

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC180025-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 18. Januar 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Uster vom 6. Februar 2018; Proz. FP170012**

Rechtsbegehren:

(act. 1 und act. 7, sinngemäss)

Das Urteil vom 21. Dezember 2012 des Bezirksgerichts Uster, Geschäfts-Nr. FP110019-I, sei bezüglich Ziffer 4 des Dispositives abzuändern und der Kinderunterhalt neu gemäss der aktuellen finanziellen Situation des Klägers festzulegen.

Es sei dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge je hälftig zu Lasten beider Parteien.

**Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren,
vom 6. Februar 2018:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 2'570.- ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 412.50 Dolmetscher.
 3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
 4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
- (5. / 6.: Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung.)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 43 S. 2):

- "1. Es sei Dispositivziffer 1. des Urteils des Bezirksgerichtes Uster vom 6. Februar 2018, Geschäfts-Nr.: FP170012-I, aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
2. Die gemeinsamen Söhne C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2006, werden in Abänderung von Dispositivziffer 1. des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 21. Dezember

2012, Geschäfts Nr. FP110019-I, unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien gestellt.

3. Die Obhut für den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2004, wird in Abänderung von Dispositivziffer 1. des Urteils des Bezirksgerichts Oster vom 21. Dezember 2012, Geschäfts Nr. FP11 0019-I, dem Berufungskläger zugeteilt.
4. Auf die ausdrückliche Regelung des Besuchsrechts der Berufungsbeklagten zum Sohn C._____ wird angesichts des Alters des Sohnes verzichtet.
5. Die Pflicht des Berufungsklägers zur Bezahlung von Kinderunterhalt für den Sohn C._____, geboren am tt.mm.2004, an die Berufungsbeklagte wird in Abänderung von Dispositivziffer 4. des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 21. Dezember 2012, Geschäfts Nr. FP110019-I, rückwirkend ab 1. Juni 2018 aufgehoben.
6. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MwSt. zulasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 53 S. 2):

1. Die Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 des Berufungsklägers seien insofern abzuweisen, als dass der Sohn D._____, geb. tt.mm.2006, unter der alleinigen elterlichen Sorge der Berufungsbeklagten, wie im Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 21. Dezember 2012 rechtskräftig entschieden, zu belassen sei.
2. Das Rechtsbegehren Ziffer 4 des Berufungsklägers sei abzuweisen.
3. Es sei der Berufungsbeklagten folgendes Besuchs- und Ferienrecht für C._____ einzuräumen:
 - a. An den Wochenenden gerader Kalenderwochen von Freitag, 18.00 Uhr, bis Sonntag, 19.00 Uhr;
 - b. Jährlich am 24. Dezember und 1. Januar
 - c. In den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Ostersamstag, 09.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr);
 - d. In den Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag, 09.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr).Zudem sei die Beklagte zu berechtigen, C._____ jährlich während drei Schulferienwochen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.
4. Es sei der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte)

1. Die Parteien waren verheiratet und haben zwei gemeinsame Söhne, nämlich C._____, geb. am tt.mm.2004, und D._____, geb. am tt.mm.2006. Die Ehe wurde mit Urteil des Grundgerichtes Brcko Distrik in Bosnien vom 16. Mai 2008 geschieden. Mit Urteil des Einzelgerichtes o.V. des Bezirksgerichtes Uster vom 21. Dezember 2012 wurde dieses Scheidungsurteil hinsichtlich der Kinderbelange und der Aufteilung der Vorsorgeguthaben ergänzt. Im Wesentlichen wurden die Söhne unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt, wurde eine Regelung des persönlichen Verkehrs von Vater und Söhnen getroffen, wurde eine bereits bestehende Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft i.S.v. Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für die Söhne beibehalten und der Vater verpflichtet, für die Söhne indexgebundene Unterhaltsleistungen zu erbringen, und zwar ab 1. Januar 2013 im Umfang von je Fr. 962.- zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen (vgl. act. 4/63 S. 40 ff.).

2. - 2.1 Gegen Ende März 2017 gelangte der Vater (fortan: der Kläger) an das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, und beantragte eine seiner finanziellen Situation angemessene Herabsetzung seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber den Söhnen. Zur Begründung seiner Klage brachte er im Wesentlichen einerseits vor, die Mutter (fortan: die Beklagte) verdiene neuerdings mehr als im Jahr 2012. Andererseits machte er geltend, er habe wieder geheiratet, seine Lebenskosten seien daher gestiegen, seine neue Ehefrau komme aus Bosnien, könne nur schlecht Deutsch und habe schlechte Chancen auf dem Arbeitsmarkt (vgl. act. 1 S. 2).

