

# ZH\_OBERGERICHT LY120054 vom 27. Mai 2013

ZH Obergericht, 2013-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY120054](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY120054)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY120054 du 27 mai 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT LY120054 del 27 maggio 2013

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien heirateten im Februar 2005 in Mazedonien und zogen kurze Zeit danach in die Schweiz. Sie sind die Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2006. Am 4. April 2008 schlossen die Parteien vor der Eheschutzrichterin des Bezirksgerichts Zürich eine Vereinbarung über das Getrenntleben. Gestützt darauf wurde C.\_\_\_\_\_ unter die elterliche Obhut der damaligen Klägerin und heutigen Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) gestellt. Gleichzeitig wurde für C.\_\_\_\_\_ eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet (act. 5/8/10 S. 3, 5; act. 5/8/12, 5/8/15). Mit Urteil vom 13. Mai 2008 des Grundgerichts Kumanovo, Mazedonien, wurden die Parteien geschieden. Die elterliche Sorge über C.\_\_\_\_\_ wurde dem Beklagten zugeteilt (act. 5/3/7 bzw., vollständig übersetzt, act. 4/9). Der Beklagte ist inzwischen eine neue Ehe mit D.\_\_\_\_\_ eingegangen und wurde aus dieser Ehe im Sommer 2012 Vater seines zweiten Sohns E.\_\_\_\_\_ (act. 5/17 S. 3). Nach der Trennung der Parteien lebte C.\_\_\_\_\_ kurzzeitig bei der Klägerin in Zürich. Nach einer Reise nach Mazedonien wurde der Klägerin gemäss der Schil- derung der Vorinstanz aufgrund des erwähnten Urteils vom 13. Mai 2008 die Rückreise mit dem Kind in die Schweiz verwehrt. Im Juni 2009 kehrte der Beklag- te mit C.\_\_\_\_\_ in die Schweiz zurück. Ab dann lebte C.\_\_\_\_\_ im Wesentlichen beim Beklagten in der Schweiz (act. 3 S. 14). Die Klägerin übte ein Besuchsrecht aus (vgl. act. 5/13/3). Zwischenzeitlich erwirkte die Klägerin in Mazedonien eine Umteilung der el- terlichen Sorge an sich (Urteile vom 25. März 2010 und [zweitinstanzlich] 5. Janu- ar 2011, act. 5/3/12-13). Mit Urteil vom 11. Juli 2012 stellte das Grundgericht Kumanovo C.\_\_\_\_\_ wieder unter die elterliche Sorge des Beklagten (act. 5/3/19).

- 3 -

### E. 1.1

Zur Zuständigkeit der hiesigen Gerichte und zur Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts kann auf die Erwägungen im Beschluss vom 14. Januar 2013 verwiesen werden (act. 7 S. 3).

### E. 1.2

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind nach Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO mit Berufung anfechtbar. Betrifft der Prozess eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit, so ist die Berufung bei im Übrigen gegebene- nen Voraussetzungen uneingeschränkt zulässig (ZK ZPO-Reetz/ Theiler, 2. Auflage 2013, Art. 308 N 37, 45). Wird wie vorliegend mit der Zuteilung der el- terlichen Obhut zum einen und der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen zum an- deren gleichzeitig ein ideelles und ein vermögenswertes Begehren gestellt, so ist

- 9 - bei der Qualifikation dem ideellen Begehren der Vorrang einzuräumen, womit grundsätzlich von einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit auszugehen ist (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 308 N 46). Auf die Berufung der Klägerin ist daher einzutreten.

### **E. 1.3**

Mit Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über umfassende Kognition. Sie kann auch Ermessensentscheide überprüfen (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 5 f.). Für die Ansicht des Beklagten, mit Berufung angefochtene Entscheide über vorsorgliche Massnahmen dürften nur bei erheblichen und offensichtlichen Rechtsverletzungen aufgehoben werden (act. 9 S. 3), findet sich in Gesetz und Rechtsprechung keine Grundlage. Erst das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesgericht kennt eine Beschränkung der Kognition (vgl. Art. 98 BGG).

### **E. 1.4**

Über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO). Die tatsächlichen Verhältnisse sind in diesem Verfahren nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen. Vorausgesetzt ist, dass für das Vorhandensein der betreffenden Tatsachen eine grössere Wahrscheinlichkeit spricht, als für das Gegenteil. Das Gericht entscheidet nach Möglichkeit anhand von rasch greifbaren Beweismitteln. Dabei steht der Urkundenbeweis im Vordergrund (ZK ZPO-Sutter-Somm/Vontobel, 2. Auflage 2013, Art. 271 N 9 ff.).

### **E. 1.5**

Gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen, wenn in familienrechtlichen Verfahren über Kinderbelange zu entscheiden ist (Untersuchungsgrundsatz). Dies ändert indes nichts an der geschilderten summarischen Natur des Verfahrens. Das Sammeln des Prozessstoffes ist ohnehin in erster Linie Sache der Parteien, welche nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zur Mitwirkung verpflichtet sind, da sie den Prozessstoff am besten kennen. Dies gilt verstärkt bei anwaltlicher Vertretung beider Parteien (vgl. ZK ZPO-Sutter-Somm/Vontobel, 2. Auflage 2013, Art. 272 N 14; der Gedanke dieser Ausführungen kann auf die Untersuchungsmaxime nach Art. 296

- 10 - ZPO übertragen werden). Das Gericht kann im summarischen Verfahren auch bei Kinderbelangen auf ihm plausibel erscheinende Aussagen einer Partei abstellen, ohne weitere Beweismittel beizuziehen (vgl. OGer ZH LE110043 vom 2. April 2012, E. III./2.2). Der unbeschränkte Untersuchungsgrundsatz bei Kinderbelangen führt nach der Praxis der Kammer in Analogie zu Art. 229 Abs. 3 ZPO zur unbeschränkten Zulässigkeit von Noven bis zur Urteilsberatung auch im Berufungsverfahren. Die Praxis des Bundesgerichts nach BGE 138 III 625 zum beschränkten Untersuchungsgrundsatz wird auf solche Fälle nicht übertragen (vgl. OGer ZH LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1; OGer ZH LY120046 vom 13. Februar 2013, E. II./1.4; vgl. auch BK ZPO-Spycher, Art. 296 N 9). 2. Zu den prozessualen Anträgen betreffend die Kindesbelange:

### **E. 2**

Es sei festzustellen, dass das Urteil vom 13. Mai 2008 sowie der Entscheid vom 11. Juli 2012 des Grundgerichts Kumanovo bezüglich der Regelung der Kindesbelange zufolge

fehlender Zuständigkeit / Verfahrensmängel nicht anerkannt werden können.

### **E. 2.1**

Die Klägerin beantragte wie eingangs angeführt die Durchführung einer Kinderanhörung, den Beizug von Akten der Vormundschaftsbehörde, die Einholung eines Beistandsberichts und die Bestellung einer Kindesvertretung im Sinne von Art. 299 ZPO (act. 2 S. 3).

### **E. 2.2**

Ein Bericht des Beistands F.\_\_\_\_\_ wurde wie geschildert eingeholt, und den Parteien wurde Gelegenheit gegeben, sich dazu zu äussern. Den weiteren prozessualen Anträgen betreffend C.\_\_\_\_\_ ist nicht zu folgen. Zur Thematik einer Kinderanhörung erwog die Vorinstanz, angesichts der schweren Vorwürfe, welche die Parteien mit Blick auf die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ gegeneinander erheben würden, und des zerrütteten Verhältnisses zwischen ihnen, bestehe mit Blick auf eine Anhörung von C.\_\_\_\_\_ das Risiko einer Druckausübung seitens eines Elternteils oder beider Elternteile. Daher erscheine eine Anhörung des erst sechs Jahre alten C.\_\_\_\_\_ unzumutbar (act. 3 S. 13). Ob von einer Anhörung von C.\_\_\_\_\_ unter diesen Umständen definitiv abzusehen ist, muss an dieser Stelle nicht entschieden werden. Das Alter von C.\_\_\_\_\_ schliesst eine Anhörung jedenfalls nicht kategorisch aus (vgl. ZK ZPO- Schweighauser, 2. Auflage 2013, Art. 298 N 29). Dass eine Anhörung in der vor-

- 11 - liegenden Situation angesichts des schweren Elternkonflikts eine Belastung für C.\_\_\_\_\_ darstellen würde, liegt allerdings auf der Hand. Daher ist jedenfalls zu vermeiden, dass C.\_\_\_\_\_ ohne Notwendigkeit mehrmals angehört wird. Eine Anhörung von C.\_\_\_\_\_ kann daher im summarischen Massnahmeverfahren unterbleiben. Abzusehen ist auch von der Bestellung einer Kindesvertretung nach Art. 299 ZPO. Angesichts des Streits der Parteien über die Obhutsregelung besteht vorliegend zwar durchaus ein Bedürfnis nach einer neutralen Person, welche sich im Sinne des Kindeswohls zu den strittigen Punkten äussert (vgl. Art. 299 Abs. 2 lit. a ZPO). Diesem Bedürfnis genügt indes im Rahmen des vorliegenden Verfahrens die bestehende Besuchsrechtsbeistandschaft. Schliesslich besteht auch für den Beizug von Akten der Vormundschaftsbehörde (neu: Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde) der Stadt Zürich keine Veranlassung. Wie nachfolgend gezeigt wird, lässt sich der entscheidrelevante Sachverhalt gestützt auf die vorliegenden Akten mit hinreichender Klarheit feststellen. 3. Zuteilung der elterlichen Obhut über C.\_\_\_\_\_:

### **E. 3**

Es sei die elterliche Sorge über das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, der Klägerin zuzuteilen.

#### **E. 3.1**

Wer ein Kind betreuen will, muss zur Erziehung geeignet bzw. fähig sein. Dazu gehört auch die Toleranz gegenüber dem anderen Elternteil in dem Sinne, dass die Hauptbetreungsperson den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil zu fördern hat. Ist die Erziehungsfähigkeit bei beiden Elternteilen gegeben, sind Kleinkinder und grundschulpflichtige Kinder regelmässig demjenigen Elternteil zuzuteilen, der die Möglichkeit hat und dazu bereit ist, sie persönlich zu betreuen. Erfüllen beide Elternteile diese Voraussetzungen ungefähr in gleicher Weise, so kann als weiteres Kriterium die Stabilität der örtlichen und familiären Verhältnisse herangezogen werden (BGer in FamPra

2012 S. 1094 ff., E. 3.1). Längerfristig beständigere und damit vorteilhaftere Perspektiven beim einen Ehegatten können den Nachteil der bei diesem Ehegatten teilweise erforderlichen Fremdbetreuung überwiegen. Die Möglichkeit der persönlichen Betreuung des Kindes als Kriterium tritt dann in den Hintergrund (BGer in FamPra 2006

- 12 - S. 753 ff., E. 4.4.1; vgl. zum Ganzen FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 2 ff.).

### **E. 3.2**

Vor der Vorinstanz erhoben beide Parteien Vorbehalte bezüglich der Erziehungsfähigkeit der jeweiligen Gegenpartei. Die diesbezüglichen Vorwürfe des Beklagten an die Adresse der Klägerin erachtete die Vorinstanz als nicht glaubhaft. Beim Beklagten erkannte die Vorinstanz eine teilweise verminderte Fähigkeit zur Kooperation mit der Klägerin. Dies genüge aber nicht, um dem Beklagten die Erziehungsfähigkeit abzuspochen (act. 3 S. 18 f.).

### **E. 3.3**

Erziehungsfähigkeit der Klägerin:

#### **E. 3.3.1**

Der Beklagte macht berufsungsweise geltend, die Klägerin habe ihre Erziehungsfähigkeit zu keinem Zeitpunkt substantiiert dargelegt. Die Vorinstanz habe lediglich seine Behauptungen gegen die Erziehungsfähigkeit der Klägerin nicht als belegt erachtet. Damit sei der Klägerin nicht die Erziehungsfähigkeit attestiert worden. Eine eingehende Prüfung der Erziehungsfähigkeit der Klägerin sei jedoch für eine Zuteilung der Obhut an sie dringendst geboten (act. 9 S. 15). Der Beklagte verkennt, dass das Gericht, insbesondere im summarischen Verfahren, nicht von sich aus eine eingehende Prüfung der Erziehungsfähigkeit jedes Elternteils vornimmt. Dies geschieht vielmehr nur insofern, als diesbezügliche konkrete Vorbehalte im Raum stehen. Das Vorbringen solcher Vorbehalte gegenüber dem Gericht ist nach dem eingangs Gesagten in erster Linie Sache der Parteien. Der Beklagte kann sich vor diesem Hintergrund nicht darauf beschränken, die Erziehungsfähigkeit der Klägerin ganz allgemein bzw. "gänzlich" (act. 9 S. 15) zu bestreiten.

#### **E. 3.3.2**

Trotz der Mitwirkungspflicht der Parteien ist das Gericht im Geltungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime verpflichtet, die gebotenen Abklärungen zu treffen. Diesem Erfordernis ist die Kammer mit der Einholung eines Berichts des Beistands von C.\_\_\_\_\_ nachgekommen. Der Beistand F.\_\_\_\_\_ gab an, die Klägerin sei grundsätzlich in der Lage, C.\_\_\_\_\_ altersgerecht zu pflegen und zu erziehen. Sie setze sich für das Wohl von C.\_\_\_\_\_ ein und hole sich

- 13 - in schwierigen Situationen Unterstützung von aussen, z.B. in Form freiwilliger Erziehungsberatung (act. 17 S. 2). Der Beistand hielt zudem bereits am 19. September 2012 gegenüber der Vorinstanz fest, es spreche nichts gegen die Zuteilung der Obhut an die Klägerin (act. 5/5). Der Beklagte hält dem Beistandsbericht entgegen, aus der Aussage von F.\_\_\_\_\_ gehe nicht hervor, dass die Klägerin tatsächlich in der Lage sei, sich entsprechend um C.\_\_\_\_\_ zu kümmern. Die Klägerin bekleide C.\_\_\_\_\_ regelmässig mit alten Kleidern. Zudem habe sie C.\_\_\_\_\_ etwa durch schriftliche Anbringung entsprechender Symbole auf dem Arm des Kindes mit der UCK konfrontiert. Daher sei davon auszugehen, dass die

Klägerin mitnichten in der Lage sei, C.\_\_\_\_\_ dem Kindeswohl entsprechend zu betreuen. Zudem liefere die Klägerin C.\_\_\_\_\_ regelmässig unangemeldet beim Beklagten ab, weil sie nicht die Kapazität habe bzw. aufbringen wolle, sich um das Kind zu kümmern (act. 20 S. 3 f., act. 33 S. 1).

### **E. 3.3.3**

Aus dem Gesagten gehen keine konkreten Anzeichen für eine ernsthafte Beeinträchtigung der Erziehungsfähigkeit der Klägerin hervor. Das Alter der getragenen Kleider bzw. die Häufigkeit des Kaufs neuer Kleider ist – wie allgemein materielle Zuwendungen – für die Wahrung des Kindeswohls zweitrangig. Immerhin bestätigte G.\_\_\_\_\_ von der Leitung des von C.\_\_\_\_\_ besuchten Hortes ... am 6. November 2012 (und damit während der Zeit, als C.\_\_\_\_\_ gestützt auf die superprovisorische Verfügung der Vorinstanz vom 19. September 2012 von der Klägerin betreut wurde), dass C.\_\_\_\_\_ im Allgemeinen gepflegt im Hort erscheine und sauber sowie dem Wetter entsprechend gekleidet sei (act. 5/23). Die Vorbehalte des Beklagten betreffend die Bekleidung von C.\_\_\_\_\_ bei der Betreuung durch die Klägerin sind daher nicht glaubhaft. Dass die Klägerin C.\_\_\_\_\_ regelmässig unangemeldet beim Beklagten ab-liefere, ist als unbelegte und bestrittene (vgl. dazu act. 29) Parteibehauptung des Beklagten nicht geeignet, eine Beeinträchtigung der Erziehungsfähigkeit der Klägerin glaubhaft zu machen. Bei solchen Schwierigkeiten wäre der Beistand von C.\_\_\_\_\_, dessen Aufgabe die Überwachung und Begleitung des Besuchsrechts des Beklagten ist, die geeignete Ansprechperson des Beklagten. Aus dem Beistandsbericht gehen indes keinerlei Anzeichen für ein entsprechendes, problema-

- 14 - tisches Verhalten der Klägerin hervor, welches ihre Kooperationsfähigkeit und Verlässlichkeit als Obhutsinhaberin in Frage stellen würde. Was sodann das angeblich mit Kugelschreiber auf C.\_\_\_\_\_'s Oberarm geschriebene UCK-Symbol angeht, erklärte die Klägerin bereits gegenüber der Vorinstanz, dabei habe es sich um die Flagge mit dem Doppeladler gehandelt. C.\_\_\_\_\_ habe dieses Symbol in einem Katalog gesehen und habe es auf seinem Oberarm gewollt. Das sei nicht gefährlich (Vi-Prot. S. 16). Der Beklagte vermochte in der Folge nicht konkret zu verdeutlichen, weshalb dieser Vorfall dem Wohl von C.\_\_\_\_\_ zum Nachteil gereichte. Daher ist davon auszugehen, dass es um eine harmlose Verwendung eines patriotischen (albanischen) Symbols ging. Dass die Klägerin ein gefährliches Gedankengut vertreten und gegenüber C.\_\_\_\_\_ zum Ausdruck bringen würde, geht daraus nicht hervor. Etwas anderes kann auch aus der unbelegten Behauptung des Beklagten nicht geschlossen werden, wonach C.\_\_\_\_\_ einmal gesagt habe, wenn er gross sei, werde er "alle Serben umbringen" (Vi-Prot. S. 20). Dass C.\_\_\_\_\_ von der Klägerin zu solchen Aussagen animiert werde, vermag der Beklagte nicht glaubhaft zu machen.

### **E. 3.3.4**

Vor der Vorinstanz wurde der Vorwurf des Beklagten thematisiert, die Klägerin habe ihn vor C.\_\_\_\_\_ als Lügner bezeichnet. Die Klägerin erwiderte dazu, sie müsse unwahre Behauptungen des Beklagten (etwa, sie habe C.\_\_\_\_\_ nicht gern) dem Kind gegenüber richtigstellen. Der genaue Wortlaut könne nicht eruiert werden (Vi-Prot. S. 24). Die Klägerin wirft dem Beklagten ihrerseits im Berufungsverfahren vor, in seinem Haushalt werde schlecht über sie gesprochen (act. 2 S. 15). Den Parteien ist zum Wohl von C.\_\_\_\_\_ zu empfehlen, negative Äusserungen über einander in Gegenwart von C.\_\_\_\_\_ zu unterlassen. Der diesbezügliche Vorwurf des Beklagten an die Adresse der Klägerin wurde

im Berufungsverfahren nicht mehr thematisiert. Daher ist darauf nicht weiter einzugehen.

### **E. 3.3.5**

Entscheidend ist mit Blick auf die Erziehungsfähigkeit, dass ein Elternteil in der Lage ist, den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil trotz negativer Gefühle gegenüber diesem zu unterstützen. Diesbezüglich werden gegenüber

- 15 - der Klägerin auch vom Beklagten keine konkreten Vorbehalte vorgebracht. Die Klägerin liess in der Zeit seit dem Ergehen des Beschlusses vom 14. Januar 2013 betreffend (erneute) superprovisorische Zuteilung der Obhut an die Klägerin sogar im Einverständnis mit dem Beklagten und dem Beistand ein weitergehendes Besuchsrecht des Beklagten unter der Woche zu (act. 30, 33). Der allgemeine Vorwurf des Beklagten, die Klägerin sei ihm gegenüber überhaupt nicht kooperativ, ist daher unbehelflich (act. 9 S. 11). Dasselbe gilt betreffend die Hinweise des Beklagten auf Versuche der Klägerin, rechtlich gegen ihn vorzugehen (act. 9 S. 11 f., S. 14). Dass sie ihre Rechte wahrt, ist der Klägerin nicht zum Vorwurf zu machen. Sollte die Klägerin C.\_\_\_\_\_ tatsächlich ohne Mitteilung an den Beklagten in einem albanischen Kindergarten angemeldet haben (act. 9 S. 12), so ist sie daran zu erinnern, dass auch bei Zuteilung der Obhut an sie bis auf weiteres die elterliche Sorge bei beiden Elternteilen verbleibt.

### **E. 3.3.6**

Betreffend die weiteren vom Beklagten geltend gemachten Probleme im Zusammenhang mit der Erziehungsfähigkeit der Klägerin (etwa schlechte Ernährung, sofortiges Ausrasten, ungenügende Pflege, vgl. Vi-Prot. S. 9, 18 f.) kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach es sich um blosser unbelegte Behauptungen des Beklagten handelte (act. 3 S. 20). Dies gilt auch betreffend die Schilderung des Beklagten, die Klägerin habe sich nur aus Aufenthaltsrechtlichen Gründen um C.\_\_\_\_\_ bemüht (Vi-Prot. S. 7), bzw. sie habe kein echtes Interesse an C.\_\_\_\_\_ gezeigt, habe vom Beklagten jeweils zur Ausübung des Besuchsrechts ermahnt werden müssen und habe Übernachtungen von C.\_\_\_\_\_ bei sich regelmässig abgelehnt (act. 9 S. 8 f.). Die Vorinstanz hat zutreffend auf die langjährigen Bemühungen der Klägerin auch vor mazedonischen Gerichten um das Sorgerecht über C.\_\_\_\_\_ verwiesen (act. 3 S. 20). Zudem ergibt sich aus den Angaben von C.\_\_\_\_\_s Beistand vom 24. September 2012, dass die Klägerin C.\_\_\_\_\_ in der Zeit, als C.\_\_\_\_\_ mehrheitlich beim Beklagten lebte, "in der Regel zweimal pro Woche zu sich auf Besuch" nahm, "inklusive Übernachtungen" (act. 5/13/3). Die Schilderung des Beklagten ist vor diesem Hintergrund nicht glaubhaft.

- 16 -

### **E. 3.3.7**

Was schliesslich die gesundheitlichen Beschwerden der Klägerin angeht (Bandscheibenproblematik mit ins Bein ausstrahlenden Schmerzen, vgl. Vi-Prot. S. 24), sind keine negativen Auswirkungen auf die Erziehungsfähigkeit der Klägerin ersichtlich (vgl. Vi-Prot. S. 15, 24). Auch der Beklagte macht nichts anderes geltend. Zusammenfassend ist die Erziehungsfähigkeit der Klägerin im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen in Übereinstimmung mit der Einschätzung des Beistands von C.\_\_\_\_\_ zu bejahen.

### **E. 3.4**

Erziehungsfähigkeit des Beklagten:

### **E. 3.4.1**

Zunächst ist auf die Kooperationsfähigkeit einzugehen. Damit, dass der Beklagte den Kontakt zwischen der Klägerin und C.\_\_\_\_\_ grundsätzlich zulies (act. 3 S.18 f.), sind die diesbezüglichen Anforderungen an die Erziehungs- fähigkeit noch nicht erfüllt. Das von der Vorinstanz aufgezeigte unkooperative Vorgehen des Beklagten in den mazedonischen Gerichtsverfahren (act. 3 S. 18) wurde seitens des Beklagten nicht bestritten (act. 5/11 S. 10 oben). Danach ist davon auszugehen, dass die Urteile mit Sorgerechtszuteilung an den Beklagten als Abwesenheitsurteile ergingen, ohne Teilnahme der Klägerin am Verfahren, da der Beklagte ihre Adresse in der Schweiz verschwiegen hatte (vgl. act. 5/1 S. 4, 9; Vi-Prot. S. 6 ff., S. 19 f., S. 25 f.). Die Klägerin verdeutlicht dazu im Berufungsverfahren unter Einreichung der erwähnten vollständigen Übersetzung des Urteils vom 13. Mai 2008, dass der Beklagte im dortigen Verfahren wahrheitswidrig angegeben habe, die Parteien hätten sich auf die Zuteilung der elterlichen Sorge an ihn geeinigt (act. 2 S. 19; act. 4/9 S. 2). Dem hält der Beklagte entgegen, die Parteien hätten sich sehr wohl auf die Zuteilung der elterlichen Sorge an ihn geeinigt. Seine Angaben gegenüber dem Gericht in Mazedonien seien daher wahrheitsgemäss erfolgt (act. 9 S. 14). Die Klägerin sei einverstanden gewesen damit, dass C.\_\_\_\_\_ bei ihm und seiner Familie lebe. Er bestreite daher ein unkooperatives Verhalten gegenüber der Klägerin (act. 9 S. 9).

- 17 -

### **E. 3.4.2**

Vorab kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, wonach glaubhaft erscheint, dass der Beklagte Druck auf die Klägerin ausübte, um ihre Zustimmung zur Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch ihn (den Beklagten) nach C.\_\_\_\_\_s Rückkehr in die Schweiz zu erlangen (vgl. act. 3 S. 8, act. 5/3/ 11). Dies sowie der bereits erwähnte Kampf der Klägerin um das Sorgerecht auch vor mazedonischen Gerichten lässt eine freie Willensbildung hinsichtlich der vom Beklagten behaupteten Sorgerechtsvereinbarung unwahrscheinlich erscheinen. Weiter fällt auf, dass das eingangs erwähnte mazedonische Urteil vom 25. März 2010, gemäss welchem die elterliche Sorge für C.\_\_\_\_\_ der Klägerin zugeteilt wurde (act. 5/3/12), offenbar zu keinem Zeitpunkt eine Änderung der Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch den Beklagten und seine Familie nach sich zog (vgl. act. 1 S. 7 sowie die Telefonnotiz der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich vom 25. Oktober 2011, act. 5/3/15). Auch dies spricht gegen die Kooperationsfähigkeit des Beklagten.

### **E. 3.4.3**

Im Zusammenhang mit der Kooperationsfähigkeit steht die Fähigkeit eines Elternteils, die Beziehung des Kindes zum anderen Elternteil zu fördern. Hier fällt zu Lasten des Beklagten wie bereits in den Erwägungen zum Beschluss vom 13. Januar 2013 erwähnt (act. 7 S. 7) ins Gewicht, dass C.\_\_\_\_\_ die jetzige Ehefrau des Beklagten, D.\_\_\_\_\_, nach dessen Schilderung "Mama" nennt. Der Beklagte begrüsst dies offenbar, unter Hinweis auf die Freiwilligkeit dieses Verhaltens von C.\_\_\_\_\_ (Vi-Prot. S. 18). Im Berufungsverfahren erklärt der Beklagte, C.\_\_\_\_\_ wisse durchaus, wer seine Mutter sei, doch er habe zu seiner Stiefmutter auch ein mütterliches Verhältnis. C.\_\_\_\_\_ nenne letztere daher Mama, während er die Klägerin Mami nenne (act. 9 S. 11, act. 20 S. 3). Die Ansicht der Klägerin, C.\_\_\_\_\_ wisse nicht mehr genau, wer seine eigene Mutter sei (Vi-Prot. S. 11), wird indessen vom Beistand von C.\_\_\_\_\_ geteilt (act. 17 S. 1). Dass C.\_\_\_\_\_ hinsichtlich der Mutterrolle(n)

von D.\_\_\_\_\_ und der Klägerin verwirrt ist, erscheint vor diesem Hintergrund glaubhaft. Die Problematik wird erheblich verstärkt, wenn von Seiten der Familie des Beklagten aktiv verlangt wird, dass C.\_\_\_\_\_ D.\_\_\_\_\_ "Mama" nennt (so die Klägerin, act. 5/20 S. 3 oben). Der Beklagte verweist wie

- 18 - erwähnt auf die Freiwilligkeit dieses Verhaltens von C.\_\_\_\_\_. Im Zusammenhang mit dem Strafverfahren gegen den Vater des Beklagten (dazu gleich nachfolgend) gab C.\_\_\_\_\_ aber offenbar seiner Vertretungsbeiständin im Gespräch gegenüber an, er "müsse" der neuen Freundin seines Vaters Mama sagen (so die Schilderung des Stadtrichteramts Zürich in der Nichtanhandnahmeverfügung vom 7. Februar 2013, act. 22 S. 1).

#### **E. 3.4.4**

Eine weitere Thematik mit Blick auf die Erziehungsfähigkeit der Parteien ist die Ernährung von C.\_\_\_\_\_. Nach den Angaben des Beklagten vor der Vorinstanz musste bei C.\_\_\_\_\_ eine Zahnsanierung für Fr. 4'000.00 vorgenommen werden (Vi-Prot. S. 19). Offenbar waren Ende 2010 acht bis neun Milchzähne von C.\_\_\_\_\_ so stark beschädigt, dass das Kind für die Behandlung in Narkose versetzt werden musste (act. 2 S. 16; act. 9 S. 13). Der geschilderte Umfang der Zahnsanierung von C.\_\_\_\_\_ ist angesichts seines Alters besorgniserregend. In den Erwägungen zum Beschluss vom 14. Januar 2013 hielt die Kammer fest, es spreche zumindest in der Tendenz einiges dafür, dass C.\_\_\_\_\_s Zahnschäden in erheblichem Umfang beim Beklagten (durch Verwöhnen mit Süßigkeiten) verursacht worden seien (act. 7 S. 8). Daran ist festzuhalten, zumal der Beklagte in der Berufungsantwort keine genaueren Angaben zu den betreffenden Zahnschäden vorbrachte und der Beistand F.\_\_\_\_\_ angab, C.\_\_\_\_\_ werde beim Beklagten mit Süßigkeiten verwöhnt (act. 17 S. 2). Dass die Geschenke gemäss dem Beklagten oft nicht von ihm selber kamen, sondern von Familienangehörigen (act. 20 S. 3), hilft dem Beklagten nicht, da er gegenüber C.\_\_\_\_\_ die Erziehungsverantwortung trägt, wenn das Kind in seiner Obhut ist. Immerhin trägt die Klägerin insofern eine gewisse Mitverantwortung, als sie seit Juni 2009 in der Schweiz ein Besuchsrecht ausübte. Die Klägerin hätte daher mit auf eine frühzeitige Behandlung der Zahnschäden hinwirken können. Die Hauptverantwortung für die Erziehung von C.\_\_\_\_\_ trug indes zu dieser Zeit der Beklagte, der C.\_\_\_\_\_ zur Hauptsache betreute (bzw. von seinen Familienangehörigen betreuen liess).

#### **E. 3.4.5**

Die Klägerin bringt vor, der Vater des Beklagten habe sich im Herbst 2012 bei einem Besuch in ihrer Wohnung gegenüber C.\_\_\_\_\_ "äusserst grob" verhalten, als er das Kind zur Rückkehr zum Beklagten habe bewegen wollen

- 19 - (act. 5/1 S. 12; act. 2 S. 17 f.). Der Beklagte bestritt, dass C.\_\_\_\_\_ in seinem Umfeld je geschlagen werde, und hielt fest, der Vorfall basiere lediglich auf Mutmassungen (act. 9 S. 13). Die Stadtpolizei Zürich unternahm bezüglich dieses Vorfalls Abklärungen. Für C.\_\_\_\_\_ wurde für das Strafverfahren eine Vertretungsbeiständin bestellt (vgl. act. 4/7-8). C.\_\_\_\_\_ gab gegenüber dieser an, er fände es normal, geschlagen zu werden, wenn er etwas angestellt habe. Dies ergibt sich aus einer Telefonnotiz der Vormundschaftsbehörde Zürich vom 18. Dezember 2012 (act. 4/8) und erscheint daher glaubhaft (act. 2 S. 17, act. 4/8). Dass in der Folge kein Strafverfahren wegen Tätlichkeiten eröffnet wurde, liegt nach der Nichtanhandnahmeverfügung des Stadtrichteramts vom 7. Februar 2013 daran, dass die Vertretungsbeiständin für C.\_\_\_\_\_ sein Aussageverweigerungsrecht wahrnahm (vgl. act. 22). Mit ein Grund dafür dürfte gewesen sein, dass ein solches Verfahren für C.\_\_\_\_\_ eine

zusätzliche Belastung gewesen wäre. Diesbezügliche Vorbehalte mit Blick auf die Erziehungsfähigkeit des Beklagten bzw. der Personen in seinem Umfeld werden dadurch nicht (gänzlich) zerstreut. Immerhin ist aber festzuhalten, dass C.\_\_\_\_\_ der Vertretungsbeiständin gegenüber auch angab, seinen Grossvater väterlicherseits gern zu haben (act. 22 S. 2). Vor diesem Hintergrund, und angesichts der relativ geringfügigen Schwere des zur Frage stehenden Verhaltens des Grossvaters (zur Diskussion stand offenbar ein Packen am Kragen und Schleifen am Boden, was zu einer leichten Kratzwunde am Bauch des Kindes führte, act. 22 S. 1), fällt dieser Vorfall wenig ins Gewicht. Eine detaillierte Prüfung der zugrundeliegenden Umstände kann im vorliegenden summarischen Massnahmeverfahren unterbleiben.

#### **E. 3.4.6**

Die geschilderten Schwierigkeiten bezüglich der Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch den Beklagten und sein Umfeld – im Vordergrund steht die eingeschränkte Kooperationsfähigkeit – wiegen nicht derart schwer, als dass dem Beklagten die Erziehungsfähigkeit geradezu abzusprechen wäre. Auch beim Beklagten kann die Erziehungsfähigkeit daher, wenn auch unter den aufgezeigten Vorbehalten, bejaht werden.

- 20 -

#### **E. 3.5**

Betreuungssituation bei den Parteien:

##### **E. 3.5.1**

Zur Betreuungssituation bei den Parteien erwog die Vorinstanz, der Beklagte arbeite in einem Vollzeitpensum im Club Restaurant .... Die Klägerin habe nach der Trennung der Parteien vor allem in Programmen der Stadt Zürich gearbeitet, etwa von Juli 2011 bis März 2012 mit einem Pensum von 60% im Restaurant ... in Zürich. Der Besuch weiterer Einsatzprogramme sei vorgesehen. Das Kriterium der persönlichen Betreuung sprach danach für die Vorinstanz für eine Obhutszuteilung an die Klägerin (act. 3 S. 20). Indessen gab die Vorinstanz dem Kriterium der Stabilität der Betreuungsverhältnisse den Vorrang. Dazu wurde erwogen, C.\_\_\_\_\_ habe die letzten drei Jahre beim Beklagten gelebt. Die Betreuung beim Beklagten erscheine in geradezu idealer Weise geregelt, da seine Ehefrau und seine Eltern miteinbezogen würden und C.\_\_\_\_\_ erst noch mit seinem Halbbruder zusammen aufwachsen könne. In Anbetracht der schwierigen Situation entspreche es dem Kindeswohl, dass für C.\_\_\_\_\_ wenigstens im Alltag seine bisherige Betreuungssituation beibehalten werde. Damit werde ihm eine gewisse Stabilität geboten, bis über die Frage der Sorgerechtszuteilung im Hauptverfahren entschieden werden könne (act. 3 S. 20 ff.).

##### **E. 3.5.2**

Bereits in den Erwägungen zum Beschluss vom 14. Januar 2013 wurden Vorbehalte mit Blick auf die Betreuungssituation beim Beklagten angeführt. Insbesondere wurde festgehalten, die Betreuung durch die Familie des Beklagten sei angesichts der Vielzahl von Betreuungspersonen entgegen der Vorinstanz nicht ideal, sondern erscheine einigermaßen unklar (act. 7 S. 9 f.). Daran ist festzuhalten. Auch nach den Schilderungen des Beklagten waren bei ihm in den vergangenen drei Jahren 6 Personen an der Betreuung von C.\_\_\_\_\_ beteiligt (der Beklagte, seine Eltern, seine jetzige Ehefrau, sein Bruder sowie seine Schwägerin, vgl. act. 9 S. 10). Dass damit eine umfassende Betreuung von C.\_\_\_\_\_ stets gewährleistet war (act. 9 S. 10), mag zutreffen, doch es ändert nichts daran, dass diese

Betreuung in der Regel von Familienangehörigen des Beklagten vorgenommen wird und nicht vom Beklagten selber. Die Klägerin kann im Vergleich dazu die Betreuung von C.\_\_\_\_\_ in viel grösserem Umfang persönlich sicherstellen.

- 21 - Dass die Klägerin im August 2012 von ihrer Schwester besucht wurde und danach für drei Monate von ihrer Mutter (Vi-Prot. S. 13 f.), ist daher nicht massgeblich. Aus denselben Gründen sind auch allfällige weitere Besuche einer Schwester der Klägerin (act. 9 S. 10) nicht relevant. Die weiteren Vorwürfe des Beklagten betreffend die Betreuungssituation bei der Klägerin sind unbestimmt und unbelegt. Dies gilt etwa für die Behauptung, wonach bis zu 4 weitere Personen in der Zweizimmer-Wohnung der Klägerin leben würden (Vi-Prot. S. 8). Zur Grösse der Wohnung ist wie bereits zum Beschluss vom 14. Januar 2013 (act. 7 S. 10) anzumerken, dass C.\_\_\_\_\_ auch in der Dreizimmer-Wohnung des Beklagten kein eigenes Zimmer zur Verfügung hat (in der Wohnung gibt es nur ein Kinderzimmer, Vi-Prot. S. 17). Der Beklagte erklärt weiter, mittlerweile sei auch die Klägerin erwerbstätig. Allerdings verdeutlicht er nicht, um was für eine Erwerbstätigkeit es sich handle. Er gibt lediglich an, die Klägerin arbeite nun offenbar jeweils von 8 Uhr bis 15 Uhr (act. 9 S. 11, act. 20 S. 4). Anzunehmen ist, dass es sich dabei um ein weiteres Einsatzprogramm der Stadt Zürich handelt. Diese Arbeitszeiten der Klägerin lassen sich indessen zeitlich deutlich besser mit den Kindergarten- und Hortbesuchen von C.\_\_\_\_\_ abstimmen als die Arbeitszeiten des Beklagten, der teils von 10 Uhr bis 19/20 Uhr, teils von 18 Uhr bis 1 Uhr nachts arbeitet (act. 7 S. 10). Da die Kindergarten- und Hortbesuche von C.\_\_\_\_\_ nach dem Beistand F.\_\_\_\_\_ dem Kindeswohl dienen (act. 17 S. 2), erscheint eine Teilzeiterwerbstätigkeit der Hauptbetreuungsperson tagsüber unproblematisch.

### **E. 3.5.3**

Zusammenfassend spricht die bei der Klägerin in grösserem Umfang mögliche persönliche Betreuung von C.\_\_\_\_\_ durch einen Elternteil für die Obhutszuteilung an die Klägerin.

### **E. 3.6**

Zuteilungswunsch: Der Zuteilungswunsch des Kindes ist angesichts des Alters von C.\_\_\_\_\_ nicht stark zu gewichten. Nur nebenbei ist daher zu erwähnen, dass C.\_\_\_\_\_ gegenüber externen Bezugspersonen offenbar mehrmals den Wunsch äusserte, bei

- 22 - der Klägerin zu leben. Nach den vorliegenden Unterlagen erscheint dies glaubhaft (act. 22 S. 2, act. 4/10). Weitere Abklärungen dazu erübrigen sich im jetzigen Verfahrensstadium.

### **E. 3.7**

Fazit zur Obhutszuteilung:

#### **E. 3.7.1**

Zutreffend ist die Feststellung der Vorinstanz, dass der 6jährige C.\_\_\_\_\_ noch intensive persönliche Betreuung benötigt und dass er den Sorgerechtsstreit um ihn und die damit verbundenen Anfeindungen zwischen den Parteien aus nächster Nähe miterlebt. Es erstaunt daher nicht, dass C.\_\_\_\_\_ nach Angabe der Klägerin durch die Umstände der letzten Jahre völlig verwirrt war und bei der Übergabe zuweilen auch aggressiv reagierte (vgl. act. 3 S. 21). Die aufgezeigte Verwirrung von C.\_\_\_\_\_ ist in nicht unwesentlichem Umfang als Folge der Betreuungssituation beim Beklagten mit einer Mehrzahl von Betreuungspersonen zu betrachten. Hinzu kommen die vorstehend aufgezeigten Vorbehalte an der Erziehungsfähigkeit des Beklagten und seines Umfelds. Von längerfristig beständi-

geren und damit vorteilhafteren Perspektiven für C.\_\_\_\_\_ bei Betreuung durch den Beklagten – wodurch der Nachteil der in grösserem Umfang nötigen Betreuung durch Dritte relativiert würde – kann danach nicht gesprochen werden. Vielmehr vermag die Betreuung im Alltag durch die Klägerin dem Kindeswohl von C.\_\_\_\_\_ besser zu dienen. Diese Einschätzung stimmt mit derjenigen des Beistandes von C.\_\_\_\_\_ überein (act. 17).

### **E. 3.7.2**

Das Kindeswohl hat Vorrang vor der Würdigung des Verhaltens der Eltern im Prozess. Nur nebenbei ist daher auf den von der Vorinstanz erhobenen Vorwurf einzugehen, die Klägerin habe sich die superprovisorische Obhutsumteilung an sich mit der unwahren Angabe, C.\_\_\_\_\_ habe seit Februar 2012 bei ihr gelebt, erschlichen (act. 3 S. 22). Die Rechtsvertreterin der Klägerin hat dies bereits vor der Vorinstanz in Abrede gestellt (Vi-Prot. S. 23). Vor dieser Instanz verwies sie erneut auf ihre bereits in der Eingabe vom 14. September 2012 enthaltene Relativierung, wonach C.\_\_\_\_\_ in dieser Zeit zwar bei ihr angemeldet gewesen sei, bezüglich der Betreuungs- und Besuchssituation aber keine klare Regelung bestanden habe (vgl. act. 2 S. 6 ff.).

- 23 - Entscheidend kommt hinzu, dass die Vorinstanz die bestehende Unklarheit noch vor dem Erlass der superprovisorischen Verfügung ausräumte, indem sie mit dem Beistand von C.\_\_\_\_\_ Kontakt aufnahm (act. 5/5) und die Betreuungsverhältnisse in den Vormonaten von der Rechtsvertreterin der Klägerin telefonisch präzisieren liess (act. 5/6). Der Beklagte hält dem zwar entgegen, die Vorinstanz habe beim Erlass der Verfügung vom 19. September 2012 noch leichtfertig angenommen, C.\_\_\_\_\_ lebe seit Februar 2012 bei der Klägerin (act. 9 S. 8). Diese Schilderung entbehrt indes jeder Grundlage. Nach der Vornahme der erwähnten Abklärungen im Vorfeld des Erlasses der Verfügung vom 19. September 2012 (act. 5/5-6) war der Vorinstanz offenkundig klar, dass C.\_\_\_\_\_ in den vorangegangenen Monaten mehrheitlich beim Vater gelebt, aber dass er die Mutter regelmässig besucht hatte (act. 5/5; in der Verfügung vom 19. September 2012, act. 5/7, werden die entsprechenden Aktennotizen über die vorgenommenen Abklärungen zitiert).

### **E. 3.7.3**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dem Kindeswohl von C.\_\_\_\_\_ gegenwärtig mit einer Zuteilung der Obhut an seine Mutter am besten gedient wird. C.\_\_\_\_\_ ist daher in diesbezüglicher Gutheissung der Berufung für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut der Klägerin zu stellen. 4. Zum Besuchsrecht des Beklagten:

## **E. 4**

Es sei für den Beklagten ein angemessenes Besuchsrecht festzulegen.

### **E. 4.1**

Wochentags- und Wochenend-Besuche:

#### **E. 4.1.1**

Der Beklagte verlangt in der Berufungsantwort für den Fall der Obhutsumteilung an die Klägerin, es sei ihm ein erweitertes Besuchsrecht zu gewähren und er sei berechtigt und verpflichtet zu erklären, C.\_\_\_\_\_ jedes zweite Wochenende von Freitag bis Sonntag sowie jeden Dienstag bis Mittwoch auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (act. 9 S. 2, 17).

#### **E. 4.1.2**

Der Elternteil, dem die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das unmündige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr. Die konkrete Ausgestaltung des Besuchsrechts richtet sich nach dem Kindeswohl. Der persönliche Verkehr mit beiden Elternteilen ist für die psy-

- 24 - chische Entwicklung des Kindes wertvoll. Vorbehalten ist eine allfällige Gefährdung des Kindes (vgl. FamKomm Scheidung-Liatowitsch/Mordasini, 2. Auflage 2011, Anh K, N 48, 65 f., sowie FamKomm Scheidung-Büchler/Wirz, 2. Auflage 2011, Art. 273 ZGB N 13 ff.).

### **E. 4.1.3**

Dass für den Beklagten und C.\_\_\_\_\_ ein Besuchsrecht festzulegen ist, ist im Grundsatz unbestritten. Der Umstand, dass C.\_\_\_\_\_ in der Vergangenheit auch zu einem grossen Anteil beim Beklagten lebte, spricht für ein eher grosszügiges Besuchsrecht – spiegelbildlich zur von der Vorinstanz getroffenen Regelung, welche der Klägerin aufgrund der bisherigen Elternkontakte ebenfalls ein grosszügiges Besuchsrecht gewährte (act. 3 S. 22). Zudem ist davon auszugehen, dass auch die Familienmitglieder des Beklagten für C.\_\_\_\_\_ wichtige Bezugspersonen sind (auch wenn sie aufgrund ihrer Vielzahl als Hauptbetreuungs- personen weniger geeignet sind). Die Vorinstanz gewährte der Klägerin ein Besuchsrecht an jedem zweiten Wochenende von Freitag ab Hortschluss bis Sonntag 19 Uhr, sowie jeden Diens- tag ab Kindergartenschluss bis Mittwochmorgen Kindergartenbeginn (act. 3 S. 22, 27). Nach der Obhutzuteilung an die Klägerin ist für den Beklagten ein Besuchs- recht im entsprechenden Umfang festzulegen. Dies wurde wie bereits erwähnt auf freiwilliger Basis und unter Mitwirkung des Beistands bereits während der Dauer des Berufungsverfahrens so gehandhabt (act. 30 f.). Dass es damit Probleme gegeben hätte, ist nicht ersichtlich und wurde nicht vorgebracht. Daher ist diese Re- gelung beizubehalten.

### **E. 4.2**

Ferien- und Feiertagsbesuche; Auslandsreisen:

#### **E. 4.2.1**

Der Beistand von C.\_\_\_\_\_ äusserte in seiner Stellungnahme vom 18. Februar 2013 die Ansicht, für die Organisation des künftigen Besuchsrechts sei es wichtig, dass die Ferienregelung möglichst detailliert ausgestaltet werde (act. 17 S. 2). Die am 19. September 2012 gegenüber der Vorinstanz noch ange- deutete Gefahr, dass der Beklagte mit C.\_\_\_\_\_ nach Mazedonien ziehen könnte (act. 5), erwähnte der Beistand in der Stellungnahme vom 18. Februar 2013 nicht mehr.

- 25 -

#### **E. 4.2.2**

Dass der Beklagte ein Ferienbesuchsrecht nicht ausdrücklich bean- tragte, ist vor dem Hintergrund der Offizialmaxime in Kinderbelangen (Art. 296 Abs. 3 ZPO) nicht massgeblich. Das Gericht kann die dem Kindeswohl dienenden Anordnungen unabhängig von entsprechenden Anträgen der Parteien treffen. Mit Blick auf das vorstehend zum Besuchsrecht im Allgemeinen Ausgeführte ist offen- kundig, dass neben den üblichen Wochenend-Besuchen und den zusätzlichen Besuchen unter der Woche auch ein Ferienbesuchsrecht dem Kindeswohl dient. Es ist wünschenswert, dass C.\_\_\_\_\_ die Beziehung zu seinem Vater zusätzlich zu den Wochenend- und Wochentagsbesuchen auch

im Rahmen von mehrtägigen Ferienbesuchen vertiefen und intensivieren kann.

#### **E. 4.2.3**

Die Klägerin beantragte vor der Vorinstanz unter anderem, es sei dem Beklagten zu verbieten, mit C.\_\_\_\_\_ während der Dauer des Verfahrens ins Ausland zu reisen. Ferien und Auslandsaufenthalte des Beklagten mit C.\_\_\_\_\_ seien, so der damalige Standpunkt der Klägerin, dringend zu verhindern (act. 5/1, 5/20 S. 8). Im Berufungsverfahren verfolgt die Klägerin diesen Standpunkt indessen nicht mehr. Sie hat sich auch in ihrer Stellungnahme zum Beistandsbericht vom 18. Februar 2013 (worin der Beistand wie erwähnt auf die Notwendigkeit einer Ferienregelung verwies, act. 17) nicht zu einer Ferienregelung geäußert (act. 21). Vielmehr hat die Klägerin dem Beklagten offenbar bereits während der Dauer des vorliegenden Berufungsverfahrens in einem beschränkten Umfang freiwillig ein Ferienbesuchsrecht gewährt (act. 29). Danach ist davon auszugehen, dass die Klägerin im jetzigen Zeitpunkt nicht mehr gegen Ferienbesuche von C.\_\_\_\_\_ beim Beklagten opponiert.

#### **E. 4.2.4**

Bei Schulkindern wird in der Regel ein Ferienbesuchsrecht von zwei bis drei Wochen als angemessen erachtet (BSK ZGB I-Schwenzer, Art. 273 N 15). C.\_\_\_\_\_ wird dieses Jahr 7 Jahre alt und steht damit kurz vor der Einschulung. Entsprechend rechtfertigt sich die Anordnung eines Ferienbesuchsrechts im Umfang von zwei Wochen, dessen Ausübung der Beklagte mindestens zwei Monate im Voraus dem Besuchsrechtsbeistand anzumelden hat.

#### **E. 4.2.5**

Ein zusätzliches Besuchsrecht über die Feiertage wurde vom Beklagten nicht verlangt. Auch der Beistand von C.\_\_\_\_\_ sieht offenbar keine Veranlassung

dafür (er verwies lediglich auf die Wichtigkeit eines klar geregelten Ferienbesuchsrechts, act. 17). Ferner gebietet auch das Kindeswohl von C.\_\_\_\_\_ angesichts der provisorischen Natur des vorliegenden Massnahmeverfahrens keine bestimmte Regelung eines Feiertagsbesuchsrechts. Von einer entsprechenden Anordnung ist daher abzusehen.

#### **E. 4.2.6**

Wie erwähnt, hält die Klägerin am Erlass eines Auslandsreiseverbots nicht mehr fest. Sie erklärte im Berufungsverfahren eher relativierend, im Zeitpunkt, als sie den Antrag auf Erlass des Verbotes gestellt habe (mit Eingabe vom

#### **E. 4.3**

Die Bestätigung der bereits angeordneten Beistandschaft blieb unangefochten. Der Klarheit halber ist mit Blick auf das neu angeordnete Besuchsrecht ihre Weiterführung anzuordnen. 5. Zu den Unterhaltsbeiträgen für C.\_\_\_\_\_:

#### **E. 5**

Die laufende Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB sei beizubehalten.

#### **E. 5.1**

Im vorliegenden Massnahmeverfahren bemisst sich die Grundgebühr nach § 5 Abs. 1 i.V.m. § 9 AnwGebV. Demnach ist die Gebühr im Rahmen zwischen Fr. 280.00 und Fr. 10'660.00 festzusetzen. Nach Erstattung von Berufungsbegründung und Berufungsantwort hatten die Parteien zum Bericht des Beistands von C.\_\_\_\_\_ Stellung zu nehmen. Daher ist ein Zuschlag nach § 11 Abs. 2 AnwGebV zu berechnen. Die weiteren unaufgeforderten

Eingaben der Parteien (act. 29, 33) sind dabei angemessen mit zu berücksichtigen. Zu beurteilen war zum einen die Zuteilung der Obhut über den Sohn C.\_\_\_\_\_ und die damit verbundene Regelung des persönlichen Verkehrs des Be- klagten mit C.\_\_\_\_\_. Die zwischen den Parteien sehr strittige Thematik der elterli- chen Obhut verursachte den Hauptaufwand der Rechtsvertreter. Mit Blick auf das Kindeswohl war eine eingehende Auseinandersetzung mit der familiären Situation der Parteien unerlässlich. Dabei trugen die Rechtsvertreter eine beträchtliche Verantwortung und handelte es sich um einen eher schwierigen Fall. Demgegen- über erwiesen sich die finanziellen Verhältnisse der Parteien als überschaubar. Eine Erhöhung der Gebühr nach Massgabe von § 5 Abs. 2 AnwGebV ist daher nicht geboten. Diesbezüglich sowie mit Blick auf die unstrittige Regelung des per- sönlichen Verkehrs mit C.\_\_\_\_\_ ist eher von einem leichten Fall auszugehen. Den erbrachten Zeitaufwand bezifferten die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Klägerin mit 16.25 Stunden, der unentgeltliche Rechtsbeistand des Beklagten mit 19.58 Stunden. Beides liegt angesichts der konkret zu beurteilenden Verhält- nisse im Rahmen des Angemessenen. Die Gebühr ist entsprechend im unteren bis mittleren Bereich festzusetzen. Für die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Klägerin rechtfertigen sich eine Grundgebühr von Fr. 3'000.00 und ein Zuschlag von Fr. 500.00 für die geschilder- ten zusätzlichen Aufwendungen. Für den unentgeltlichen Rechtsbeistand des Be- klagten ist die Grundgebühr auf Fr. 3'400.00 festzusetzen und ein Zuschlag von Fr. 500.00 auszurichten.

- 38 -

## **E. 5.2**

Die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Klägerin ist vor dem aufge- zeigten Hintergrund zusätzlich zur aus der Gerichtskasse ausbezahlten Parteient- schädigung mit Fr. 3'000.00 zuzüglich Barauslagen von Fr. 120.40 (act. 26) zu entschädigen. Zusätzlich ist der geltend gemachte Mehrwertsteuerzuschlag aus- zuzahlen (vgl. act. 37 sowie das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 über die Mehrwertsteuer, mit Ergänzung vom

### **E. 5.2.2**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Unterhalts- schuldner indes lediglich für seine eigene Person die Sicherung der Existenz be- anspruchen. Er ist somit nur im für ihn allein massgeblichen betriebsrechtli- chen Existenzminimum zu schützen. Grund dafür ist, dass der neue Ehegatte des Unterhaltsschuldners gegenüber dessen Kindern nicht privilegiert werden darf (BGE 137 III 59 E. 4.2.1-2). Lebt der Unterhaltsschuldner in einer neuen Ehe, so ist in seinem Bedarf von den gemeinschaftlichen Kosten lediglich ein auf ihn entfallender Anteil einzu- setzen. Sodann sind keine Positionen einzusetzen, welche Kinder aus der neuen Ehe betreffen (namentlich der betriebsrechtliche Kinderzuschlag und die Krankenkassenprämie). Das so berechnete Existenzminimum des Unterhalts- schuldners alleine ist daraufhin seinem Einkommen gegenüberzustellen. Erst dann ist ein allfälliger Freibetrag unter allen unterhaltsberechtigten Kindern des Unterhaltsschuldners zu verteilen, je nach Massgabe ihrer eigenen Bedürfnisse und der Leistungsfähigkeit des anderen Elternteils (BGE 137 III 59 E. 4.2; BGer 5A\_797/2012 vom 18. März 2013, E. 4.4.4)..

### **E. 5.2.3**

Von einem eigentlichen Vorrang der Unterhaltsansprüche von Kindern aus erster Ehe gegenüber den Unterhaltsansprüchen des neuen Ehegatten ist dabei indes nicht auszugehen

(entgegen Summermatter, Zur Abänderung von Kinderalimenten, FamPra 2012 S. 38 ff., S. 59 FN 123). Das Bundesgericht hat

- 28 - sich zunächst gegen eine Priorität des einen oder anderen Anspruchs geäußert und die Frage in der Folge offen gelassen (BGE 132 III 209 E. 2.3 m.w.Nw.). Seither bemerkt es regelmässig, dass das Gesetz sich nicht zur Frage eines all- fälligen Vorrangs des Unterhalts für minderjährige Kinder vor dem Ehegattenun- terhalt oder umgekehrt äussere (vgl. BGer 5A\_169/2012 vom 18. Juli 2012, E. 3.3 m.w.Nw.). Eine unmissverständliche Priorisierung der Kinderansprüche geht auch aus dem erwähnten BGE 137 III 59 nicht hervor. Indem das Bundesgericht in die- sem Entscheid den Anteil der (gemeinschaftlichen) Wohnkosten im Bedarf des Unterhaltsschuldner nach Massgabe der (hypothetischen oder tatsächlichen) Leistungsfähigkeit des neuen Ehegatten bemass, hat sich das Bundesgericht im- merhin eher gegen eine Priorität des Kindesunterhalts ausgesprochen (BGE 137 III 59 E. 4.2.2). Andernfalls wäre die Leistungsfähigkeit des neuen Ehegatten nicht relevant, und es wäre auf jeden Fall nur der hälftige Anteil des Unterhaltsschuld- ners an den Wohnkosten einzusetzen. Das Bundesgericht ist ferner in BGer 5A\_390/2012 vom 21. Januar 2013 nicht von einem Vorrang der Ansprüche der Kinder ausgegangen: Es erklärte einen Entscheid des Kantonsgerichts Graubün- den, in welchem "mit Rücksicht auf die noch ausstehende Integration der neuen Ehefrau auf dem deutschen Arbeitsmarkt" (der Unterhaltsschuldner lebte mit der neuen Ehefrau in Deutschland) von einer Halbierung von Ehegattengrundbetrag (auf die Lebenskosten in Deutschland umgerechnet) und Wohnkosten abgesehen wurde, nicht als willkürlich (BGer 5A\_390/2012 E. 6.2). Dem entspricht die Praxis der Kammer, die in Fällen der Festsetzung bzw. Abänderung von Kinderunterhaltsbeiträgen beim Vorliegen einer neuen Ehe des Unterhaltsschuldners prüft, in welchem Umfang der neue Ehegatte sich an den Wohnkosten beteiligen kann (vgl. OGer ZH LC120016 vom 13. August 2012, E. III./6.2.4). Bei der Bemessung des Existenzminimums des Beklagten alleine kann so- mit in angemessenem Umfang berücksichtigt werden, inwieweit D.\_\_\_\_\_ in der Lage ist, sich an den gemeinschaftlichen Kosten zu beteiligen. Im Zentrum steht die Anforderung, dass Unterhaltsbeiträge nach pflichtgemäßem Ermessen und nach Recht und Billigkeit festzusetzen sind (Art. 4 ZGB; Meier-Hayoz, Berner

- 29 - Kommentar, N 71-73 zu Art. 4 ZGB; OGer ZH LY110013 vom 7. September 2011, E. II./3.4). Die getroffene Unterhaltslösung muss daher für die gesamte Familie des Beklagten billig sein. Mit Blick auf das prinzipielle Fehlen einer Vor- und Nachrangigkeit im Ver- hältnis Ehegatten- zu Kindesunterhalt wäre es auch denkbar, ein striktes Exis- tenzminimum des Unterhaltsschuldners alleine zu berechnen und den Über- schuss angemessen auf alle beteiligten Unterhaltsgläubiger (Ehegatte und Kinder aus erster und zweiter Ehe) zu verteilen. Da das Bundesgericht jedoch den Ehe- gatten vorab bei der Bemessung des Anteils des Unterhaltsschuldners an den gemeinschaftlichen Kosten angemessen berücksichtigt, wird auch vorliegend so vorgegangen.

### **E. 5.3**

Der unentgeltliche Rechtsbeistand des Beklagten ist entsprechend aus der Gerichtskasse mit Fr. 3'900.00 zuzüglich Barauslagen von Fr. 87.00 (act. 34) zu entschädigen. Zusätzlich ist auch hier der geltend gemachte Mehrwertsteuer- zuschlag auszuzahlen. Es wird erkannt: 1. In Gutheissung der Berufung der Klägerin werden die Dispositiv-Ziffern 5 und 6 der Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. November 2012 aufgehoben und durch die folgenden Fas- sungen ersetzt: "5. Das Kind

C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens unter die Obhut der Klägerin gestellt. 6. Der Beklagte ist berechtigt, das Kind C.\_\_\_\_\_ wie folgt auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen: – jedes zweite Wochenende von Freitag ab Hortschluss bis Sonntag 19 Uhr, – jeden Dienstag ab Kindergartenschluss bis Mittwochmorgen Kindergartenbeginn, sowie – für die Dauer von zwei Wochen während der Schul- bzw. Kindergartenferien von C.\_\_\_\_\_, wobei der Beklagte die Ausübung des Ferienbesuchsrechts mindestens zwei Monate im Voraus dem Besuchsrechtsbeistand anzumelden hat."

- 39 - 2. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung von C.\_\_\_\_\_ Unterhaltsbeiträge von Fr. 500.00 pro Monat zu bezahlen, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, zahlbar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, für die Zeit ab 21. September 2012 bis 15. November 2012 sowie ab 15. Januar 2013 für die weitere Dauer des Verfahrens. 3. Die im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtete Beistandschaft wird fortgeführt. Dem Beistand werden die folgenden Aufgaben übertragen: – Organisation des vom Gericht angeordneten Besuchsrechts sowie – Überwachung der Durchführung desselben. 4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.00 festgesetzt. 5. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden zu fünf Zwölftel der Klägerin und zu sieben Zwölftel dem Beklagten auferlegt und infolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht der Parteien nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 6. Der Beklagte wird verpflichtet, der Rechtsbeistandin der Klägerin, Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_, eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 600.00 zuzüglich Fr. 48.00 (8 % Mehrwertsteuer auf Fr. 600.00) also total Fr. 648.00 zu bezahlen. 7. Die Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ zugesprochene, voraussichtlich uneinbringlichen Prozessentschädigung von total Fr. 648.00 wird der Rechtsbeistandin aus der Gerichtskasse ausbezahlt. Der Anspruch auf die uneinbringliche Prozessentschädigung geht an den Kanton Zürich (Obergerichtskasse) über (Art. 122 Abs. 2 ZPO). 8. Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ wird für ihre Bemühungen und Barauslagen als unentgeltliche Rechtsbeistandin der Klägerin im Berufungsverfahren zusätzlich zur Auszahlung der voraussichtlich uneinbringlichen Prozessent-

- 40 - schädigung mit Fr. 2'900.00 zuzüglich Barauslagen von Fr. 120.40 sowie Fr. 241.65 (8 % Mehrwertsteuer auf Fr. 3'020.40) also total Fr. 3'262.05 aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Nachzahlungspflicht der Klägerin gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten. 9. Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Beklagten im vorliegenden Berufungsverfahren mit Fr. 3'900.00 zuzüglich Barauslagen von Fr. 87.00 sowie Fr. 318.95 (8 % Mehrwertsteuer auf Fr. 3'987.00), also total Fr. 4'305.95, aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Nachzahlungspflicht des Beklagten gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten. 10. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an den Beistand F.\_\_\_\_\_ sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein. 11. 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, in einem

Massnahmeverfahren im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 41 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: lic. iur. T. Engler versandt am:

### **E. 5.3.1**

Der Beklagte macht in der Berufungsantwort den folgenden Bedarf geltend (act. 9 S. 18 f.; exkl. Positionen betreffend C.\_\_\_\_, da diese bei der Obhutszuteilung an die Klägerin bei dieser zu berücksichtigen sein werden): Grundbetrag Eheleute Fr. 1'700.00 Grundbetrag E.\_\_\_\_ Fr. 400.00 Mietzins Fr. 1'850.00 Krankenkasse Beklagter Fr. 268.80 Krankenkasse Ehefrau Fr. 333.90 Krankenkasse E.\_\_\_\_ Fr. 83.70 Telefon/Internet Fr. 120.00 Gebühren Radio/TV Fr. 38.00 Hausratversicherung Fr. 40.00 Autokosten (für Erwerbstätigkeit der neuen Ehefrau) Fr. 200.00 ÖV-Abo (für Erwerbstätigkeit des Beklagten) Fr. 59.25 Auswärtige Verpflegung Fr. 200.00 Steuern Fr. 340.00 Schulden Fr. 644.45 Gesamtbedarf Fr. 6'278.10

- 30 -

### **E. 5.3.2**

Nach dem Gesagten ist dem Beklagten indes lediglich ein angemessener Teil des Ehegattengrundbetrags und der Wohnkosten anzurechnen. D.\_\_\_\_ erzielt nach der belegten Schilderung des Beklagten mit Reinigungsarbeiten ein Einkommen von netto monatlich Fr. 1'400.00 (vgl. nachfolgend II./5.5.4). Angesichts des Alters des im Sommer 2012 geborenen Sohnes E.\_\_\_\_ ist ihr kein höheres Einkommen anzurechnen. Mit diesem Einkommen vermag D.\_\_\_\_ neben der Deckung des hälftigen Ehepaargrundbetrags von Fr. 850.00 lediglich einen geringfügigen Anteil von ca. Fr. 300.00 an die Wohnkosten zu bezahlen. Beim Beklagten sind daher ein Grundbetrag von Fr. 850.00 und Wohnkosten von Fr. 1'500.00 einzusetzen. Von den weiteren geltend gemachten Positionen sind alle die Ehefrau und den Sohn E.\_\_\_\_ betreffenden Positionen zu streichen. Die weiteren gemeinschaftlichen Kosten sind dem Beklagten lediglich hälftig anzurechnen. Dies gilt unabhängig davon, ob D.\_\_\_\_ einen hälftigen Anteil bezahlen kann. Die Deckung ihres Unterhalts ist lediglich angemessen mit zu berücksichtigen, was durch die vorstehend aufgezeigte Aufteilung von Grundbetrag und Wohnkosten geschehen ist. Eine weitere Berücksichtigung ihrer Bedarfspositionen würde sie im Verhältnis zu C.\_\_\_\_ unverhältnismässig privilegieren. Zu streichen ist sodann der Betrag für die auswärtige Verpflegung. Dem Beklagten wird von seinem Einkommen ein Betrag von monatlich Fr. 230.00 für die Verpflegung abgezogen (act. 15/1; vgl. auch Vi-Prot. S. 21). Ferner sind die Steuern zu streichen, da diese in knappen Verhältnissen praxisgemäss nicht berücksichtigt werden (FamKomm Scheidung-Vetterli, 2. Auflage 2011, Art. 176 ZGB N 33). Zu den geltend gemachten Schuldabzahlungen verweist der Beklagte auf einen Kreditvertrag mit der GE Money Bank über einen Betrag von Fr. 28'000.00 (act. 9 S. 19, act. 10/7). Zu welchem Zweck der Beklagte den geltend gemachten Kredit aufnahm, ist nicht ersichtlich, geht aus den eingereichten Unterlagen nicht hervor und wurde auch vom Beklagten nicht verdeutlicht. Entsprechende Abzahlungsraten sind im Bedarf nicht zu berücksichtigen, weil sie den Kinderunterhalts-

- 31 - beitragen nachgehen (FamKomm Scheidung-Wullschleger, 2. Auflage 2011, Art. 285 N 42 a.E.; vgl. auch OGer ZH LY110013 vom 7. September 2011, E. II./5.2.3). Auf die

Höhe der Krankenkassenprämie ist nicht weiter einzugehen. Die Frage einer allfälligen Prämienverbilligung stellt sich bei beiden Parteien gleich-ermassen (vgl. betr. den Beklagten Vi-Prot. S. 21). Auch der Klägerin wird im vorliegend massgeblichen Bedarf die volle Krankenkassenprämie der KVG-Versicherung angerechnet.

### **E. 5.3.3**

Das Gesagte führt zur nachfolgend aufgezeigten Bedarfsrechnung des Beklagten:  
Grundbetrag Beklagter Fr. 850.00 Mietzinsanteil Fr. 1'500.00 Krankenkasse Beklagter Fr. 268.80 Telefon/Internet Fr. 60.00 Gebühren Radio/TV Fr. 19.00 Hausratversicherung Fr. 20.00 ÖV-Abo (für Erwerbstätigkeit des Beklagten) Fr. 59.25 Gesamtbedarf Fr. 2'777.05

### **E. 5.4**

Leistungsfähigkeit des Beklagten: Dem geschilderten Bedarf des Beklagten ist sein Einkommen gegenüber zu stellen. Der Rechtsvertreter des Beklagten beziffert den durchschnittlichen monatlichen Nettolohn des Beklagten aus seiner Tätigkeit im Club Restaurant ... mit Fr. 4'200.00 (act. 9 S. 19). Der Beklagte selber gab gegenüber der Vorinstanz dagegen ein Bruttoeinkommen von Fr. 4'200.00 an (Vi-Prot. S. 21). Diese Zahl ergibt sich auch aus den eingereichten Unterlagen. Danach ist von einem Nettobetrag von Fr. 3'767.85 monatlich auszugehen (act. 15/1). Daraus ergibt sich ein Überschuss von Fr. 990.00. Dieser Betrag ist gestützt auf die geschilderte Praxis nach Massgabe ihrer Bedürfnisse auf die Kinder E.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ aufzuteilen. Mit in die Betrachtung einzubeziehen ist auch

- 32 - die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Elternteile, also der Klägerin auf der einen Seite und der neuen Ehefrau des Beklagten auf der anderen Seite.

### **E. 5.5**

Leistungsfähigkeit des jeweils anderen Elternteils (der Klägerin bzw. von D.\_\_\_\_\_):

#### **E. 5.5.1**

Die Klägerin beziffert ihren Bedarf wie folgt (act. 2 S. 26 i.V.m. act. 5/20 S. 10):  
Grundbetrag Klägerin Fr. 1'350.00 Kindergrundbetrag Fr. 400.00 Mietzins Fr. 950.00 Krankenkasse Klägerin Fr. 359.00 Krankenkasse C.\_\_\_\_\_ Fr. 90.00 Telefon/Billag Fr. 120.00 Versicherungen Fr. 30.00 Kinderbetreuungskosten geschätzt Fr. 500.00 Fahrtkosten öV Fr. 79.00 Gesamtbedarf Fr. 3'878.00

#### **E. 5.5.2**

Auch auf Seiten der Klägerin ist für die Beurteilung der (finanziellen) Leistungsfähigkeit auf einen Bedarf ohne Positionen betreffend C.\_\_\_\_\_ abzustellen. Auszugehen ist für diese hypothetische Berechnung von einem Alleinstehendgrundbetrag. Dies führt zum folgenden Gesamtbedarf der Klägerin alleine: Grundbetrag Klägerin Fr. 1'200.00 Mietzins Fr. 950.00 Krankenkasse Klägerin Fr. 359.00 Telefon/Billag Fr. 120.00 Versicherungen Fr. 30.00 Fahrtkosten öV Fr. 79.00 Gesamtbedarf Fr. 2'738.00

#### **E. 5.5.3**

Wie bereits erwähnt, ist die Klägerin nach der Schilderung des Beklagten mittlerweile auch erwerbstätig, in Rahmen eines Teilzeitspensums jeweils von

- 33 - 8 Uhr bis 15 Uhr. Um was für eine Erwerbstätigkeit es sich handelt, verdeutlicht der (anwaltlich vertretene) Beklagte nicht. Insbesondere macht der Beklagte nicht geltend, die

Klägerin sei aufgrund dieses Einkommens in der Lage, ihren eigenen Bedarf inkl. die Kosten ihrer Wohnung zu decken und darüberhinaus für den Bar-Unterhalt von C.\_\_\_\_\_ (teilweise) aufzukommen (vgl. vorne II./3.5.2). Die Vorinstanz erwog wie bereits erwähnt (vorne II./3.5.1), die Klägerin werde von den sozialen Diensten der Stadt Zürich unterstützt und habe nach der Trennung vom Beklagten in Einsatzprogrammen der Stadt gearbeitet. Für die Zukunft seien weitere Besuche solcher Programme vorgesehen (act. 3 S. 20). Dies ist unbestritten. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass es sich bei der aktuellen Tätigkeit der Klägerin um ein weiteres Einsatzprogramm der Stadt Zürich handelt. Dass die Klägerin damit ihren vorstehend aufgezeigten eigenen Bedarf vollständig decken kann und darüber hinaus für den Bar-Unterhalt von C.\_\_\_\_\_ leistungsfähig wäre, ist nicht anzunehmen. Ohnehin stellt die Klägerin bereits mit der in natura geleisteten Betreuung und Erziehung von C.\_\_\_\_\_ einen wesentlichen Teil des Unterhalts von C.\_\_\_\_\_ sicher. Die Klägerin trägt damit einen angemessenen Teil der Unterhaltslast.

#### **E. 5.5.4**

Mit Blick auf die Deckung des Unterhalts von E.\_\_\_\_\_ und eine diesbezügliche Leistungsfähigkeit der Mutter von E.\_\_\_\_\_ gilt dasselbe. D.\_\_\_\_\_ arbeitet nach der Schilderung des Beklagten wie bereits erwähnt abends als Reinigungsangestellte und erzielt damit ein Einkommen von Fr. 1'400.00 pro Monat (act. 9 S. 20, act. 15/2). Betreffend beide Kinder des Beklagten ist somit festzuhalten, dass der jeweilige andere Elternteil neben der in natura geleisteten Erziehung und Betreuung nicht als leistungsfähig betrachtet werden kann. Der verbleibende Bar-Unterhalt der beiden Kinder muss daher, soweit möglich und zumutbar, vom Beklagten abgedeckt werden.

#### **E. 5.6**

Berechnung des Unterhaltsbeitrags: Wie gesehen, verbleibt für die Deckung des Unterhalts der Kinder C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ vom Einkommen des Beklagten ein Überschuss von knapp Fr. 1'000.00. Damit lassen sich gerade etwa die Kinderzuschläge nach dem er-  
- 34 -  
wähnten Kreisschreiben von je Fr. 400.00 und die Krankenkassenprämien bezahlen. Es erscheint daher angemessen, den Überschuss hälftig zwischen den beiden Kindern zu teilen. Eine weitere Bestimmung des konkreten Bedarfs von C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ kann danach unterbleiben. Dies führt zu einem Unterhaltsbeitrag für C.\_\_\_\_\_ von Fr. 500.00 pro Monat. Es ist gerichtsnotorisch, dass mit einem Unterhaltsbeitrag in dieser Höhe nicht der gesamte Unterhaltsbedarf eines Kindes abgedeckt werden kann. Auch nach Abzug der in natura erbrachten Position "Pflege und Erziehung" in den Zürcher Tabellen verbleibt für ein Einzelkind in der einschlägigen Altersgruppe noch ein Unterhaltsbedarf Fr. 1'300.00. Auch wenn berücksichtigt wird, dass die Position "Unterkunft" des Kinderbedarfs bereits in den Bedarfsrechnungen der Parteien enthalten ist, und sodann der verbleibende Betrag angesichts der knappen Verhältnisse reduziert wird – die Zürcher Tabellen betreffen Verhältnisse des gehobenen Mittelstandes – muss noch ein deutlich höherer Betrag als Fr. 500.00 resultieren. Daher ist die Kinderzulage (die vom Gesamtbedarf nach der Praxis vorab abzuziehen wäre, vgl. vgl. BGE 137 III 59 E. 4.2.3) zusätzlich zum Unterhaltsbeitrag von Fr. 500.00 zu bezahlen. Der Beklagte hat bei seiner früheren Anstellung beim ... eine Kinderzulage für C.\_\_\_\_\_ erhalten (act. 5/3/3; vgl. auch act. 5/3/5). Ob der Beklagte die Kinderzulage auch bei der aktuellen Anstellung bei ... AG noch bezieht, geht aus der Lohnabrechnung vom 1. Januar 2013 (act. 15/1) nicht hervor. Die Frage muss nicht abschliessend geklärt werden. Sollte der Beklagte eine Kinderzulage für C.\_\_\_\_\_ beziehen,

hat er sie mit dem Unterhaltsbeitrag für C.\_\_\_\_\_ an die Klägerin zu überweisen (Art. 285 Abs. 2 ZGB). Bezieht er dagegen keine solche Zusage, bleibt es dessen ungeachtet beim vorstehend errechneten Unterhaltsbeitrag, da der Beklagte ohnehin aufgrund seiner finanziellen Verhältnisse nicht mehr zu leisten in der Lage ist. Der Beklagte ist daher in teilweiser Gutheissung der Berufung zu verpflichten, der Klägerin für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung von C.\_\_\_\_\_ monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 500.00 zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen.

- 35 -

### **E. 5.7**

Beginn der Unterhaltspflicht: Die Klägerin beantragt die Zusprechung von Kindesunterhaltsbeiträgen ab der Zuteilung der Obhut an sie (act. 2 S. 2). Entsprechend ist der Beklagte für die Zeit ab 21. September 2012 (act. 5/9/2) bis 15. November 2012 (act. 5/26/1-4) sowie ab 15. Januar 2013 (act. 8/1) zur Bezahlung der erwähnten monatlichen Kindesunterhaltsbeiträge an die Klägerin zu verpflichten. III. 1. Es rechtfertigt sich, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden und nicht bis zum Endentscheid zuzuwarten (Art. 104 Abs. 3 ZPO). 2. Die Kosten des Berufungsverfahrens müssen in der Regel von der unterliegenden Partei getragen werden (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Obergerichtes sind indes die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf Kinderbelange – unabhängig vom Verfahrensausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses achtenswerte Gründe zur Antragstellung hatten. Dies gilt vorliegend mit Blick auf die Zuteilung der elterlichen Obhut und die Regelung des Besuchsrechts, die im vorliegenden Verfahren etwa mit zwei Drittel zu gewichten ist. Davon haben die Parteien je die Hälfte, d.h. gemessen am Total der Kosten je ein Drittel zu tragen. Das die Unterhaltsbeiträge betreffende Drittel der Kosten ist dagegen nach dem Obsiegen und Unterliegen der Parteien zu verteilen. Die Klägerin verlangte Kindesunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 650.00, der Beklagte demgegenüber (für den Fall der Zuteilung der Obhut an die Klägerin) ein Absehen von der Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen. Diesbezüglich unterliegt der Beklagte somit zu rund drei Viertel (Fr. 500.00 / Fr. 650.00). Insgesamt hat damit die Klägerin die Kosten im Umfang von fünf Zwölftel zu tragen (4/12 betreffend Obhut und Besuchsrecht, 1/12 betreffend Unterhalt) und

- 36 - der Beklagte im Umfang von sieben Zwölftel (4/12 betreffend Obhut und Besuchsrecht, 3/12 betreffend Unterhalt). Entsprechend ist der Klägerin eine auf einen Sechstel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebür richtet sich nach § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 sowie § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 8. September 2010 (GebV OG). Für die Bemessung der Parteientschädigung sind § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung des Obergerichtes über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) massgeblich. 4. Wie eingangs erwähnt, hat die Kammer beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege mit Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeistandin bzw. eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes gewährt (vorne I./5., I./8.). Die Kosten des Berufungsverfahrens sind daher einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht der Parteien nach Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten. Die der Klägerin aufgrund ihres Obsiegens geschuldete (reduzierte) Parteientschädigung steht infolge prozessrechtlicher Legalzession direkt ihrer unentgeltlichen Rechtsbeistandin zu

(ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N 12). Allerdings sind beide Parteien nach dem Gesagten mittellos. Dies führt zur Annahme, dass die Parteientschädigung uneinbringlich ist. Sie ist der Rechtsvertreterin daher aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Der Anspruch auf die voraussichtlich uneinbringliche Parteientschädigung geht dadurch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO). 5. Nachdem beide unentgeltlichen Rechtsvertreter ihre Aufwandübersicht eingereicht haben (act. 25 f., 33 f.), kann über ihre Entschädigung entschieden werden. Dabei ist auf die Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) abzustellen (vgl. 23 AnwGebV). Der notwendige Zeitaufwand ist neben dem Streitwert bzw. Interessewert, der Verantwortung der Anwältin bzw. des

- 37 - Anwaltes und der Schwierigkeit des Falles lediglich ein Bemessungskriterium unter mehreren (vgl. § 2 AnwGebV).

#### **E. 6**

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin an den Unterhalt und die Erziehung des Kindes C.\_\_\_\_\_ mit Wirkung ab 1. Oktober 2012 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 650.00 zuzüglich Kinderzulage zu zahlen.

#### **E. 7**

Der Kinderunterhalt sei gerichtsüblich zu indexieren.

#### **E. 8**

Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten." Im Weiteren ersuchte die Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin und stellte das folgende Begehren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen (vgl. act. 5/1 S. 2 f.): "1. a) Das Kind C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, sei für die Dauer des Verfahrens unter die elterliche Sorge der Klägerin zu stellen. Eventualiter sei es unter ihre Obhut zu stellen. b) Diese vorsorgliche Massnahme sei im Sinne von Art. 265 ZPO superprovisorisch ohne Anhörung des Beklagten zu erlassen. 2. a) Es sei dem Beklagten für die Dauer des Verfahrens ein angemessenes Besuchsrecht einzuräumen. b) Es sei dem Beklagten unter Androhung von Art. 292 StGB zu verbieten, während der Dauer des Verfahrens mit dem Kind ins Ausland zu reisen.

- 4 - 3. Die Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB sei beizubehalten. 4. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin an den Unterhalt und die Erziehung des Kindes monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 650.00 zu zahlen, zahlbar rückwirkend ab 1. März 2012." Mit Verfügung vom 19. September 2012 verweigerte die Vorinstanz den Urteilen aus Mazedonien in Bezug auf die Kinderbelange die Anerkennung und stellte C.\_\_\_\_\_ im Sinne einer superprovisorischen Anordnung mit sofortiger Wirkung unter die alleinige Obhut der Klägerin. Gleichzeitig wurde dem Beklagten ebenfalls superprovisorisch ein Wochenendbesuchsrecht gewährt (act. 5/7). 3. Mit Verfügung vom 12. November 2012 gewährte die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege mit Bestellung unentgeltlicher Rechtsbeiständinnen. Gleichzeitig nahm die Vorinstanz davon Vormerk, dass die Parteien mit Urteil des Grundgerichts Kumanovo vom 13. Mai 2008 rechtskräftig geschieden seien, und verweigerte den Urteilen aus Mazedonien in Bezug auf die Kinderbelange die Anerkennung. Im Übrigen verfügte die Vorinstanz am

#### **E. 12**

September 2012), sei ihr erst gerade bekannt geworden, dass der Beklagte im Sommer 2012 erneut ein Urteil produziert habe, womit er sich in Mazedonien als Sorgeberechtigter

ausweisen könne. Daher sei damals mit weiteren Schwierigkeiten zu rechnen gewesen und habe auch der Beistand ein hohes Risiko gesehen, dass der Beklagte mit C.\_\_\_\_\_ nach Mazedonien gehen würde (act. 2 S. 24). Implizit räumt die Klägerin damit ein, dass sie heute nicht mehr mit solchen Schwierigkeiten rechnet. Andernfalls wäre es an der anwaltlich vertretenen Klägerin gewesen, vor dieser Instanz erneut einen entsprechenden Antrag zu stellen. Eine konkrete, aktuelle Gefahr, dass der Beklagte C.\_\_\_\_\_ ins Ausland verbringen könnte, ist angesichts der Integration des Beklagten in der Schweiz denn auch nicht ersichtlich. Das frühere Verhalten des Beklagten, auf das vorstehend eingegangen wurde (vgl. vorne II./3.4), war diesbezüglich zwar nicht unproblematisch, doch es genügt für sich alleine nicht, um eine aktuelle Entführungsgefahr zu begründen.

#### **E. 17**

September 2010).

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