. Februar 2021 monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB in der Höhe von Fr. 350.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
  7. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 5 und 6 hiervor basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Januar 2011 mit 99.6 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2012, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

Weist die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei nach, dass sich ihr Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht, so werden die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 6 nur proportional zur tatsächlichen Einkommenssteigerung angepasst.

8. Diesem Urteil liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Gesuchsteller zugrunde:
  - Erwerbseinkommen Gesuchstellerin: rund Fr. 2'232.– netto, zuzüglich Familienzulagen;
  - Erwerbseinkommen Gesuchsteller: rund Fr. 3'625.– netto, zuzüglich Familienzulagen;
  - Bedarf Gesuchstellerin und C.\_\_\_\_\_: ca. Fr. 4'360.–;
  - Bedarf Gesuchsteller: ca. Fr. 2'465. –;
  - Zur Deckung des gebührenden Unterhalts der Gesuchstellerin fehlender Betrag (gem. Art. 129 Abs. 3 und Art. 143 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB): ca. Fr. 980.–.
9. Es wird festgestellt, dass die Parteien mit Ausnahme der ausstehenden Unterhaltsbeiträge güterrechtlich auseinandergesetzt sind.
10. Die Stiftung Z.\_\_\_\_\_ wird angewiesen, vom Freizügigkeitskonto Nr. ... des Gesuchstellers (AHV Nr. ...) den Betrag von Fr. 2'828.20 auf das Freizügigkeitskonto der Gesuchstellerin (AHV Nr. ...) bei der D.\_\_\_\_\_, Freizügigkeitsstiftung (Freizügigkeitskonto Nr. ...), zu übertragen.
11. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv Ziffern 11 bis 13) wird bestätigt.
12. Das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
13. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
14. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.
15. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteienschädigung von Fr. 1'728.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, Rechtsanwältin X.\_\_\_\_\_, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die

unerhätliche Prozessentschädigung geht im Umfang von Fr. 1'728.– auf den Kanton Zürich über.

16. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung und an das Migrationsamt, sowie nach Eintritt der Rechtskraft mit Formular an das Zivilstandsamt E.\_\_\_\_\_, gemäss Dispositiv-Auszug Ziffern 2- 4 an die Vormundschaftsbehörde von F.\_\_\_\_\_, und gemäss Dispositiv-Auszug Ziffern 1 und 10 an die Stiftung Z.\_\_\_\_\_, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

17. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit.

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

Zürich, 10. Oktober 2011

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Dr. G. Pfister

lic. iur. S. Clausen

versandt am: js