Das Einzelgericht führte sein Verfahren durch. Am 6. Februar 2018 fand die Hauptverhandlung statt. Mit Verfügung vom gleichen Tag bewilligte das Einzelgericht die unentgeltliche Rechtspflege und schrieb ein analoges Gesuch der Beklagten ab. Mit Urteil vom gleichen Tag wies das Einzelgericht sodann die Klage ab. Verfügung und Urteil vom 6. Februar 2018 eröffnete das Einzelgericht den

Parteien unbegründet (vgl. act. 34). Der Kläger verlangte daraufhin eine Begründung des Urteils (vgl. act. 36). Das begründete Urteil (act. 47 [= act. 38 = act. 46/2]) wurde den Parteien fast ein halbes Jahr, nachdem es gefällt worden war, während der Gerichtsferien 2018 gemäss Art. 145 Abs. 1 lit. b ZPO eröffnet (vgl. 39).

2.2 Anfangs Juni 2018 verliess der Sohn C._____ erstelltermassen den mütterlichen Haushalt, bat den Vater um Aufnahme und verblieb in der Folge im väterlichen Haushalt, der bis dahin aus dem Vater und dessen Lebenspartnerin bzw. Ehefrau bestand (vgl. act. 69 S. 2, siehe ferner act 43 S. 10 und dazu act. 53). D._____, das zweite Kind der Parteien, wohnt weiterhin bei der Mutter zusammen mit dem Halbbruder E._____. Im mütterlichen Haushalt verkehrt (vgl. act. 43 S. 10) bzw. wohnt (vgl. act. 69 S. 2) auch der Lebenspartner der Mutter.

Die Gründe für den Auszug von C._____ aus dem mütterlichen Haushalt sind hier nicht vertiefter zu erörtern, nachdem sich die Parteien dazu in Zurückhaltung geübt haben (vgl. act. 43 [dort insbes. S. 10], act. 53 [dort insbes. S. 6]). Es mag gestützt auf act. 69 (vgl. dort insbes. S. 1 [Protokollnotiz vor "Anhörung"]) vielmehr der Hinweis genügen, dass C._____ in diesem Haushalt mit zunehmender Dauer seinen Platz bzw. seine Rolle nicht mehr fand.

3. Mit Schriftsatz vom 14. September 2018 (act. 43, act. 45 f.) liess der erst seit dem 27. August 2018 anwaltlich vertretene Kläger rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 6. Februar 2018 des Einzelgerichtes erheben. Er liess dabei die Anträge stellen (act. 43 S. 2), die diesen Erwägungen vorangestellt sind. Überdies ersuchte der Kläger um Bewilligung der sog. umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren.

Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen. Mit Beschluss vom 25. September 2018 wurde dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung bewilligt. Zugleich wurde der Beklagten – verbunden mit Hinweisen gemäss Art. 97 ZPO – Frist angesetzt, um die Berufung schriftlich zu beantworten (vgl. act. 48). Die Berufungsantwort (act. 53) wurde von F._____ für die Beklagte innert Frist eingereicht. Mit Beschluss vom 22. November 2018 (act. 61 f.) wurde F._____ als Vertreterin der Beklagten im Berufungsverfahren

nicht zugelassen, aber zugleich vorgemerkt, dass die Beklagte die Berufungsantwort ausdrücklich genehmigt hat (vgl. auch act. 60). Im selben Beschluss wurde der Beklagten zudem für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Befreiung von Gerichtskosten) bewilligt und die Anhörung von C._____ durch den Referenten angeordnet (vgl. act. 61). Diese Anhörung fand am 12. Dezember 2018 statt (vgl. act. 69). Mit Verfügung vom Folgetag wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, sich zum Ergebnis der Anhörung zu äussern (vgl. act. 70). Beide Parteien verzichteten darauf, der Kläger hat seinen ausdrücklichen Verzicht bereits am 19. Dezember 2018 erklärt (vgl. act. 72). Die Sache ist damit heute spruchreif. Der Beklagten ist lediglich noch zusammen mit diesem Entscheid ein Doppel von act. 72 zu ihren Unterlagen zuzustellen.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. Die rechtzeitig eingereichte Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid i.S. des Art. 308 ZPO, mit dem über eine Klage auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge des Vaters für die bei der Mutter lebenden Söhne abschlägig befunden wurde. Ausgangspunkt des Begehrens des Klägers an die Vorinstanz war seine Verpflichtung gemäss Dispositivziffer 4 des Urteils des Einzelgerichtes o.V. des Bezirksgerichtes Uster vom 21. Dezember 2012, der Beklagten für die Söhne indexgebundene Unterhaltsleistungen zu erbringen, und zwar ab 1. Januar 2013 im Umfang von je Fr. 962.- zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen (vgl. vorn Erw. I/1 und act. 4/63).

