

ZH_OBERGERICHT LC230044 vom 5. Dezember 2023

ZH Obergericht, 2023-12-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC230044

FR: ZH_OBERGERICHT LC230044 du 5 décembre 2023

IT: ZH_OBERGERICHT LC230044 del 5 dicembre 2023

Erwägungen

E. 1

Ausgangslage und Verfahrensverlauf

E. 1.1

Die Parteien heirateten am tt.mm.2010. Sie sind die Eltern von C._____, geb. tt.mm.2011, und D._____, geb. tt.mm.2015. Bereits im Juli 2012 war es zwischen den Parteien zu einer Trennung und einem ersten Eheschutzverfahren gekommen (act. 6/4/1-50; Geschäfts-Nr. EE120036-H). Nach einer zwischenzeitlichen Wiedervereinigung kam es im Oktober 2016 erneut zur Trennung und einem erneuten Eheschutzverfahren (act. 6/1-33; Geschäfts-Nr. EE160032-H).

E. 1.2

Am 25. Juni 2019 reichte der Kläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon (nachfolgend Vorinstanz) ein Scheidungsbegehren ein. Nachdem die Vergleichsbemühungen im Rahmen der Einigungsverhandlung gescheitert waren und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Pfäffikon dem Gericht die Akten zugestellt hatte (act. 28), hörte die Vorinstanz die Kinder an (act. 29). In der Folge wurde Rechtsanwältin MLaw Z._____ für das Scheidungsverfahren als Kindesvertreterin ernannt (act. 41). Nach Erstattung der schriftlichen Klagebegründung und Klageantwort lud die Vorinstanz die Parteien zur Hauptverhandlung vor. In der Zwischenzeit reichten der ehemalige wie auch der neue Be-suchtsrechtsbeistand je einen Bericht und die Kindesvertreterin eine Stellungnahme ins Recht (act. 57-59/1-8, 64, 67). Die Hauptverhandlung fand am 14. Dezember 2020 statt. Sie wurde nach den ersten Parteivorträgen und der persönlichen Befragung der Parteien unterbrochen und es wurde eine Intensivabklärung angeordnet (Prot. Vi S. 56 f., act. 77, 79 und 83). Der KOFA-Abklärungsbericht lag am 12. April 2021 vor (act. 87). Die Fortsetzung der Hauptverhandlung musste mehrfach verschoben werden und wurde schliesslich am 25. Februar 2022 abgehalten. Der Kläger stellte ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen und die Parteien hielten je ihre zweiten Parteivorträge (Prot. Vi S. 65 ff.). Die Vorinstanz liess den Parteien in der Folge einen Vereinbarungsentwurf betreffend vorsorgliche Anordnung einer Familienbegleitung zukommen, den

- 7 - der Kläger ablehnte (act. 172, 175). Mit Verfügung vom 11. Juli 2022 wurde den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und ihre Rechtsvertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände bestellt (act. 169). Mit Schreiben vom 2. September 2022 zog der Kläger sein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen zurück (act. 183). Am 17. Oktober 2022 unterbreitete die Vorinstanz den Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag, worauf sich die Parteien auf eine Teilvereinbarung über den Scheidungspunkt, das gemeinsame Sorgerecht für ihre Kinder, die Zuteilung der Obhut an die Beklagte und das

Besuchsrecht des Klägers einigten (act. 196, 200, 206 und 208). Die Regelung der Kinderunterhaltsbeiträge sowie die güterrechtliche Auseinandersetzung blieben strittig. Die Vorinstanz fällte am 28. Dezember 2022 das vorstehend auszugsweise wiedergegebene Urteil (act. 229). Das begründete Scheidungsurteil wurde den Parteien am 1. September 2023 zugestellt (act. 225/1-2).

E. 1.3

Gegen dieses Urteil erhob der Kläger am 2. Oktober 2023 beim Obergericht des Kantons Zürich Berufung (act. 227). Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1–225) und den Parteien wurde der Eingang der Berufung angezeigt (act. 230). Da sich die Berufung als unbegründet erweist, erübrigt sich die Einholung einer Berufungsantwort. Das Verfahren ist spruchreif.

- 8 -

E. 2

Prozessuales

E. 2.1

Rechtsmittelvoraussetzungen Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen, ob die Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt sind. Die vorliegende Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO) und wurde rechtzeitig, mit einer Begründung und mit Anträgen versehen beim Obergericht eingereicht (Art. 311 ZPO). Der Kläger ist sodann ohne weiteres zur Berufung legitimiert.

E. 2.2

Gegenstand des Berufungsverfahrens Die Berufung richtet sich ausschliesslich gegen die erstinstanzliche Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge und die Kostenverteilung.

E. 2.3

Überprüfung durch die Berufungsinstanz

E. 2.3.1

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung sowie die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Dabei hat sich die Berufung führende Partei mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheides auseinanderzusetzen und aufzuzeigen, inwiefern sie den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein, was voraussetzt, dass die vorinstanzlichen Erwägungen, die angefochten werden, im Einzelnen bezeichnet werden und die Aktenstücke genannt werden, auf denen die Kritik beruht. Blosser Hinweis auf die Vorakten und pauschale Kritik am ergangenen Entscheid sowie Wiederholungen des bereits Vorgebrachten genügen nicht. Soweit Rügen konkret vorgebracht worden sind, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

E. 2.3.2

Die Berufungsinstanz überprüft den angefochtenen Entscheid sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht frei. Sie verfügt über volle Kognition (Art. 310 ZPO) und ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung des vorinstanzlichen Entscheides gebunden (vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.1. und 130 III 136 E. 1.4.). Sie kann sich aber darauf

beschränken, die Beanstandungen zu beurteilen, welche die Parteien in ihren schriftlichen Begründungen

- 9 - gegen das erstinstanzliche Urteil erheben (BGer 5A_635/2015 vom 21. Juni 2016 E. 5 unter Hinweis auf BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; REETZ/THEILER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, 3. Aufl. 2016, Art. 310 N 5 und 6; BGE 138 III 374 E. 4.3.1.; OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011 E. 2.2.1. = ZR 110/2011 Nr. 80, S. 246).

E. 2.4

Noven Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Zu beachten bleibt jedoch trotz des Ausschlusses von Art. 229 Abs. 3 ZPO für das Berufungsverfahren, dass auch die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten von Amtes wegen zu erforschen hat (Art. 296 Abs. 1 ZPO) und daher von sich aus noch Untersuchungen anstellen kann bzw. muss (vgl. BGer 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016 E. 2). Dies führt dazu, dass in Kinderbelangen Noven in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO grundsätzlich auch noch im Berufungsverfahren unbeschränkt bis zum Beginn der Urteilsberatung zuzulassen sind (BGE 144 III 349, E. 4.2.1; OGer ZH, LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1; LY150026 vom 4. März 2016, E. II.4; LY160035 vom 14. Dezember 2016, E. 2.3; LY160050 vom 18. April 2017, E. II.3.2).

E. 3

Kinderunterhaltsbeiträge

E. 3.1

Der Kläger macht in der Berufung geltend, die Vorinstanz habe seine Einkommenssituation falsch abgeklärt und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum hypothetischen Einkommen rechtlich falsch gewürdigt, als sie ausgehend von seinem tatsächlich erzielten Einkommen (80 %-Pensum) ein hypothetisches Einkommen zu einem 100 %-Pensum von Fr. 5'600.– netto inkl. 13. Monatslohn angenommen habe. Seit dem 1. Januar 2023, und damit nach Erlass des Urteils der Vorinstanz, arbeite er zu einem Lohn von Fr. 5'200.– brutto (inkl. 13. Monatslohn) bzw. Fr. 4'631.– netto (inkl. 13. Monatslohn). Dabei handle es sich um ein echtes Novum, welches mit den eingereichten Beilagen belegt werden könne. Bei

- 10 - einem 100 %-Pensum könne nicht hypothetisch ein höheres Einkommen an gerechnet werden, zumal er bei der E._____ arbeite und als Fachmitarbeiter Gesundheit FAGE gemäss den Richtlinien des Schweizerischen Heimverbands und der E._____ marktgerecht und marktüblich entlohnt werde. Trotz Markt gebe es keine Möglichkeit für ihn, einen höheren Lohn zu erzielen. Es sei deshalb für die Unterhaltsberechnung von dem von ihm tatsächlich erzielten Einkommen von Fr. 4'631.– auszugehen. Nach Abzug des von der Vorinstanz ermittelten Bedarfs resultiere eine Leistungsfähigkeit von Fr. 940.– für beide Kinder (act. 227).

E. 3.2

Grundsätzlich ist bei der Bestimmung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses

Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (statt vieler BGer 5A_592/2018 vom 13. Februar 2019 E. 3.1; BGE 137 III 118 E. 2.3). Im Verhältnis zu minderjährigen Kindern und insbesondere bei knappen finanziellen Verhältnissen, wie hier, sind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen (BGE 137 III 118 E. 3.1). Dem Unterhaltspflichtigen steht es nicht frei, auf ein bei zumutbarer Anstrengung erzielbares 100% Einkommen zu verzichten (BGer 5A_899/2019 vom 17. Juni 2020 E. 2.2.2.). Die Lage auf dem Arbeitsmarkt gehört neben der beruflichen Qualifikation, dem Alter und dem Gesundheitszustand zu den bestimmenden Faktoren des anzurechnenden Einkommens (BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2; BGer 5A_668/2014 vom 11. Mai 2015 E. 3.2.1).

E. 3.3

Die Vorinstanz hielt mit Blick auf die Leistungsfähigkeit des Klägers zusammengefasst fest, er sei gemäss der Bestätigung seines Therapeuten sowie gemäss seinen eigenen Aussagen seit Oktober 2019 wieder zu 100 % arbeitsfähig. Weder die Betreuung der Kinder noch der von ihm behauptete Mangel an 100 %- Stellen als Fachperson Gesundheit änderten etwas daran, dass der Kläger seine Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen müsse. Spätestens seit der Corona-Epidemie bestehe in der Schweiz ein akuter Fachkräftemangel gerade im Bereich Gesundheit. Daher werde es für den Kläger ein Leichtes sein, sein Arbeitspensum von derzeit 80 % auf 100 % zu erhöhen. Ausgehend von dem vom Kläger bei der Stif-

- 11 - tung zur F._____ im Jahr 2021 erzielten monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 4'491.45 (80 % Pensum) resultiere bei einem 100 % Pensum ein monatlicher Nettolohn von Fr. 5'614.30 (inkl. 13. Monatslohn und Verpflegungsabzug). Gemäss dem statistischen Lohnrechner des Bundes betrage der Medianlohn einer (männlichen) Person (Schweizer Bürger) mit abgeschlossener Berufsbildung im Bereich Gesundheit und 15-jähriger Berufserfahrung ohne Kaderfunktion sowie inkl. 13. Monatslohn sogar Fr. 6'719.– brutto. Gestützt auf diese Überlegungen rechnete die Vorinstanz dem Kläger ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'600.– (inkl. 13. Monatslohn) an (act. 229 S. 29 ff.).

E. 3.4

Bei dem vom Kläger geltend gemachten Einkommen handelt es sich um ein sog. echtes Novum, das im Berufungsverfahren bei der Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge grundsätzlich zu berücksichtigen ist, gilt doch die Untersuchungsmaxime auch zugunsten des Unterhaltsverpflichteten. Dies ändert indes nichts daran, dass sich der Kläger in der Berufungsbegründung zu den Umständen des per 1. Januar 2023 erfolgten Stellenwechsels hätte äussern müssen. Entsprechende Ausführungen wären nicht nur deshalb zu erwarten gewesen, weil das neue Einkommen des Klägers deutlich unter dem von der Vorinstanz festgelegten hypothetischen Einkommen liegt, sondern auch weil das neue Einkommen im Verhältnis zum bisherigen Einkommen einer Einkommensverschlechterung gleichkommt. Der Kläger erzielt neu mit einem 100 % Pensum ein Nettoeinkommen von Fr. 4'631.– und damit gerade einmal knapp Fr. 140.– mehr als bei der Stiftung zur F._____ mit einem 80 % Pensum. Wie erwähnt sind die Anforderungen an die Ausschöpfung der Leistungsfähigkeit im Verhältnis zu minderjährigen Kindern und bei knappen finanziellen Verhältnissen sehr hoch. Der Kläger moniert pauschal eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts und eine unrichtige

Rechtsanwendung hinsichtlich der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, ohne darzulegen, weshalb es ihm nicht möglich ist, eine Stelle mit einem 100 %-Pensum und einem Nettolohn von Fr. 5'600.– zu finden. Er kann sich nicht darauf beschränken, die Höhe des neuen Einkommens mitzuteilen, ohne zu erklären und zu belegen, dass es ihm trotz aller zumutbaren Anstrengungen nicht möglich ist, ein Einkommen in der Höhe des von der Vorinstanz festgelegten hypothetischen Einkommens zu erzielen. Insbesondere angesichts der Tatsache,

- 12 - dass der Kläger im Jahr 2021 bei der Stiftung zur F._____ ein Nettoeinkommen von Fr. 4'491.45 bei einem 80 % Pensum verdiente und das von der Vorinstanz hypothetisch angerechnete Einkommens einer linearen Erhöhung auf 100 % entspricht, hätte er sich detailliert zum Stellenwechsel und seinen Suchbemühungen äussern müssen.

E. 3.5

Dass die Vorinstanz das Einkommen, das der Kläger bei einem 80 %- Pensum bei der Stiftung zur F._____ erzielte, linear auf ein 100%-Pensum erhöhte, ist nicht zu beanstanden und der Kläger begründet auch mit keinem Wort, weshalb er seit dem 1. Januar 2023 bei einer Erhöhung des Pensums um 20 % nur knapp Fr. 140.– netto mehr verdient. Aufgrund der Ausführungen des Klägers ist nicht ersichtlich, weshalb es ihm nicht möglich und zumutbar sein soll, bei einem 100 %-Pensum das ihm von der Vorinstanz hypothetisch angerechnete Einkommen von Fr. 5'600.– netto zu erzielen. Damit bleibt es bei den Überlegungen der Vorinstanz. Dem Kläger ist ein Nettoeinkommen von Fr. 5'600.– (inkl. 13. Monatslohn) zumutbar und möglich. Entsprechend ist die Berufung des Klägers gegen die Dispositiv-Ziff. 8 und 9 des angefochtenen Urteils abzuweisen.

E. 4

Erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen Die Vorinstanz auferlegte die Verfahrenskosten zu 60 % dem Kläger und zu 40 % der Beklagten. Weiter verpflichtete sie den Kläger, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 6'000.– (inkl. 7.7 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen (act. 229 S. 59, Dispositiv-Ziff. 14 und 15). Der Kläger beantragt, die vorinstanzlichen Kosten seien "dementsprechend" den Parteien je hälftig und nicht im Verhältnis 60:40 aufzuerlegen (act. 227 S. 3). Dieser Antrag ist so zu verstehen, dass der Kläger eine Änderung der erstinstanzlichen Kostenaufgabe, entsprechend der von ihm mit der Berufung beantragten Kinderunterhaltsbeiträge, verlangt. Da der Berufung des Klägers gegen die Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge durch die Vorinstanz kein Erfolg beschieden ist, ist auch seine Berufung gegen die erstinstanzliche Kostenaufgabe unbegründet. Demnach ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen.

- 13 -

E. 5

Kosten- und Entschädigungsfolgen und unentgeltliche Rechtspflege

E. 5.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Berufungskläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 5.2

Im Berufungsverfahren stehen nur noch vermögenswerte Interessen im Streit (§§ 4 Abs. i.V.m. mit 12 Abs. 1 und 2 GebVO). Das für die Bemessung der Gerichtsgebühr

massgebliche Streitinteresse liegt in der Differenz der erstinstanzlich festgesetzten zu den vom Kläger in der Berufung beantragten Kinderunterhaltsbeiträgen. Der Berufungskläger beantragt, die Kinderunterhaltsbeiträge seien auf monatlich Fr. 940.–, Fr. 540.– für C._____ und Fr. 400.– für D._____, zu reduzieren. Bis zur Volljährigkeit der Kinder ergäbe dies Kinderunterhaltsbeiträge im Gesamtbetrag von Fr. 37'800.– für C._____ und Fr. 46'400.– für D._____. Verglichen mit den erstinstanzlich festgelegten Kinderunterhaltsbeiträgen, welche sich bis zur Volljährigkeit auf Fr. 67'840.– für C._____ und auf Fr. 98'670.– für D._____ belaufen, resultiert ein Streitwert von Fr. 82'310.–. Hinzu kommt die beantragte Änderung bezüglich der Kostentragung im Betrag von Fr. 3'238.–. Bei diesem Streitwert beträgt die volle Gerichtsgebühr Fr. 8'170.–. Gestützt auf § 12 Abs. 1-2 i. V. m. § 4 Abs. 1-3 GebV OG und unter Hinweis auf den geringen Aufwand ist die Gebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 1'600.– festzusetzen.

E. 5.3

Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Berufungskläger nicht, da er mit seiner Berufung unterliegt, der Berufungsbeklagten nicht, da ihr keine Aufwände entstanden sind, die zu entschädigen wären.

E. 5.4

Der Kläger stellt für das obergerichtliche Verfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege, inklusive unentgeltliche Rechtsverteidigung. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und b ZPO). Als aussichtslos sind Begehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll

- 14 - einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten (BGE 138 III 217 E. 2.2.3; BGer 4A_131/2012).

E. 5.5

Die Mittellosigkeit des Klägers ist aktenkundig. Allerdings erweist sich seine Berufung von vornherein als aussichtslos, begründete er sie doch einzig mit dem von ihm ab Januar 2023 neu erzielten Einkommen, ohne sich mit den Erwägungen der Vorinstanz – ein Einkommen von Fr. 5'600.– netto bei einem 100 % Pensum sei möglich und zumutbar – auseinanderzusetzen. Die Vorinstanz legte zudem ausführlich dar, dass an die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten bei unmündigen Kindern hohe Anforderungen zu stellen sind (act. 229 S. 23). Dagegen wendet der Kläger in der Berufung zu Recht nichts ein. Aufgrund des Gesagten ist das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen. Es wird beschlossen:

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