

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC120047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Muraro-Sigalas.

Urteil vom 28. Dezember 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Ehescheidung / Scheidung auf gemeinsames Begehren**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes o.V. des Bezirksgerichtes
Andelfingen vom 22. August 2012; Proz. FE110025**

Gemeinsames Rechtsbegehren:

(act. 1 und act. 2)

- "1. Die Parteien erklären, dass sie gemäss Art. 112 ZGB gemeinsam die Ehescheidung beantragen.
2. Die weiteren Nebenfolgen der Ehescheidung seien durch das Gericht zu beurteilen."

Anträge der Gesuchstellerin / Klägerin:

(Prot. I S. 21)

1. Es sei das Kind C. _____ unter die alleinige elterliche Sorge der Gesuchstellerin zu stellen.
2. Das Besuchsrecht sei entsprechend meinem schriftlich gestellten Antrag zu regeln (act. 31).
3. Der Beklagte sei zu verpflichten, rückwirkend ab 1. Januar 2011 angemessene Unterhaltsbeiträge für seinen Sohn C. _____ zu bezahlen.
4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin rückwirkend ab 1. Januar 2011 angemessene nacheheliche Unterhaltsbeiträge von monatlich mindestens Fr. 500.– zu bezahlen.
5. Der nacheheliche Unterhalt sei auf die Hälfte zu reduzieren, wenn die Klägerin mehr als 24 Monate mit einer anderen erwachsenen Person zusammenlebt.
6. Die Unterhaltsbeiträge für den Sohn sowie für die Klägerin seien jährlich jeweils dem Landesindex der Konsumentenpreise anzupassen.
7. Die güterrechtliche Auseinandersetzung sei entsprechend dem schriftlich gestellten Antrag zu regeln (act. 31).
8. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens seien je hälftig den Parteien aufzuerlegen.
9. Von der Zuspreehung von Parteientschädigungen sei abzusehen.
10. Der Klägerin sei die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.

Anträge des Gesuchstellers / Beklagten:

Der Gesuchsteller / Beklagte stellte keine Anträge zur Regelung der Scheidungsfolgen (act. 32, act. 33, act. 37, act. 38, Prot. I S. 20).

**Urteil des Einzelgerichtes o.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen vom
22. August 2012:**

1. Die Ehe der Parteien wird geschieden.
2. Das Kind C._____, geboren am tt.mm.2007, wird unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin / Klägerin gestellt.
3. Der Gesuchsteller / Beklagte wird berechtigt erklärt, das Kind jeweils am ersten und dritten Samstag eines jeden Monats und zusätzlich am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie am Oster- und Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ab dem Eintritt in die Schulpflicht wird der Gesuchsteller / Beklagte berechtigt erklärt, das Kind jeweils am ersten und dritten Wochenende eines jeden Monats und zusätzlich am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie in geraden Jahren von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Ausserdem wird der Gesuchsteller / Beklagte berechtigt erklärt, das Kind nach Eintritt in die Schulpflicht während der Schulferien für die Dauer von zwei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Der Gesuchsteller / Beklagte wird verpflichtet, die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens drei Monate im Voraus anzumelden beziehungsweise mit der Gesuchstellerin / Klägerin abzusprechen.

4. Der Gesuchsteller / Beklagte wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung des Kindes rückwirkend ab 1. Juli 2011 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'200.– zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung des Kindes, auch über dessen Mündigkeit hinaus, zahlbar an die Gesuchstellerin / Klägerin, solange das Kind in deren

Haushalt lebt oder keine eigenen Ansprüche stellt beziehungsweise keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

Die bis dato ausstehenden Unterhaltsbeiträge werden sofort fällig. Die weiteren Unterhaltsbeiträge sind jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zu entrichten.

Die vom Gesuchsteller / Beklagten seit dem 1. Juli 2011 an die Gesuchstellerin / Klägerin geleisteten Unterhaltsbeiträge können vom Gesuchsteller / Beklagten von den in diesem Urteil festgesetzten Unterhaltsbeiträgen verrechnungsweise abgezogen werden.

5. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 4 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik zum Stand von Ende Juli 2012 mit 99.0 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2014, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen.

Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

Neuer Unterhaltsbeitrag =

$$\frac{\text{ursprünglicher Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{Basisindex (99.0 Punkte)}}$$

6. Der Gesuchsteller / Beklagte wird verpflichtet, der Gesuchstellerin / Klägerin ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis und mit Dezember 2017 persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB von Fr. 1'000.– zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
7. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 6 sind der Anpassung an die Teuerung in gleicher Weise unterstellt wie die Unterhaltsbeiträge für das Kind.

Weist der Gesuchsteller / Beklagte nach, dass sich sein Einkommen nicht im Umfang der Teuerung erhöht hat, so erhöhen sich die persönlichen Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin / Klägerin gemäss Ziffer 6 nur im Verhältnis der tatsächlich eingetretenen Einkommenserhöhung.

8. Lebt die Gesuchstellerin / Klägerin während mehr als 24 Monaten mit einer anderen erwachsenen Person zusammen, so reduziert sich die Pflicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen gemäss Ziffer 6 für die Dauer des Zusammenlebens auf die Hälfte und lebt nach Beendigung des Zusammenlebens wieder vollumfänglich auf.