Um elterliche Unterhaltsleistungen geht es auch im Berufungsverfahren, in dessen nicht mehr primär, sondern gewissermassen erst in zweiter Linie, und zwar in Bezug auf C._____ (vgl. act. 43 S. 2, dort Antrag 5, sowie S. 6 [Rz. 14 f.], S.18 f.). Zur Hauptsache geht es dem Kläger mit der Berufung um die Neuregelung der elterlichen Sorge für die zwei Söhne der Parteien (vgl. a.a.O., Antrag 2), die Obhutszuteilung für C._____ (vgl. a.a.O., S. 2, Antrag 3) sowie die Regelung des persönlichen Umgangs von C._____ zur Mutter (vgl. a.a.O., Antrag 4). Darin liegt eine Klageänderung, die sich auf Regelungen im Urteil vom 21. Dezember

2012 bezieht, die im vorinstanzlichen Verfahren nie zur Diskussion standen und daher auch nicht geprüft wurden.

Im Berufungsverfahren ist gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO eine Klageänderung grundsätzlich nur noch unter folgenden zwei Bedingungen zulässig: es müssen erstens die Voraussetzungen des Art. 227 Abs. 1 ZPO erfüllt sein (neuer bzw. geänderter Anspruch, der mit dem bisherigen in sachlichem Zusammenhang steht und in gleicher Verfahrensart zu beurteilen wäre); zweitens muss der neue bzw. geänderte Anspruch auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruhen.

2. - 2.1 Der Kläger stützt seine Klageänderung im Wesentlichen auf die Tatsache ab, dass C._____ seit dem Juni 2018 bei ihm wohnt (vgl. act. 43 S. 4 ff., dort insbes. Rz. 7, 9, 18 - 20, 24), also auf eine Tatsache, die erst nach Fällung des angefochtenen Entscheids eingetreten ist, indessen vor dessen begründeter Eröffnung. Es handelt sich um eine neue Tatsache i.S. des Art. 317 Abs. 2 ZPO, die an sich gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO zu beachten ist (vgl. dazu neuerdings auch BGE 144 III 349), aber ohnehin unbestritten blieb. Die zweite Voraussetzung zur Klageänderung ist daher erfüllt. Mit dem Wegzug von C._____ aus dem mütterlichen Haushalt stellt sich ebenfalls die Frage der väterlichen Unterhaltsverpflichtung, die schon Gegenstand des angefochtenen Urteils war, neu. Und es hängen mit dem Wegzug von C._____ aus dem mütterlichen Haushalt ebenso alle übrigen vom Kläger mit seinen Anträgen aufgeworfenen Fragen (elterliche Sorge, Obhutszuteilung) in einem engen sachlichen, nämlich familienrechtlichen und daher gemäss Art. 296 ZPO ohnehin zu berücksichtigenden Zusammenhang, jedenfalls soweit es um C._____ geht. Und die Vorinstanz hätte diese Punkte prüfen müssen, wären sie ihr vorgelegt worden. Insoweit ist ebenfalls die erste Voraussetzung für eine Klageänderung im Berufungsverfahren erfüllt.

2.2 Die Sorge- und Obhutszuteilung, wie sie im Urteil vom 21. Dezember 2012 getroffen worden war (vgl. act. 4/63 S. 40 [Dispositivziffer 1]), ist mit dem Wegzug von C._____ zum Vater sachlich offensichtlich hinfällig geworden und bedarf der Neuregelung. Die Beklagte opponiert richtigerweise nicht gegen die Anträge des Klägers dazu, die im Interesse von C._____ liegen. Demnach ist in Änderung des

Urteils vom 21. Dezember 2012 C._____ unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien und unter die alleinige Obhut des Vaters zu stellen.

2.3 Kinder und der Elternteil, bei dem die Kinder nicht wohnen, haben gegenseitig Anspruch auf einen angemessenen persönlichen Umgang (vgl. Art. 273 Abs. 1 ZGB). Der Kläger ist der Meinung, weil C._____ 14 Jahre alt sei, erübrige sich eine ausdrückliche Regelung des persönlichen Umgangs des Sohnes zur Mutter. C._____ sei selber in der Lage, den Kontakt zur Beklagten zu halten und sie zu treffen (vgl. act. 43 S. 13). Die Beklagte erachtet demgegenüber ein Besuchsrecht, das sich an jenes anlehnt, das einst dem Kläger im Urteil vom 21. Dezember 2012 eingeräumt worden war, als angemessen. C._____ befinde sich – so die Beklagte – erst in der Anfangsphase als Jugendlicher und habe sich auch nicht gegen die Festlegung eines Besuchsrechts geäussert (vgl. act. 53 S. 6).

Beim Anspruch auf den persönlichen Verkehr gemäss Art. 273 Abs. 1 ZGB handelt es sich um ein gegenseitiges (Pflicht-)Recht, das insbesondere dem Kind Kraft seiner Persönlichkeit zusteht. Für die Ausgestaltung des persönlichen Umgangs ist oberste Richtschnur das Kindeswohl, welches anhand der Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen ist, und zwar aus objektiver Warte; Interessen der Eltern haben insoweit zurückzustehen. Die Meinung des urteilsfähigen Kindes, das seine Interessen, Befindlichkeit und Bedürfnisse zu artikulieren weiss, bildet dabei eine gewichtige Entscheidungsgrundlage, namentlich je älter das Kind ist (vgl. etwa BGer Urteil 5A_160/2011, E. 4, vom 29. März 2011; 5A_528/2015, E. 5.1, vom 21. Januar 2016, je m.w.H. oder auch BGE 142 III 166).

C._____ ist mit 14 Jahren noch einiges von der Volljährigkeit entfernt. Er kann seine Bedürfnisse und seine Befindlichkeit zwar durchaus artikulieren, und er hat sich nach dem Auszug aus dem mütterlichen Haushalt den Rat geholt, den Kontakt zur Mutter zu suchen (vgl. act. 69 S. 1 f.). Besonders selbständig ist er indes noch nicht – so mag er zwar in der Benützung des Handys geübt sein (vgl. act. 43 S. 13), ist es hingegen in anderen Belangen des Alltags, wie etwa der Benützung des öV, noch nicht (vgl. act. 68). Einem mehr oder weniger regelmässigen Kontakt zur Mutter widersetzt sich C._____ im Übrigen gar nicht. Die gesam-

te Tragweite der Frage des persönlichen Umgangs mit der Mutter vermag er jedoch – was nur altersadäquat ist – nicht zu erkennen, namentlich nicht die Notwendigkeit einer gewissen Stetigkeit eines solchen Umgangs (vgl. a.a.O., S. 2), der auch den Kontakt mit C._____ in dessen Heim umfasst; der Kontakt zum Bruder ist für ihn aber gerade auch wichtig (vgl. a.a.O.). Von einer wenigstens minimalen Regelung des persönlichen Verkehrs, der C._____ auch verhilft, seine Position im Familiengefüge neu zu finden, kann nur schon deshalb nicht abgesehen werden. Ein Absehen von einer solchen Regelung hiesse zudem, C._____ als Kind eine Verantwortung für die Aufrechterhaltung des persönlichen Umgangs zu überbinden und damit zugleich das Risiko von (Loyalitäts-)Konflikten, wenn sich die Vorstellungen der Beteiligten (es sind das nicht nur Sohn und Mutter, sondern auch der Vater und D._____) nicht decken (OGer ZH NX100004 vom 12. Mai 2000). Solches geht schlicht nicht an, sondern ist Aufgabe beider Eltern, denen ein Beistand zur Seite steht. Ganz abgesehen davon fehlte es ohne eine minimale Regelung auch an der Vorhersehbarkeit und Planbarkeit der Verhältnisse. Diese sind für eine möglichst reibungslose Abwicklung nicht nur wünschbar, sondern liegen im Interesse auch des Kindes. Angemessen ist ein Kontakt jeweils an Wochenenden, und zwar – mit Rücksicht auf die seit Juni 2013 geltende Regelung gemäss Dispositivziffer 2 des Urteils vom 21. Dezember 2012 für die Besuche von D._____ beim Vater an den Wochenenden gerader Kalenderwochen – an solchen ungerader Kalenderwochen. Damit ist zugleich der Kontakt unter den Brüdern C._____ und D._____ beim jeweiligen Elternteil sichergestellt. Analoges gilt für die Kontaktregelung an den Oster- und Pfingsttagen sowie die Regelung für Weihnachten und Neujahr.

C._____ hat sich aus nachvollziehbaren und verständlichen Gründen klar dagegen ausgesprochen, einstweilen im mütterlichen Haushalt zu übernachten. Ob, wann und inwiefern sich das ändern wird, lässt sich heute nicht abschätzen; zu treffen ist immerhin eine zukunftsgerichtete Lösung, bei der die Gründe von C._____ mit geeigneten Anordnungen zu respektieren sind; da die Eltern im gleichen Ort wohnen, bieten sich keine besonderen Probleme. C._____ wird allerdings lernen müssen, sich mit der Verschiedenheit seiner Eltern und deren unter-

schiedlicher Lebensgestaltung auseinanderzusetzen. Und er selbst wird diese ebenfalls zu respektieren haben.

Ferien hat C._____ mit seiner Mutter seit seinem Auszug keine mehr verbracht. Gründe, die dagegen sprechen, dass er mit seiner Mutter fürderhin Ferien verbringen wird, sind nicht ersichtlich und hat C._____ auch nicht zu benennen vermocht (vgl. act. 69). Der Auszug von C._____ aus dem mütterlichen Haushalt brachte immerhin eine erhebliche Zäsur in das bisherige Familiengefüge, die nicht leicht zu übergehen ist. Deren Überwindung braucht eine gewisse Zeit; gleiches gilt für die Verstetigung des persönlichen Umgangs nach den heute anzuordnenden Grundsätzen, zumal vor dem Hintergrund, dass eine Übernachtung für C._____ im mütterlichen Haushalt derzeit nicht vorstellbar ist. Es ist deshalb für dieses Jahr von der Regelung des Ferienbesuches abzusehen, auch wenn ein Ferienbesuch von wenigstens einer Woche etwa während der Herbstferien durchaus sinnvoll erschiene. Ab 2020 sind hingegen Ferienbesuche vorzusehen, und zwar mit Blick auf den Abschluss der obligatorischen Schulzeit im Umfang von zwei Wochen pro Jahr.

Weitere Gesichtspunkte von Belang, die es im Zusammenhang mit der Regelung des persönlichen Umgangs von C._____ zur Mutter zu berücksichtigen gölte, sind nicht ersichtlich.

2.4 Die Parteien sind sich zu recht einig, dass mit dem Auszug von C._____ aus dem mütterlichen Haushalt die in Dispositivziffer 4 des Urteil vom 21. Dezember 2012 getroffene Unterhaltsregelung hinfällig geworden ist. Der Kläger ist knapp in der Lage, die Kosten des Unterhalts und der Betreuung von C._____, die in seinem Haushalt anfallen, zu decken (vgl. act. 43 S. 14 -19), und er ist bereit, auf Beiträge der Beklagten zu verzichten (vgl. a.a.O.). Das läuft den Interessen von C._____ nicht zuwider, zumal der Beklagten offensichtlich die Mittel fehlen, ihrerseits einen Beitrag an den Unterhalt und die Betreuung von C._____ durch den Kläger zu leisten. Kein Thema bildet richtigerweise die weitere Verpflichtung des Klägers gemäss Dispositivziffer 4 des Urteils vom 21. Dezember 2012, der Beklagten Zahlungen an den Unterhalt und die Betreuung von D._____ zu leisten.

2.5 Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass der Kläger mit seinem Anträgen, soweit die Beklagte dagegen nicht opponiert und sie C._____ betreffen, durchdringt. Beim persönlichen Umgang von C._____ zur Beklagten war eine Regelung zu treffen, die dem Antrag des Klägers nicht entspricht, sich aber auch nicht mit den Vorstellungen der Beklagten deckt.

3. Der Kläger beantragt mit seiner Klageänderung Art. 296 Abs. 1 - 2 ZGB im Berufungsverfahren Art. 296 Abs. 1 - 2 ZGB neu auch die gemeinsame elterliche Sorge für den Sohn D._____. D._____ steht seit dem Urteil vom 21. Dezember 2012 unter der alleinigen elterlichen Sorge der Mutter und wohnt weiterhin bei dieser. Der Kläger stellt zu Recht auch seine entsprechende Unterhaltspflicht nicht in Abrede. Ein analoger neuer Sachverhalt, wie er bei C._____ gegeben ist und der familienrechtliche Anpassungen u.a. auch im Unterhaltsbereich nachgerade verlangt, wird vom Kläger mit Bezug auf D._____ allerdings nicht vorgebracht (vgl. act. 43, dort insbes. Rz. 17 - 22 und 24 - 26). Und es ist solches auch nicht ersichtlich. Es fehlt daher mit Bezug auf D._____ grundsätzlich an den Voraussetzungen für eine Klageänderung erst mit der Berufung.

Die Beklagte hat im Übrigen zutreffend vermerkt (vgl. act. 53 S. 4), dass der Kläger die Frist gemäss Art. 12 Abs. 4 SchlT ZGB, innert der er ab Inkrafttreten des geltenden Art. 296 Abs. 1 - 2 ZGB die gemeinsame Sorge für D._____ hätte beantragen können, unbenützt hat verstreichen lassen. Gründe, die ihn objektiv daran gehindert hätten, die gemeinsame elterliche Sorge und damit die Anwendung des neuen Regelfalles für D._____ zu verlangen, vermag der Kläger mit der Berufung nicht vorzubringen. Lässt er Jahre nach dem Ablauf dieser Frist mit seiner Berufung einfach darauf hinweisen, die gemeinsame elterliche Sorge entspreche dem gesetzlichen Regelfall, kann er aus letzterem folglich nichts Stichhaltiges zu seinen Gunsten herleiten.

In Bezug auf D._____ wurden sodann weder im vorinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren (vgl. act. 43, dort insbes. S. 8 ff.) Sachverhalte i.S. des Art. 134 Abs. 1 ZGB vorgebracht, die eine Änderung der Sorgerechtszuteilung, wie sie im Scheidungsurteil im Dezember 2012 festgelegt worden war, im Interesse von D._____ geböten, und es sind auch keine solchen Umstände ersicht-

lich, die das von Amtes wegen verlangten. Die Berufung erweist sich daher in diesem Punkt insgesamt als unbegründet, was zu ihrer Abweisung führt.

III.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Der Kläger verlangte beim Einzelgericht die Herabsetzung seiner im Urteil vom 21. Dezember 2012 festgelegten Unterhaltsverpflichtungen gegenüber seinen Kindern. Er berief sich dabei auf geänderte wirtschaftliche Verhältnisse. Das Einzelgericht wies diese Klage mit Urteil vom 6. Februar 2018 ab, weil es keine wesentlichen Veränderungen in den Verhältnisse feststellen konnte (vgl. act. 47 S. 16, dort Erw. 2.2.1.5, S.18, dort Erw. 2.2.2.8 und 2.3). Diesem Ausgang entsprechend verlegte es in den Dispositivziffern 3 - 4 seines Urteils die Prozesskosten seines Verfahrens, die es in Dispositivziffer 2 seines Urteils festgesetzt hatte. Das Urteil wurde den Parteien in der Folge unbegründet eröffnet und das Gericht war damit an seinen Entscheid gebunden.

Mit der Berufung (act. 43) bringt der Kläger nicht vor, dieser Entscheid des Einzelgerichtes sei im Ergebnis falsch gewesen, hätte deswegen korrigiert werden müssen und daher insbesondere auch eine andere Kostenverlegung erfordert. Anlass für seine Berufung war – wie gesehen – ein neuer, erst im Juni 2018 entstandener Sachverhalt, der zudem im Wesentlichen anderes gelagert ist als der Sachverhalt, der vom Einzelgericht zu beurteilen war. Das alles bietet keinen sachlich begründeten Anlass, die erstinstanzlichen Gerichtskosten anders zu verlegen als im Urteil vom 6. Februar 2018. Und es erübrigt sich insofern darauf hinzuweisen, dass sich die Parteien wegen der Verzögerung mit der Eröffnung des begründeten Entscheides ein erneutes erstinstanzliches Verfahren ersparen.

Die Festsetzung der erstinstanzlichen Gerichtskosten blieb zudem im Berufungsverfahren ebenfalls unbeanstandet (vgl. act. 43 und 53), weshalb das Kostendispositiv des Urteils vom 6. Februar 2018 insgesamt zu bestätigen ist.

2. Im Berufungsverfahren war eine Klageänderung zu beurteilen, die ihre Ursache im Auszug von C._____ aus dem mütterlichen Haushalt hat. Zu beurteilen war

m.a.W. eine familienrechtliche Streitigkeit i.S. des Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO, bei der von einer Verlegung der Prozesskosten strikt nach den Grundsätzen des Art. 106 ZPO abzuweichen ist und die Kosten den Parteien als Eltern praxisgemäss je zur Hälfte aufzuerlegen sind. Diese Kostenverlegung rechtfertigte sich im Übrigen auch sonst, dringt der Kläger mit seinen Anträgen doch nur teilweise durch und opponierte die Beklagte diesen Anträgen (wie schon erwähnt) insoweit auch gar nicht, weshalb sie entsprechend auch nicht als unterlegen gelten dürfte.

Parteientschädigungen sind bei dieser Kostenverlegung keine zuzusprechen. Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeiständin des Klägers, die sich nach § 5 und § 13 AnwGebV zu richten haben wird (und nicht auf § 3 AnwGebV), ist einem separaten Beschluss vorzubehalten, weil die Voraussetzungen des § 23 Abs. 2 AnwGebV heute noch nicht erfüllt sind.

Thematisch standen im Berufungsverfahren nicht vermögensrechtliche Aspekte im Vordergrund, sondern familienrechtliche i.e.S., was es rechtfertigt, die Entscheidgebühr nach § 5 Abs. 1 GebV OG i.V.m. § 12 Abs. 1 - 2 GebV OG zu bemessen, verbunden mit dem Bemerken, dass der Fall insgesamt gerade noch als leicht zu gewichten ist.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 6. Februar 2018 aufgehoben und in Abänderung der Dispositivziffern 1, 2 und 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht o.V. vom 21. Dezember 2012, durch folgende Fassung ersetzt:
 - 1.1 Der Sohn C._____, geboren am tt.mm.2004, wird unter die gemeinsame elterliche Sorge der Parteien gestellt.
 - 1.2 Die Obhut für den Sohn C._____ wird dem Vater zugeteilt.
 - 1.3 Die Mutter betreut – unter Vorbehalt der Regelung gemäss nachstehender Ziffer 1.4 – den Sohn C._____ wie folgt:

- a) an den Wochenenden der ungeraden Kalenderwochen von Samstag, 09.00 Uhr bis Sonntag 19.00 Uhr,
- b) jährlich am 24. Dezember und 1. Januar,
- c) in den Jahren mit ungerader Jahreszahl über die Osterfeiertage (Ostersamstag, 09.00 Uhr, bis Ostermontag, 19.00 Uhr) und in den Jahren mit gerader Jahreszahl über die Pfingstfeiertage (Pfingstsamstag, 09.00 Uhr, bis Pfingstmontag, 19.00 Uhr),
- d) ab 2020 jährlich für zwei Wochen bei sich oder mit sich in den Ferien.

1.4 Solange C._____ sich nicht vorstellen kann, bei der Mutter zu übernachten, geht er jeweils am Abend um 20.00 Uhr zum Vater zurück und besucht die Mutter am Folgetag um 09.00 Uhr.

1.5 Die Verpflichtung des Vaters, der Mutter an den Unterhalt und die Betreuung des Sohnes C._____ Zahlungen zu leisten, ist per 1. Juni 2018 aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und es bleibt beim Urteil des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht o.V., vom 21. Dezember 2012.

- 2. Die Dispositivziffern 2 - 4 des Urteils des Bezirksgerichtes Uster, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 6. Februar 2018 werden bestätigt.
- 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt, den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch infolge der beiden Parteien bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen.

Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht der Parteien gemäss Art. 123 ZPO.

- 4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsbeistandin des Klägers und Berufungsklägers wird einem separaten Beschluss vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 72, sowie an das Bezirksgericht Uster, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um keine vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: