

# ZH\_OBERGERICHT LC120047 vom 28. Dezember 2012

ZH Obergericht, 2012-12-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LC120047](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC120047)

FR: ZH\_OBERGERICHT LC120047 du 28 décembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LC120047 del 28 dicembre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 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.

##### E. 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.

##### E. 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 Zuspreehung der elterlichen Sorge an den Vater irgendwann ohnehin unabwendbar sei (act. 78 S. 9). Die Klägerin ist seit der Trennung allein

- 13 - 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).

### **E. 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.

### **E. 1.1.4**

Der Beklagte stellt die erzieherischen Fähigkeiten der Klägerin mit der Begründung in Frage, dieser sei "Shoppen" 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

- 14 - 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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.

#### **E. 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-

- 17 - 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 Offizialmaxime auf eine Erhöhung des Unterhaltsbeitrages indes verzichtet werden.

#### **E. 1.1.8**

Nach welchen Kriterien über Bestehen, Dauer und Höhe eines nachehelichen 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

nach- zugehen hat. Auch Einkommen und Vermögen des gegenwärtigen Lebenspart- ners der Klägerin sind nicht zu berücksichtigen. Dem Bestehen einer nichteheli- chen Lebensgemeinschaft, wie sie in casu seit rund zwei Jahren besteht, kann al- lenfalls in der Weise Rechnung getragen werden, dass der Unterhaltsbedarf infol-

- 18 - 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.).

### **E. 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 Bezie- hung eingegangen ist und mit einem neuen Partner zusammenlebt, zählt noch nicht dazu. Erforderlich wäre vielmehr, dass das Verlangen von Unterhalt auf- grund 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 aus- gegangen 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 Ehegat- ten nach Art. 159 ZGB Pflicht wäre. Daraus, dass während der letzten zwei Jahre offenbar auch der Lebensunterhalt der Klägerin von ihrem Lebenspartner finan- ziert worden ist (act. 78 S. 17), kann vor dem Hintergrund, dass der Beklagte bis- her 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 unter- haltspflichtigen Partei im Sinne von Art. 159 ZGB Beistand zu leisten bzw. aufzu- kommen (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 Staatsangehö- rigkeit 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

- 19 - Konkubinat verfestigen könnte, bereits mit der Aufnahme einer Konkubinatsklau- sel Rechnung getragen, wonach sich die Pflicht zur Leistung von Unterhaltsbei- trägen 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 Berufungsbe- klagte die Ehe einzig eingegangen sei, um eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz zu erhalten, weshalb die Zusprache von Unterhaltsbeiträgen unbillig er- scheine (act. 78 S. 17 f.), ist Folgendes festzuhalten: Die Scheinehe ist eine gülti- ge Ehe mit allen Rechtswirkungen. Richtig ist aber, dass im Falle einer Scheinehe die Geltendmachung von Unterhalt als rechtsmissbräuchlich erscheinen könnte (FamKomm Scheidung/ Schwenzer, 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.

### **E. 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).

- 9 -

### **E. 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).

## **E. 2**

Zuständigkeit und anwendbares Recht

### **E. 2.1**

Der Beklagte bestritt vor Vorinstanz die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes 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).

### **E. 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.

### **E. 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

- 10 - 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.

### **E. 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 nachehelichen 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).

## **E. 3**

Elterliche Sorge

### **E. 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.).

### **E. 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

- 11 - 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).

### **E. 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 Offizialmaxime, 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.

- 12 -

### **E. 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

- 15 - 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 konkreten relevanten Gesichtspunkte lässt die Zuteilung der elterlichen Sorge von C.\_\_\_\_\_ an die Klägerin als dem Kindeswohl entsprechend erscheinen.

### **E. 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.

## **E. 4**

Eventualbegehren

### **E. 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-

- 16 - gefochtenen Entscheides aufzuheben und festzustellen, dass er der Klägerin keine persönlichen Unterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 125 ZGB schulde. Seine Ansprüche 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).

### **E. 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.).

### **E. 4.3**

Der Eventualantrag betreffend nachehelichen Unterhalt scheitert 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 nachehelichen Unterhalt (Art. 277 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte hat vor Vorinstanz weder einen Antrag gestellt noch sich sonst zum nachehelichen 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.

#### **E. 4.4**

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

#### **E. 5**

Kosten- und Entschädigungsfolge

##### **E. 5.1**

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungserfolgung 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-

- 20 - 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:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.