Die Gesuchstellerin / Klägerin wird verpflichtet, den Gesuchsteller / Beklagten bei Gefahr der Rückwirkung im Unterlassungsfalle über den Eintritt einer rentenmindernden Wohngemeinschaft zu orientieren.

9. Diesem Urteil liegen folgende finanziellen Verhältnisse der Parteien zugrunde:
 - hypothetisches Erwerbseinkommen Gesuchsteller / Beklagter: Fr. 5'000.– netto, inklusive 13. Monatslohn, zuzüglich Kinderzulage (100 % Erwerbstätigkeit);
 - Erwerbseinkommen Gesuchstellerin / Klägerin: keines (keine Erwerbstätigkeit);
 - Bedarf Gesuchsteller / Beklagter: Fr. 2'800.–;
 - Bedarf Gesuchstellerin / Klägerin: Fr. 3'140.–;
 - Vermögen Gesuchsteller / Beklagter: keines;
 - Schulden Gesuchsteller / Beklagter: ca. Fr. 25'000.–;
 - Vermögen Gesuchstellerin / Klägerin: keines;
 - Schulden Gesuchstellerin / Klägerin: ca. Fr. 10'000.–.

- Zur Deckung des gebührenden Unterhalts der Gesuchstellerin fehlender Betrag gemäss Art. 129 Abs. 3 ZGB und Art. 282 Abs. 1 lit. c ZPO: Fr. 940.– (Manko).
10. Der Gesuchsteller / Beklagte wird verpflichtet, der Gesuchstellerin / Klägerin auf erstes Verlangen folgende Gegenstände herauszugeben:
- Dampfbügelstation,
 - Wasserkocher,
 - Toaster,
 - Kinderstuhl,
 - je ein Abzug aller Familienfotos.

Im Übrigen behält jede Partei zu Eigentum, was sie derzeit besitzt oder auf ihren Namen lautet.

11. Die ... Pensionskasse, ... [Adresse], wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungsurteils vom Freizügigkeits-konto des Gesuchstellers / Beklagten (Vers.-Nr. ..., Mitglied-Nr. ..) den Betrag von Fr. 8'313.– auf das Freizügigkeitskonto der Gesuchstellerin / Klägerin bei der, ... [Adresse], IBAN ..., zu überweisen.
12. Der Gesuchstellerin / Klägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
13. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf:
- | | | |
|-----|----------|-----------------------------|
| Fr. | 4'500.– | ; die Barauslagen betragen: |
| Fr. | 431.25 | Dolmetscher |
| Fr. | 4'931.25 | Total |
14. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller / Beklagten zu $\frac{2}{3}$ und der Gesuchstellerin / Klägerin zu $\frac{1}{3}$ auferlegt, der Anteil der Gesuchstellerin / Klägerin wird jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Gesuchstellerin / Klägerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

15. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
16. [Schriftliche Mitteilung]
17. [Rechtsmittelbelehrung]

(act. 76 S. 27 ff. = act. 80/3 S. 27 ff.)

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Berufungsklägers (act. 78 S. 2 f.):

"I. Rechtsbegehren:

1. Ziff. 2 des Urteils vom 22. August 2012 sei aufzuheben und es sei das Kind C._____, geboren am tt.mm.2007, unter die elterliche Sorge des Beklagten und Berufungsklägers zu stellen.
2. Ziff. 3 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und es sei der Klägerin und Berufungsbeklagten ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen.
3. Ziff. 4 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben. Die Klägerin und Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, an die Kosten des Unterhaltes und der Erziehung des Kindes C._____ ab Rechtskraft des obergerichtlichen Urteils monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 660 zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung des Kindes, auch über dessen Mündigkeit hinaus, zahlbar an den Beklagten und Berufungskläger, solange das Kind in dessen Haushalt lebt oder keine eigenen Ansprüche stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.
4. Ziff. 6 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und die Klägerin und Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Beklagten und Berufungskläger ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis und mit Dezember 2017 angemessene persönliche Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den 1. eines jeden Monats.
5. Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihm der Unterzeichnende als Rechtsbeistand zu bestellen.
6. Ziff. 13. des angefochtenen Entscheides sei ersatzlos aufzuheben;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Ib. Eventualbegehren:

(für den Fall, dass das Kind C._____ unter die elterliche Sorge der Berufungsbeklagten gestellt wird)

1. Ziff. 4 des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben und der Beklagte und Berufungskläger sei zu verpflichten, ab Rechtskraft des obergerichtlichen

- Urteils allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung des Kindes, auch über dessen Mündigkeit hinaus, zahlbar an die Klägerin und Berufungsbeklagte, solange das Kind in deren Haushalt lebt oder keine eigenen Ansprüche stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet. Im Übrigen sei festzustellen, dass der Berufungskläger keine Kinderunterhaltsbeiträge zu zahlen hat.
2. Ziff. 6 des angefochtenen Entscheides sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Berufungskläger keine persönlichen monatlichen Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB schuldet - unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Der Klägerin und Berufungsbeklagten:

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Februar 2008 (act. 3/1). Bereits am tt.mm.2007 war der gemeinsame Sohn C._____ zur Welt gekommen (act. 3/4) und am tt. Dezember 2007 vom Berufungskläger als sein Kind anerkannt worden (act. 3/5). Seit August 2010 leben die Parteien getrennt.

1.2. Mit Eingabe vom 10. Juni 2011 gelangte die Gesuchstellerin / Klägerin (fortan: Klägerin) mit einem mit "Teil-Einigung" bezeichneten Dokument an die Vorinstanz, welches ein gemeinsames Scheidungsbegehren gemäss Art. 112 ZGB mit den Unterschriften beider Parteien beinhaltete (act. 1). Für das Verfahren vor Vorinstanz kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 80/3 S. 4 ff. = act. 73 S. 4 ff.). Mit Urteil vom 22. August 2012 sprach das Einzelgericht o.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen zwischen den Parteien die Scheidung aus und regelte die damit verbundenen Nebenfolgen. Das Urteil wurde den Parteien zunächst unbegründet eröffnet (act. 67), danach in begründeter Ausfertigung (act. 73), weil der Gesuchsteller / Beklagte (fortan: Beklagte) das mit Eingabe vom 11. September 2012 (act. 71) verlangt hatte. Die begründete Ausfertigung wurde dem Beklagten am 29. Oktober 2012 zugestellt (act. 74/2).

1.3. Mit Eingabe vom 19. November 2012 liess der Beklagte gegen das Urteil vom 22. August 2012 rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen erheben (act. 78). Mit Beschluss vom 30. November 2012 wurde das Gesuch des Beklagten, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ein Rechtsbeistand zu bestellen, abgewiesen, und es wurde ihm Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 82). Dieser wurde rechtzeitig geleistet (act. 84). Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, ist auf die Einholung einer Berufungsantwort zu verzichten (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Zuständigkeit und anwendbares Recht

2.1. Der Beklagte bestritt vor Vorinstanz die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Andelfingen. Er bestehe darauf, dass die Scheidung am Kreisgericht D._____ stattzufinden habe, wo er und seine Familie gewohnt hätten (act. 9). Die Vorinstanz erwog, gemäss Art. 23 ZPO sei für eherechtliche Gesuche und Klagen das Gericht am Wohnsitz einer Partei zwingend zuständig. Der Wohnsitz einer Partei müsse im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Verfahrens bestimmt werden. Somit sei die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes Andelfingen durch den Wohnsitz von Frau B._____ in E._____ eindeutig gegeben (act. 16, act. 80/3 S. 4).

2.2. In der Berufungsbegründung hält der Beklagte fest, die Zuständigkeit sei von Amtes wegen abzuklären. Er habe seit zwei Jahren keinen Kontakt mehr mit der Klägerin. Er habe die Zuständigkeit stets bestritten, eine Wohnsitzbestätigung der Gemeinde E._____ finde sich nicht in den Akten.

2.3. Die Klägerin ist Staatsangehörige von F._____. Bei ausländischer Staatsangehörigkeit mindestens eines Ehegatten bestimmt sich die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte nach IPRG. Für Klagen auf Scheidung sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des Klägers zuständig, wenn dieser sich seit einem Jahr in der Schweiz aufhält oder wenn er Schweizer Bürger ist (Art. 59 lit. b IPRG). Im Zeitpunkt der Einreichung des Scheidungsbegehrens im Juni 2011 hielt sich die Klägerin bereits seit mehr als einem Jahr in der Schweiz auf. Nach eigenen Angaben lebt die Klägerin sodann seit Januar 2011 mit Sohn C._____ bei ihrem neuen Partner in E._____ (Prot. I S. 8). Dass die Klägerin im

Zeitpunkt der Einleitung der Klage ihren Wohnsitz an der ...-Strasse ... in E._____ hatte und noch immer dort hat, ergibt sich aus den verschiedensten, zum Teil auch amtlichen Dokumenten in den Akten (act. 13, 20/2-4, 20/9, 20/10, 20/11, 24/4, 41, 48, 49). Sie hat dort auch sämtliche Zustellungen des Gerichts immer zuverlässig erhalten bzw. abgeholt. Der Beklagte hat den Wohnsitz der Klägerin in E._____ im erstinstanzlichen Verfahren nie bestritten, weshalb keine Veranlassung bestand, eine Wohnsitzbestätigung einzuholen. Auch ohne das Vorliegen einer Wohnsitzbestätigung der Gemeinde E._____ bestehen daher keine Zweifel am Wohnsitz der Klägerin, und entsprechend war die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Andelfingen und ist jene des Obergerichts für die Durchführung des Scheidungsverfahrens gegeben.

2.4. Auf die Scheidung der Parteien ist schweizerisches Recht anzuwenden (Art. 61 Abs. 1 IPRG). Ebenso ist schweizerisches Recht für die Regelung der Nebenfolgen zu beachten, namentlich der nahehelichen Unterhaltspflicht der Ehegatten sowie der Kinderunterhaltsbeiträge (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2, Art. 49 und Art. 83 IPRG sowie Art. 4 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 des Übereinkommens über das auf die Unterhaltspflichten anzuwendende Recht).

3. Elterliche Sorge

3.1. In seinem Hauptstandpunkt verlangt der Beklagte, sein Sohn C._____ sei unter seine elterliche Sorge zu stellen. Dem entsprechend verlangt er auch eine Neuregelung des Besuchsrechts und der Unterhaltsverpflichtung (Berufungsbegehren I./1.-4.).

3.2. Die Kriterien für die Zuteilung der elterlichen Sorge hat die Vorinstanz zutreffend wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden (act. 80/3 S. 8 und 9). Sie hat erwogen, die Erziehung und Betreuung von C._____ sei bisher fast ausschliesslich durch die Klägerin erfolgt. Sie habe eine gute persönliche Bindung zum Kind und fördere dessen Entwicklung und Entfaltung. C._____ lebe mit seiner Mutter in stabilen Verhältnissen. Zudem habe er durch die Spielgruppe und den Kindergarten "Gspänli" gefunden. Aufgrund des Alters ihres Sohnes habe die Klägerin auch nicht vor, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, sondern wolle sich

vollumfänglich um das Kind kümmern. Der Beklagte habe seinen Sohn aufgrund eigener Entscheidung seit August 2010 nie mehr gesehen und werde von ihm auch auf Fotos nicht erkannt. Er habe nicht auf die Besuchsangebote der Klägerin reagiert, da er lieber auf den Kontakt mit dem Kind verzichtet habe, als dessen Mutter allenfalls zu sehen. Zudem habe sich der Beklagte während des gesamten Verfahrens als eher unzuverlässig gezeigt, da er nicht auf Zustellungen und Fristansetzungen reagiert habe und auch der Hauptverhandlung ferngeblieben sei. Weiter sei festzuhalten, dass man auch nicht von einem stabilen Umfeld des Beklagten sprechen könne, da es während des gesamten Verfahrens eher unklar gewesen sei, wo genau er wohne und für wie lange, und ebenso wo er welcher Erwerbstätigkeit nachgehe. In der Erwägung, dass das Kindeswohl die höchste Priorität habe, die Bedürfnisse und Wünsche der Eltern weniger wichtig seien und in Anbetracht dessen, dass die Klägerin die für den Entscheid der Zuteilung der elterlichen Sorge massgebenden Kriterien sehr gut erfülle, hat die Vorinstanz die elterliche Sorge über C._____ der Klägerin zugeteilt (act. 80/3 S. 9 und 10).

3.3. Der Beklagte stellte vor Vorinstanz keinen formellen Antrag zur Zuteilung der elterlichen Sorge, äusserte jedoch anlässlich der Anhörung vom 5. Oktober 2011, dass er das alleinige Sorgerecht für das Kind C._____ wünsche. Er begründete dies einzig damit, dass er seinen Sohn wieder sehen könne. Er habe seinen Sohn seit dem 13. August 2010 nicht mehr gesehen und vermisse ihn auch. Er könne es aber nicht verkraften, die Kindsmutter zu sehen. Mit ihr habe er abgeschlossen. Damit er seinen Sohn sehen könne, wolle er das alleinige Sorgerecht (Prot. I S. 7). Irgendwelche Vorwürfe bezüglich der Erziehung und Betreuung von C._____ hat er der Klägerin gegenüber nicht erhoben. Was er im Berufungsverfahren neu vorbringt, ist nicht geeignet, die Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge anders zu beurteilen. Zwar sind, aufgrund der in Kinderbelangen herrschenden Untersuchungs- und Officialmaxime, neue Behauptungen im Berufungsverfahren zu berücksichtigen. Allein schon die Tatsache, dass sich der Beklagte vor Vorinstanz offenbar nicht veranlasst sah, seine Einwände vorzutragen, obwohl dies möglich gewesen wäre, verleiht ihnen nur wenig Gewicht. Sie sind nachfolgend dennoch zu prüfen.

1.1.1. Es trifft nicht zu, dass die Vorinstanz keinerlei Interessenabwägung vorgenommen, sondern sich einzig und allein auf den Umstand gestützt habe, dass die Erziehung bisher fast ausschliesslich durch die Klägerin erbracht worden sei (act. 78 S. 8). Es kann dazu auf die Wiedergabe der vorinstanzlichen Erwägungen in Ziff. 3.2. vorstehend verwiesen werden, die für sich sprechen. Völlig zu Recht hat die Vorinstanz allerdings die gute persönliche Beziehung der Mutter zum Sohn bzw. die fehlende Beziehung zum Vater als einen entscheidungsrelevanten Gesichtspunkt betrachtet. Gewichtig erscheint, dass sich der Beklagte während über zwei Jahren nicht im geringsten um seinen heute fünf Jahre alten Sohn gekümmert hat. Trotz Bemühungen der Klägerin hat er sich geweigert, diesen zu sehen, und er hat sich auch sonst in keiner Weise um das Wohlergehen oder den Unterhalt des Sohnes gekümmert. C._____ kennt seinen Vater daher nicht mehr und es besteht keine persönliche Beziehung zwischen ihnen. Demgegenüber hat die Klägerin C._____ seit seiner Geburt persönlich gepflegt und betreut und es besteht demgemäss eine enge Mutter-Kind-Bindung.

1.1.2. Ob die Aufenthaltsbewilligung der Klägerin einzig auf der Eheschliessung mit dem Beklagten basiert, ist für die Kinderzuteilung nicht entscheidend. Dass die Klägerin nach der Scheidung ihre Aufenthaltsberechtigung verliert (act. 78 S. 8), ist, wie der Beklagte selber einräumt (act. 78 S. 9), wenig wahrscheinlich. Mit einem Verlust der Aufenthaltsbewilligung ist aufgrund des Anwesenheitsrechts des Sohnes, der Schweizer Bürger ist, kaum zu rechnen. Die Klägerin lebt zudem seit bald zwei Jahren mit ihrem neuen Partner in E._____ in einer festen Beziehung, wo C._____ durch den Besuch der Spielgruppe und des Kindergartens auch seine "Gspänli" hat. Die Stabilität der Verhältnisse und die Kontinuität der Umgebung für C._____ sind daher nicht in Frage gestellt. Selbst wenn die Klägerin aufgrund der Scheidung aber die Schweiz verlassen müsste, vermöchte dieser Umstand allein aufgrund der engen Mutter-Kind-Beziehung und der fehlenden Beziehung des Sohnes zum Vater nichts an der Beurteilung der Zuteilung der elterlichen Sorge zu ändern. Inwiefern schulische und wirtschaftliche Aspekte eine Zuteilung an den Beklagten erforderten, tut der Beklagte nicht dar, und ebenso wenig, inwiefern die Zusprechung der elterlichen Sorge an den Vater irgendwann ohnehin unabwendbar sei (act. 78 S. 9). Die Klägerin ist seit der Trennung allein

für C._____ aufgekommen. Sie hat auch dafür gesorgt, dass C._____ die Spielgruppe besuchte und nunmehr in E._____ den Kindergarten besucht. Warum er dort nicht auch die Schule besuchen können, ist nicht ersichtlich. Dafür, dass C._____ die Spielgruppe nicht besucht haben könnte, wie der Beklagte insinuiert (act. 78 S. 9 f.), bestehen keine Anhaltspunkte. Dass die Klägerin im Scheidungsverfahren einen Dolmetscher beanspruchte und auch Hilfe von ihrem Lebenspartner erhielt, gibt jedenfalls nicht Anlass, am Besuch der Spielgruppe durch C._____ zu zweifeln. Seine Anmeldung in der Spielgruppe ... in E._____ ist zudem belegt (act. 20/11).

1.1.3. Die Anschuldigung gegenüber der Kindsmutter, sie sei in der Prostitution tätig (act. 78 S. 9 i.V. mit S. 7), was nicht im Sinne des Kindeswohls sei, und es sei zudem offen, wer das Kind C._____ während der Abwesenheit der Mutter betreuen solle (act. 278 S. 9), vermöchte, selbst wenn sie wahr wäre, nicht per se etwas an der Zuteilung der elterlichen Sorge für C._____ zu ändern. Dass und inwiefern sich eine allfällige Arbeit der Mutter als Prostituierte negativ auf das Kindeswohl auswirken sollte, ist weder ersichtlich noch irgendwie dargetan. Insbesondere wird auch nicht dargetan, dass und inwiefern das Kind während Abwesenheiten der Mutter ungenügend betreut sein soll. Dafür, dass die Klägerin der Prostitution nachgeht oder irgendwelche Betreuungsprobleme bestehen, gibt es aber ohnehin überhaupt keine konkreten Anhaltspunkte. Der Beklagte argumentiert einzig mit einer Begebenheit kurz nach der Trennung der Parteien im August 2010 (act. 78 S. 7). Daraus können keine Schlüsse für den heutigen Zeitpunkt gezogen werden, müssen sich Ehegatten in der Trennungsphase doch häufig zuerst neu orientieren und ist nicht auszuschliessen, dass aufgrund fehlender finanzieller Unterstützung der Lebensunterhalt sonst wie erarbeitet werden muss. Seit bald zwei Jahren lebt die Klägerin aber in einer Beziehung mit ihrem neuen Lebenspartner, der sie auch finanziell, administrativ und persönlich unterstützt.

1.1.4. Der Beklagte stellt die erzieherischen Fähigkeiten der Klägerin mit der Begründung in Frage, dieser sei "Shoppern" stets wichtiger gewesen als Zeit mit C._____ auf dem Spielplatz zu verbringen, und im Gegenzug habe eine Büchse Mais als Mittagessen für C._____ reichen müssen, weil Kochen schliesslich Arbeit

bedeutet hätte (act. 78 S. 9). Selbst wenn die Klägerin hin und wieder gerne "shoppen" gehen sollte oder das Mittagessen zwischendurch aus einer Büchse Mais besteht, lässt dies nicht an der Erziehungsfähigkeit der Klägerin zweifeln. Sie erzieht und betreut ihren Sohn und sorgt für ihn seit nunmehr fünf Jahren, ohne dass irgendwelche Anhaltspunkte dafür bestehen würden, dass es C._____ an etwas fehlt. Zweifel bestehen viel eher an der Erziehungsfähigkeit des Beklagten, der sich seit über zwei Jahren nicht um seinen Sohn gekümmert und diesen trotz Bemühungen der Kindsmutter kein einziges Mal gesehen hat und nunmehr die elterliche Sorge für sich beansprucht. Soweit der Beklagte geltend macht, gerade erzieherische Fragen hätten während der Ehe immer wieder Anlass zu Streit geboten (act. 78 S. 9), tut er nicht dar, worum es sich dabei konkret gehandelt haben soll. Bezüglich der Erziehungsfähigkeit der Klägerin lässt sich daraus ohnehin nichts ableiten.

1.1.5. Was schliesslich die Behauptung betrifft, die Kindsmutter habe für die Kinderbetreuung keine optimalen Rahmenbedingungen schaffen können, weil im Verfahren vor Vorinstanz der Beizug eines Dolmetschers erforderlich gewesen sei (bzw. die Kindsmutter nur gebrochen Deutsch spreche; act. 78 S. 9 f. und 12), kann dem Beklagten nicht gefolgt werden. Die Klägerin ist ...-ischer Muttersprache [des Landes F._____]. Dass sie sich im Alltag nicht genügend verständigen könnte, behauptet der Beklagte nicht. Es erscheint verständlich, wenn die Klägerin in einem Gerichtsverfahren, das für sie von einiger Bedeutung ist, eine Übersetzung in Anspruch nimmt. Das dient auch der Vermeidung von Missverständnissen. Auf ungenügende Rahmenbedingungen für die Kinderbetreuung lässt das jedenfalls nicht schliessen.

3.4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz die relevanten Gesichtspunkte für die Zuteilung der elterlichen Sorge zutreffend gewürdigt hat. Der Beklagte bringt nichts vor, was eine abweichende Zuteilung der elterlichen Sorge für C._____ gebieten würde. Selbst wenn sich die Verhältnisse auf Seiten des Beklagten stabilisiert haben sollten - seit März 2012 arbeitet er nun offenbar bei seinem Vater (act. 78 S. 10 und act. 80/6-11) - und der Beziehungsabbruch zum Sohn in seiner Wut, Enttäuschung und Verzweiflung über das Scheitern der

Beziehung zur Klägerin gründet (act. 78 S. 10), vermag dies nichts daran zu ändern, dass ein persönlich-emotionaler Kontakt des Beklagten zu C._____ heute nicht besteht und der Sohn seinen Vater nicht kennt. Die Vorstellung des Beklagten darüber, wie er seinen Sohn im Falle einer Zuteilung der elterlichen Sorge betreuen könnte (act 78 S. 10), ist sodann mehr als vage. Sogar wenn sich aber ein Umzug nach G._____ realisieren liesse, er seinen Sohn tatsächlich in den Kindergarten begleiten und mittags wieder abholen könnte, sich ein Betreuungsangebot für den Nachmittag finden liesse und schliesslich auch noch der Vater des Klägers und dessen Lebenspartnerin einen Teil der Betreuung übernehmen könnten, wäre der Betreuung von C._____ durch die Klägerin in eigener Obhut der Vorzug zu geben. Diese bietet Gewähr für Kontinuität und Stabilität. Hervorzuheben ist ferner die Bereitschaft der Klägerin, C._____ den Kontakt zu seinem Vater zu ermöglichen, worum sie sich schon selber bemüht hat. Demgegenüber ist aufgrund der beim Beklagten vorhandenen emotionalen Widerstände und Verletzungen sehr zweifelhaft, ob auch er dazu bereit und in der Lage wäre, den Kontakt von C._____ zur Mutter zu gewährleisten. Eine Gesamtschau der konkret relevanten Gesichtspunkte lässt die Zuteilung der elterlichen Sorge von C._____ an die Klägerin als dem Kindeswohl entsprechend erscheinen.

3.5. Dementsprechend ist die Berufung im Hauptbegehren betreffend die Zuteilung der elterlichen Sorge (Rechtsbegehren I./1.) abzuweisen. Aus der Begründung des Beklagten geht sodann hervor, dass er die weiteren Hauptbegehren betreffend Besuchsrecht, Kinderunterhalt und nachehelichem Unterhalt (Rechtsbegehren I./2.-4-) für den Fall einer Änderung der Kinderzuteilung stellt. Weil das Hauptbegehren betreffend Zuteilung der elterlichen Sorge abgewiesen wird, werden sie gegenstandslos.

4. Eventualbegehren

4.1. Eventualiter, für den Fall, dass C._____ unter die elterliche Sorge der Klägerin gestellt werde, verlangt der Beklagte eine Reduktion seiner Unterhaltspflichtung. So sei er einzig zu verpflichten, allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen für seinen Sohn zu bezahlen, und im Übrigen sei festzustellen, dass er keine Kinderunterhaltsbeiträge zu zahlen habe. Ferner sei Ziff. 6 des an-

gefochtenen Entscheides aufzuheben und festzustellen, dass er der Klägerin keine persönlichen Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB schulde. Seine Anträge begründet er praktisch allein mit dem neuen Lebenspartner der Klägerin, welcher deren Lebensunterhalt (mit-)finanziere. Nichts spreche dagegen, dass sich die Klägerin den Lebensunterhalt auch weiterhin vom neuen Lebenspartner finanzieren lasse. Daneben sei es ihr zuzumuten, in den Zeiten, in welchen Sohn C._____ im Kindergarten weile, einer ordentlichen Tätigkeit (beispielsweise Reinigungsarbeiten) nachzugehen und für ihren Unterhalt selbst aufzukommen (act. 78 S. 17). Der Lebenspartner sei auch in die Rolle des Vaters von C._____ geschlüpft, und er, der Berufungskläger, erscheine lediglich noch als biologischer Vater, weshalb er nicht zu Kinderunterhaltsbeiträgen zu verpflichten sei, solange die Kindsmutter bei ihrem jetzigen Partner lebe (act. 78 S. 19).

4.2. Für die Grundlagen und die Berechnung des Kinderunterhalts kann vorab auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 80/3 S. 14 f. und S. 17 f.).

1.1.6. Gemäss Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB haben die Eltern für den Unterhalt des Kindes aufzukommen. Unterhaltspflichtig sind Vater und Mutter, die persönlich, unter sich solidarisch, primär und bei ausreichender Leistungsfähigkeit ausschliesslich für den gesamten Unterhalt aufzukommen haben: "Qui fait l'enfant le doit nourrir" (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 276 N 8). In Ausnahmefällen müssen subsidiär Dritte einspringen wie die Stiefeltern, Pflegeeltern, Verwandte oder das Gemeinwesen (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 276 N 11 ff.); der neue Konkubinatspartner eines Elternteils zählt nicht zu diesen Dritten. Den Lebenspartner der Klägerin trifft daher keine Unterhaltspflicht. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass er die Kindsmutter finanziell und administrativ (insbesondere auch im Scheidungsverfahren) unterstützt und dass C._____ diesen bereits "Papi" nennt. Letzteres hat der Beklagte, der seit mehr als zwei Jahren jeglichen Kontakt mit seinem Sohn verweigert, zudem auch selber zu vertreten.

1.1.7. Die Vorinstanz hat den Kinderunterhaltsbeitrag, ausgehend von einem hypothetischen Einkommen des Beklagten von Fr. 5'000.-- netto inklusive 13. Monatslohn, auf Fr. 1'200.-- zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder-

zulagen festgesetzt. Der Beklagte bestreitet die zugrunde gelegte Berechnungsweise nicht. Vielmehr geht aus den von ihm eingereichten Lohnabrechnungen (act. 80/6-11) hervor, dass sein Einkommen sogar höher liegt, nämlich bei mindestens Fr. 5'315.-- (ohne 13. Monatslohn). Da im Bedarf des Beklagten aufgrund der knappen Verhältnisse keine Steuern berücksichtigt wurden, kann im Rahmen der Officialmaxime auf eine Erhöhung des Unterhaltsbeitrages indes verzichtet werden.

4.3. Der Eventualantrag betreffend nahehelichen Unterhalt scheidet bereits an der Novenbeschränkung im Berufungsverfahren. Art. 317 Abs. 1 ZPO ist anwendbar, und das Vorbringen neuer Tatsachen und/oder Beweismittel ist beschränkt in denjenigen Verfahren, in welchen die Verhandlungsmaxime gilt. Dies trifft insbesondere zu für den nahehelichen Unterhalt (Art. 277 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte hat vor Vorinstanz weder einen Antrag gestellt noch sich sonst zum nahehelichen Unterhalt geäußert. Dass ihm dies trotz zumutbarer Sorgfalt vor Vorinstanz nicht möglich gewesen sein soll (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO), tut er nicht dar und ist nicht ersichtlich. Schon deshalb sind sein Antrag und die neuen Vorbringen unbeachtlich und sein entsprechendes Begehren abzuweisen. Selbst wenn sie aber zu berücksichtigen wären, vermöchte dies nichts zu ändern.

1.1.8. Nach welchen Kriterien über Bestehen, Dauer und Höhe eines nahehelichen Unterhaltsbeitrages zu befinden ist, bestimmt Art. 125 ZGB. Nachehelicher Unterhalt ist geschuldet, wenn es dem berechtigten Ehegatten unmöglich oder unzumutbar ist, für seinen gebührenden Unterhalt selbst zu sorgen (BSK ZGB I-Gloor/Spycher, Art. 125 N 6). Sind, wie vorliegend, Kinder zu betreuen, ist eine teilweise Erwerbstätigkeit im Umfang von 30-50% zumutbar, wenn das jüngste Kind das 10. Altersjahr vollendet hat (ebenda, N 10 mit Hinweisen). C. _____ ist am tt.mm.2012 fünf Jahre alt geworden, weshalb die Klägerin - entgegen den Ausführungen des Beklagten (act. 78 S. 17) - noch keiner Erwerbstätigkeit nachzugehen hat. Auch Einkommen und Vermögen des gegenwärtigen Lebenspartners der Klägerin sind nicht zu berücksichtigen. Dem Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, wie sie in casu seit rund zwei Jahren besteht, kann allenfalls in der Weise Rechnung getragen werden, dass der Unterhaltsbedarf infol-

ge niedrigerer Lebenshaltungskosten tiefer angesetzt wird (BSK ZGB I-Gloor/Spycher, Art. 125 N 7). Dem wurde bereits im angefochtenen Urteil entsprochen (act. 80/3 S. 17 ff.).

1.1.9. Abs. 3 von Art. 125 ZGB hält fest, unter welchen Voraussetzungen ein grundsätzlich bestehender Unterhaltsanspruch ausnahmsweise verweigert oder gekürzt werden kann. Der blosse Umstand, dass ein Ehegatte eine neue Beziehung eingegangen ist und mit einem neuen Partner zusammenlebt, zählt noch nicht dazu. Erforderlich wäre vielmehr, dass das Verlangen von Unterhalt aufgrund besonderer Umstände als rechtsmissbräuchlich erschiene. Dies könnte bei Bestehen einer sehr langen stabilen nichtehelichen Gemeinschaft bereits im Scheidungszeitpunkt der Fall sein (FamKomm Scheidung/Schwenzer, Art. 125 N 99 mit Hinweisen). Von einer solchen kann vorliegend jedoch noch nicht ausgegangen werden, nachdem die Klägerin erst seit knapp zwei Jahren mit ihrem Partner zusammenlebt und daher noch nicht zuverlässig gesagt werden kann, ob das Konkubinat so eng und stabil ist, dass der Partner der Klägerin bereit wäre, der Klägerin Beistand und Unterstützung zu gewähren, wie es für einen Ehegatten nach Art. 159 ZGB Pflicht wäre. Daraus, dass während der letzten zwei Jahre offenbar auch der Lebensunterhalt der Klägerin von ihrem Lebenspartner finanziert worden ist (act. 78 S. 17), kann vor dem Hintergrund, dass der Beklagte bisher keinen Unterhalt leistete und die Klägerin diesen erstreiten muss, noch nichts anderes abgeleitet werden. Das Aushelfen in einer finanziellen Notlage lässt noch nicht per se auf das Vorliegen eines qualifizierten Konkubinates schliessen. Es kann nämlich nicht leichthin davon ausgegangen werden, der neue Partner sei bereit, auch für ehebedingte Nachteile (wie die durch die Betreuung eines Kindes hervorgerufenen Einschränkungen in der Erwerbsfähigkeit) anstelle der unterhaltspflichtigen Partei im Sinne von Art. 159 ZGB Beistand zu leisten bzw. aufzukommen (vgl. OGer LU in FamPra.ch 2002 S. S. 154). Und auch der Umstand, dass der neue Lebenspartner der Klägerin dieser bei weiteren Angelegenheiten behilflich ist (act. 78 S. 17), vermag angesichts der ausländischen Staatsangehörigkeit der Klägerin und den sprachlichen Hürden nicht auf mehr als eine normale Hilfestellung schliessen. Im Übrigen hat die Vorinstanz dem Umstand, dass sich das Zusammenleben der Klägerin mit ihrem Lebenspartner zu einem qualifizierten

Konkubinat verfestigen könnte, bereits mit der Aufnahme einer Konkubinatsklausel Rechnung getragen, wonach sich die Pflicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin um die Hälfte reduziert, wenn sie während mehr als 24 Monaten mit einer anderen erwachsenen Person zusammenlebt (act. 80/3 S. 23 und S. 29). Zum Vorwurf der Scheinehe schliesslich, wonach die Berufungsbeklagte die Ehe einzig eingegangen sei, um eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz zu erhalten, weshalb die Zusprache von Unterhaltsbeiträgen unbillig erscheine (act. 78 S. 17 f.), ist Folgendes festzuhalten: Die Scheinehe ist eine gültige Ehe mit allen Rechtswirkungen. Richtig ist aber, dass im Falle einer Scheinehe die Geltendmachung von Unterhalt als rechtsmissbräuchlich erscheinen könnte (FamKomm Scheidung/ Schwenger, Art. 125 N 99 mit Hinweis; BGer 5P.142/2003 E. 2.2). Die Parteien haben indes schon vor der Heirat in der Schweiz zusammengelebt und ein Kind gezeugt, und nach der Heirat haben sie während mehr als zwei Jahren einen gemeinsamen Haushalt geführt, während welcher Zeit die Klägerin offenbar ihrer ursprünglichen Tätigkeit nicht mehr nachgegangen ist. Wenn Probleme in der Beziehung alsdann zu einer Trennung der Parteien geführt haben (act. 78 S. 5 f.), kann nicht von einer Scheinehe ausgegangen werden. Selbst wenn der Beklagte die junge, aus F. _____ stammende Klägerin in einem einschlägigen Etablissement kennengelernt hat, spricht der dargelegte Beziehungs- und Eheverlauf nicht dafür, dass es der Klägerin einzig um eine Aufenthaltsbewilligung gegangen ist. Sollte das Migrationsamt des Kantons H. _____ (offenbar früher) gegenüber dem Vater des Beklagten einen entsprechenden Verdacht geäussert haben (act. 78 S. 18), wäre das nicht massgebend und braucht auch nicht abgeklärt zu werden.

4.4. Zusammenfassend vermag der Beklagte auch mit seinen Eventualbegehren nicht durchzudringen und ist die Berufung auch diesbezüglich abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolge

5.1. Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen (Dispositiv-Ziff. 13-15) und hat der Beklagte die Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 95 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der §§ 5 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Ent-

scheidgebühr auf Fr. 3'000.-- festzusetzen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Mangels Umtrieben ist der Klägerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes o.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen vom 22. August 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--, dem Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von act. 78 samt Beilagen act. 80/2-11, mit Formular an das Zivilstandsamt des Bezirkes I. _____ sowie die Vormundschaftsbehörde von E. _____, ferner an das Migrationsamt des Kantons Zürich und im Auszug Ziffer 1 und 11 des angefochtenen Urteils an die ... Pensionskasse, ... [Adresse], sowie an das Einzelgericht o.V. des Bezirksgerichtes Andelfingen und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Muraro-Sigalas

versandt am: