

ZH_OBERGERICHT LE140031 vom 17. November 2014

ZH Obergericht, 2014-11-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE140031

FR: ZH_OBERGERICHT LE140031 du 17 novembre 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LE140031 del 17 novembre 2014

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am tt. Dezember 2009 geheiratet. Am tt.mm.2011 brachte die Berufungsbeklagte und Gesuchsgegnerin (fortan Gesuchsgegnerin) während eines Aufenthalts in der Dominikanischen Republik die Tochter D. _____ zur Welt (Urk. 14 S. 3), wobei umstritten ist, ob der Berufungskläger und Gesuchsteller (fortan Gesuchsteller) deren Vater ist. Ein Verfahren betreffend Anfechtung der Vermutung bzw. Anerkennung der Vaterschaft ist vor Vorinstanz hängig (FK130006, Urk. 75 S. 2, 1 S. 4, 3/1). Seit 8. Oktober 2013 stehen die Parteien überdies in einem Eheschutzverfahren (Urk. 1), in dessen Verlauf der Gesuchsgegnerin zunächst mit Verfügung vom 30. Januar 2014 superprovisorisch (Urk. 35, 51), hernach mit Verfügung vom 31. März 2014 vorsorglich Zutritt zur ehelichen Wohnung zu verschaffen war (Urk. 63). Zum weiteren Prozessverlauf wird auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen (Urk. 7 S. 4 f.). Am 30. April 2014 fällte die Vorinstanz den Eheschutzentscheid (Urk. 76).

E. 1.1

Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 3'500.– zuzüglich Fr. 300.– Dolmetscherkosten fest (Urk. 76 S. 26, Dispositivziffer 7). Die Festsetzung der Gerichtskosten blieb unangefochten.

E. 1.2

Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt (Urk. 76 S. 26 f., Dispositivziffer 8). Entsprechend wurden die Parteientschädigungen – im Ergebnis – wettgeschlagen (jede Partei trägt ihre Kosten selber, vgl. Urk. 76 S. 27, Dispositivziffer 9). Das nunmehr geringfügig höhere Obsiegen des Gesuchstellers mit Bezug auf die angefochtenen Unterhaltsbeiträge rechtfertigt keine anderweitige Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen. Es kann auf die entsprechenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 76 S. 26 f.).

E. 2

Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren nur noch zu berücksichtigen, wenn sie - kumulativ - ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Der im vorliegenden Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO und Art. 296 Abs. 1 ZPO) ändert daran nichts, hat doch das Bundesgericht für der Untersuchungsmaxime unterstehende Verfahren eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO abgelehnt und einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO für massgebend erklärt (BGE 138 III 626 f. E. 2.2.). Sofern eine Partei rügt, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet, ist die Geltendmachung unechter Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz

hätten vorgebracht werden können, ausnahmsweise zulässig (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 1214 und 2414 f.).

E. 2.1

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 und § 6 Abs. 2 lit. b der Gerichtsgebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG, LS 211.11) auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Die Prozesskosten werden den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Gesuchsteller obsiegt zu rund einem Zehntel, die Gesuchsgegnerin zu rund neun Zehnteln. Ausgangsgemäss sind dem Gesuchsteller daher die Kosten des Berufungsverfahrens zu neun Zehnteln, der Gesuchsgegnerin zu einem Zehntel aufzuerlegen. Letztere sind zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und vorbehaltlich des Nachforderungsrechts des Staates (Art. 123 ZPO) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

- 19 -

E. 2.2

Für das Berufungsverfahren hat der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin eine reduzierte Parteientschädigung im Umfang von vier Fünfteln zu leisten. Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 2, § 5, § 6 Abs. 3 und § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren (Anw-GebV, LS 215.3) auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Der Gesuchsteller ist zu verpflichten, diese im reduzierten Umfang von Fr. 2'000.– (4/5), zuzüglich Fr. 160.– Mehrwertsteuer an die Gesuchsgegnerin zu bezahlen. Es wird beschlossen:

E. 3

Im vorliegenden Eheschutzverfahren stehen sich zwei Parteien mit Wohnsitz in der Schweiz gegenüber. Der Gesuchsteller ist Schweizer Staatsangehöriger, die Gesuchsgegnerin Staatsangehörige der Dominikanischen Republik, wo die Tochter ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort hat. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die Festsetzung der Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträge. Bei Letzteren ist zudem die Anspruchsberechtigung der Tochter zu prüfen. Die ausländische Staatsangehörigkeit der Gesuchsgegnerin begründet hinsichtlich des Ehegattenunterhalts im Eheschutzverfahren, das im Gegensatz zum Scheidungsverfahren keine Statusfragen betrifft, keinen internationalen Sachverhalt, verwenden doch die einschlägigen internationalen Bestimmungen als Anknüpfungspunkt den Wohnsitz resp. den gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten (Art. 46 ff. IPRG sowie Art. 4 Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht [HUntÜ]; vgl. BSK IPRG-Schnyder-Grolimund, N 4 zu

- 6 - Art. 1 IPRG). Insofern liegt somit ein reiner Binnensachverhalt vor, weshalb sich die Zuständigkeit - wie auch das anwendbare Recht - nach innerstaatlichem, mithin schweizerischem Recht richtet. Anders verhält es sich mit dem zu prüfenden Unterhaltsanspruch der Tochter mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Dominikanischen Republik. Hier liegt ein anknüpfungsrelevanter Auslandsbezug vor (vgl. Art. 79 ff. IPRG, Art. 1 i.V.m. 4 Abs. 1 HUntÜ), weshalb die Vorinstanz diesbezüglich korrekt und unwidersprochen die Internationalität des Sachverhalts bejahte (Urk. 76 S. 16). Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte richtet sich in diesem Punkt nach dem

Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) respektive nach den gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG vorgehenden völkerrechtlichen Verträgen. Gestützt auf Art. 2 Abs. 1 des anwendbaren Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) sind für die Beurteilung des vorliegenden Kinderunterhalts die Gerichte im Wohnsitzstaat des Beklagten, mithin die Schweizerischen Gerichte zuständig. Dies gilt auch für die vorfrageweise Klärung der Vaterschaft (BSK LugÜ-Rohner/Lerch, N 56 zu Art. 1 LugÜ). Art. 5 Ziff. 2 LugÜ hingegen ist, da der Gesuchsteller und Unterhaltsschuldner Wohnsitz in einem Vertrags- und im Gerichtsstaat hat, vorliegend entgegen den Erwägungen der Vorinstanz nicht einschlägig (Urk. 76 S. 16).

E. 3.1

Die prozessuale Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin ist ausgewiesen. Ihrem monatlichen Einkommen von Fr. 3'300.– steht ein Bedarf von Fr. 3'757.– gegenüber. Über Vermögen verfügt sie nicht (Urk. 15/2). Nicht zu berücksichtigen sind die mit vorliegendem Entscheid zugesprochenen Unterhaltsbeiträge. Sie sind erst ab Rechtskraft geschuldet. Mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz rechtfertigt es sich daher, bei den finanziellen Mitteln der Gesuchsgegnerin lediglich das tatsächlich erwirtschaftete Monatseinkommen zu berücksichtigen.

E. 3.2

Auch beim Gesuchsteller ist von Mittellosigkeit auszugehen. Seinem Monatseinkommen von Fr. 6'120.– steht sein persönlicher Bedarf von Fr. 4'190.– gegenüber (Urk. 76 S. 20). Kommt er seiner Unterhaltspflicht aufgrund dieses Entscheides nach, verbleibt ihm ein Überschuss von rund Fr. 740.–, welchen er zur Deckung der bislang aufgelaufenen eigenen Anwaltskosten und der Prozesskosten heranzuziehen hat. Sodann verfügt auch er über keine wesentlichen Vermögenswerte (Urk. 15/2). Mangels Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers ist daher der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen.

- 18 -

E. 3.3

Aufgrund der Mittellosigkeit der Gesuchsgegnerin und da das Berufungsverfahren nicht als aussichtslos zu gelten hat, sind die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt. Ihr Gesuch ist somit auch für das zweitinstanzliche Verfahren zu bewilligen und es ist ihr Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. V.

E. 4

Ehegattenunterhalt

E. 4.1

Die Vorinstanz setzte den Bedarf der Gesuchsgegnerin auf monatlich Fr. 3'817.–, denjenigen des Gesuchstellers auf monatlich Fr. 4'190.– fest und ermittelte unter Anrechnung eines Monatseinkommens der Gesuchsgegnerin von Fr. 3'300.– und des Gesuchstellers von Fr. 6'300.– sowie hälftiger Teilung des Freibetrages einen Unterhaltsanspruch von monatlich Fr. 1'313.–. Davon seien Fr. 993.– für die Gesuchsgegnerin persönlich, Fr. 320.– für die Tochter D._____ geschuldet (Urk. 76 S. 19

ff.).

E. 4.2

Der Gesuchsteller wendet dagegen ein, die Gesuchsgegnerin sei die Ehe nur zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile eingegangen. Die Parteien seien bis zur Geburt von D._____ nur sporadisch beisammen gewesen und hätten die meiste Zeit getrennt verbracht, nämlich der Gesuchsteller in der Schweiz, die Ge-

- 7 - suchsgegnerin in der Dominikanischen Republik. Die Gesuchsgegnerin habe aussereheliche Beziehungen zu anderen Männern geführt und letztlich die aussereheliche Tochter D._____ geboren. Die Geltendmachung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen sei daher rechtsmissbräuchlich. Überdies bedürfe die Gesuchsgegnerin keiner finanziellen Unterstützung und könne selbst für ihren Unterhalt aufkommen. Jedenfalls sei die Vorinstanz von falschen Einkommens- und Bedarfspositionen ausgegangen (Urk. 75 S. 6).

E. 4.3

Der Sachverhalt rund um die behauptete Rechtsmissbräuchlichkeit der Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen, namentlich die Behauptung, die Gesuchsgegnerin sei die Ehe nur zur Erlangung wirtschaftlicher Vorteile eingegangen und habe die ehelichen Bande nicht gewollt, wurde erst im Berufungsverfahren vorgebracht (Urk. 75 S. 6, Urk. 1, Prot. I S. 4 ff., Urk. 33). Umstände, weshalb der Vorwurf nicht vor Vorinstanz hätte erhoben werden können, sind weder behauptet noch ersichtlich. Überdies wird in diesem Zusammenhang keine Verletzung der Untersuchungsmaxime gerügt (Urk. 75 S. 6). Mit Hinweis auf die vorstehenden Ausführungen zum Novenrecht sind die entsprechenden Vorbringen im Berufungsverfahren daher unbeachtlich.

E. 4.4

Nämliches gilt für den mit der Berufungsschrift eingereichten Lohnausweis 2013, aus welchem der Gesuchsteller für sich einen tieferen Nettolohn 2013 ableiten will (Urk. 75 S. 7, 79/2). Der Lohnausweis datiert vom 18. Januar 2014 (Urk. 79/2) und hätte der Vorinstanz mit der Stellungnahme vom 29. Januar 2014 (Urk. 33) eingereicht werden können. Dass die Urkunde dazumal nicht vorgelegt habe, wird nicht geltend gemacht (Urk. 87 S. 3). Entsprechend ist sie vorliegend nicht zu würdigen. Indes geht bereits aus den der Vorinstanz eingereichten Lohnabrechnungen März bis Oktober 2013 hervor, dass der Gesuchsteller im Jahre 2013 durchschnittlich pro Monat Fr. 5'925.25 (ohne Spesen) verdiente (Urk. 13/3), was mit dem Jahresnettolohn gemäss Lohnausweis 2013 (Urk. 79/2: Fr. 71'320.–) in etwa übereinstimmt. Im Jahre 2012 belief sich sein Durchschnittsmonatslohn auf Fr. 6'333.90, im Jahre 2011 auf Fr. 6'101.25 (Urk. 13/4). Aufgrund der Schwankungen rechtfertigt es sich, auf den Durchschnittswert dieser Jahre abzustellen. Entsprechend ist beim Gesuchsteller in Abweichung zum

- 8 - angefochtenen Entscheid von einem Monatseinkommen von Fr. 6'120.– netto auszugehen. 4.5.1. Beim für die Gesuchsgegnerin festgesetzten Bedarf beanstandet der Gesuchsteller, die Wohnkosten seien mit monatlich Fr. 1'200.– zu hoch veranschlagt, habe sie selber doch lediglich Kosten im Umfang von Fr. 1'100.– geltend gemacht (Urk. 15/10). Mit der unzureichend begründeten Abweichung im angefochtenen Entscheid sei das rechtliche Gehör verletzt worden. Sodann wohne die Gesuchsgegnerin gemeinsam mit einer Bekannten in einer Wohnung, weshalb Fr. 800.– pro Monat angemessen sei (Urk. 75 S. 7 f.). Ferner sei auch bei den Verpflegungskosten ein höherer, nämlich Fr. 220.–, als der von

der Gesuchsgegnerin geltend gemachte Betrag von Fr. 133.– angenommen worden. Da sie keinen Nachweis für die Mehrausgaben habe erbringen können, sei ihr Bedarf um Fr. 220.–, mindestens aber um Fr. 87.– zu kürzen (Urk. 75 S. 8). Schliesslich seien die der Gesuchsgegnerin angerechneten Steuern im Betrag von monatlich Fr. 300.– zu hoch. Bei einem Einkommen von Fr. 3'300.– sei eine steuerliche Belastung von monatlich maximal Fr. 200.– angemessen (Urk. 75 S. 9).

4.5.2. Mit Urteil vom 30. April 2014 wurde die eheliche Wohnung dem Gesuchsteller zugeteilt und die Gesuchsgegnerin verpflichtet, die Wohnung bis spätestens 30. September 2013 zu verlassen (Urk. 76 S. 29). Bis zum angesetzten Auszugstermin war sie berechtigt, die Wohnung in C._____ zu benutzen, was sie zumindest sporadisch getan, sich im Übrigen jedoch bei verschiedenen Bekannten zu Gast aufgehalten habe (Urk. 83 S. 6). Dass diese Lösung nur vorübergehender Natur war, ist glaubhaft, hatte sich die Gesuchsgegnerin doch zunächst um eine neue Mietwohnung zu bemühen, was aufgrund ihrer finanziellen Situation mangels bis anhin ausbezahltem Unterhalt kaum realisierbar gewesen sein dürfte. Da es sich demnach nicht um dauerhafte Wohngemeinschaften handelte, ist die Reduktion ihrer Wohnkosten bei der Festsetzung ihres Bedarfs nicht zu berücksichtigen, ist doch nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Anrechnung freiwilliger Zuwendungen Dritter im Bedarf grundsätzlich abzulehnen (BGE 128 III 161 E. 2c/aa mit weiteren Hinweisen). Der Gesuchsteller verkennt sodann, dass der Gesuchsgegnerin im angefochtenen Entscheid anstatt der von ihr geltend

- 9 - gemachten Wohnkosten von insgesamt Fr. 1'300.– (Mietzins Fr. 1'100.– + Nebenkosten Fr. 200.–) unter Hinweis auf die üblichen Mietzinsen für eine 2-Zimmerwohnung in der fraglichen Region lediglich Fr. 1'200.– angerechnet wurden (Urk. 15/10, 76 S. 21). Worin hier die Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgrund mangelhafter Begründung liegt (Urk. 75 S. 8), erschliesst sich nicht.

4.5.3. Anlässlich ihrer Befragung durch den Vorderrichter erhöhte die Gesuchsgegnerin den von ihrem Rechtsvertreter geltend gemachten Betrag für auswärtige Verpflegung (Urk. 15/11) und führte aus, diese koste sie Fr. 15.– bis Fr. 20.– (Prot. I S. 15). Diese neuen Vorbringen sind im Behauptungsverfahren zulässig. Entsprechend geht der Vorwurf des Gesuchstellers ins Leere, der Gesuchsgegnerin sei im angefochtenen Entscheid mehr zugesprochen worden, als sie tatsächlich verlangt habe. Der vom Vorderrichter angerechnete Betrag von Fr. 10.– pro Tag erscheint angemessen, hinreichend begründet und dessen Berücksichtigung sachgerecht, zumal beiden Parteien eine entsprechende Position ohne ausdrücklichen Nachweis der Mehrausgaben zugestanden wurde. Entsprechend bleibt es bei den angerechneten Kosten von Fr. 220.– pro Monat. Auch in diesem Punkt liegt weder eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes noch des rechtlichen Gehörs vor.

4.5.4. Ebenso wenig dringt der Gesuchsteller mit seiner Rüge betreffend die zu hoch angesetzte Steuerbelastung der Gesuchsgegnerin durch (Urk. 75 S. 9). Wie die Vorinstanz zutreffend festhält (Urk. 76 S. 23), sind neben dem monatlichen Erwerbseinkommen der Gesuchsgegnerin von Fr. 3'300.– auch die Unterhaltsbeiträge steuerbar (§ 23 lit. f Steuergesetz, StG, LS 631.1). Der eingesetzte Betrag für Steuern im Umfang von Fr. 300.– ist daher angemessen und hinreichend begründet. Auch hier ist weder eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes noch des rechtlichen Gehörs auszumachen (Urk. 75 S. 9).

4.5.5. Insgesamt bleibt es demnach – mit Ausnahme des nachstehenden Unterhalts für D._____ – bei den von der Vorinstanz für die Gesuchsgegnerin festgesetzten Bedarfspositionen (Urk. 76 S. 20).

E. 5

Kinderunterhalt

E. 5.1

Die Vorinstanz klärte vorfrageweise die bestrittene Vaterschaft der Tochter D._____ und hielt unter Anwendung dominikanischen Rechts (Art. 82 Abs. 1 IPRG, Art. 312 des dominikanischen Zivilgesetzbuches, Urk. 76 S. 16 f.) fest, die Vaterschaft des Gesuchstellers sei aufgrund des Umstands, dass das Kind während der Ehe geboren worden sei, zu vermuten. Weiter beurteilte sie gestützt auf Art. 83 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 4 HUNtÜ die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers nach dominikanischem Recht, wonach beide Ehegatten gegenüber der Tochter unterhaltspflichtig seien (Urk. 76 S. 18). Gestützt auf Informationen des Bundesamtes für Justiz, Fachbereich Sozialhilfe im Ausland (Urk. 71/2+3), setzte sie sodann den Unterhalt für die Tochter auf Fr. 320.– fest (Urk. 76 S. 23).

E. 5.2

Der Gesuchsteller führt dagegen ins Feld, die Vaterschaft beurteile sich entgegen der Ansicht der Vorinstanz nach Schweizerischem Recht. Jedenfalls liege in der Anwendung dominikanischen Rechts ein ordre public-Verstoss. Die Vaterschaft zu D._____ bestehe nicht, weshalb kein Unterhalt geschuldet sei (Urk. 75 S. 10 ff.)

E. 5.3

Für die vorfrageweise Prüfung der Vaterschaft zu D._____ liegt kein einschlägiger Staatsvertrag vor (Art. 1 Abs. 2 IPRG). Gestützt auf Art. 68 Abs. 1 IPRG unterstehen die Beziehungen zwischen Eltern und Kind dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes. Dieser liegt unbestrittenermassen in der Dominikanischen Republik. Mit seiner Berufungsschrift verweist der Gesuchsteller auf seine Stellungnahme in den vorinstanzlichen Akten und die darin enthaltenen Behauptungen zur fehlenden Vaterschaft sowie den Ausführungen, mit welchen er die Anwendbarkeit Schweizerischen Rechts gestützt auf die Ventilklausele von Art. 15 IPRG begründen will (Urk. 75 S. 11). Dieser Verweis ist unbehelflich, hat doch die Berufungsbegründung in der Berufungsschrift selbst enthalten zu sein und kann nicht durch Ausführungen im erstinstanzlichen Verfahren ersetzt werden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1.). Immerhin ist mit Blick auf die von Amtes wegen auszuübende Rechtsanwendung festzuhalten, dass die Anknüpfung des anwendbaren Rechts an den gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes, mithin an den

- 11 - Schwerpunkt seiner Lebensbeziehungen, deshalb geboten erscheint, da sie zum Schutz des Kindes dient. Erst recht muss sie daher Gültigkeit haben in Situationen wie der vorliegenden, wenn das Kind nicht nur kurzzeitig, sondern längerfristig in einem anderen Staat lebt als beide Elternteile. Unter diesen Umständen erscheint ein Abweichen von der kollisionsrechtlichen Verweisung von Art. 68 Abs. 1 IPRG verfehlt, zumal entgegen der Ansicht des Gesuchstellers eine deutlich engere Beziehung des Sachverhalts zu Schweizerischem Recht nicht auszumachen ist. Insbesondere kann gerade nicht entscheidend sein, dass der Lebensmittelpunkt der Kindseltern in der Schweiz liegt, sieht doch Art. 68 Abs. 2 IPRG im Falle fehlenden gemeinsamen Wohnsitzes mit dem Kind die gemeinsame Staatsangehörigkeit als Anknüpfung vor. Eine Anwendung von Art. 15 Abs. 1 IPRG entfällt aus diesem Grund. Folglich wandte die Vorinstanz auf die Frage der Vaterschaft zutreffend dominikanisches Recht an. Korrekt ist zudem deren Würdigung (Urk. 76 S. 17 f.), wonach gemäss Art. 312 des dominikanischen Zivilgesetzbuches (CC) die Vaterschaft des Gesuchstellers zu D._____ zu vermuten ist, da sie während der Ehe

empfangen wurde. Will der Ehemann die Vermutung anfechten, hat er die Gründe für die fehlende Vaterschaft zu beweisen (Abwesenheit oder sonstige Umstände, welche es verunmöglichten, der Kindsmutter zwischen dem 300. und dem 180. Tag vor der Geburt beizuwohnen, vgl. Art. 312 CC). Worin bei der Anwendung dieser Rechtsnorm ein Verstoß gegen den *ordre public* liege, wird vom Gesuchsteller nicht substantiiert dargelegt (Urk. 75 S. 14). Ein Verstoß ist denn auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, kennt doch das Schweizerische Recht ebenfalls die Ehelichkeitsvermutung (Art. 255 Abs. 1 ZGB) sowie die Möglichkeit deren Anfechtung (Art. 250 ZGB). Entsprechend ist im heutigen Zeitpunkt, da kein abweichender Entscheid betreffend Vaterschaft vorliegt, gestützt auf die Ehelichkeitsvermutung die Vaterschaft des Gesuchstellers zu D._____ zu vermuten. Da die Vermutung bis zu einem allfälligen abweichenden Vaterschaftsentscheid gilt, sind die Akten der Direktion des Innern betreffend Eintragung einer im Ausland erfolgten Geburt sowie diejenigen der Vorinstanz zum Verfahren betreffend Anfechtung der Vaterschaft zumindest bis zu dessen Erledigung für das vorliegende Verfahren nicht von Relevanz, weshalb von deren Beizug abzusehen ist (Urk. 75 S. 2).

- 12 -

E. 5.4

Korrekt und unwidersprochen hat die Vorinstanz auf den vorliegend zu beurteilenden Kinderunterhalt gestützt auf Art. 3 und Art. 4 HUntÜ das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt der Unterhaltsberechtigten, mithin dominikanisches Recht, für anwendbar erklärt. Gemäss Art. 170 Gesetzbuch zum Schutz von Kindern und Jugendlichen (Nr 136 vom 22.7.2003, GBSKJ) hat ein Kind unter anderem gegenüber seinem Vater oder seiner Mutter Anspruch auf Unterhalt. Dieser umfasst die Befriedigung der Grundbedürfnisse wie Unterhalt, Unterkunft, Kleidung, medizinische Hilfe, Bildung und Erziehung (Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Band V, Dominikanische Republik, S. 27). Der Anspruch wird begrenzt durch die Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten einerseits und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen andererseits (Art. 208 CC). Insofern ist das anwendbare nationale Recht staatsvertragskonform und somit uneingeschränkt anwendbar (vgl. Art. 11 Abs. 2 HUntÜ).

5.5.1. Der unterhaltspflichtige Gesuchsteller hat Wohnsitz in der Schweiz, die unterhaltsberechtignte Tochter D._____ lebt bei ihrer Grossmutter in der Dominikanischen Republik. Der unterschiedliche Lebensstandard der in der Dominikanischen Republik befindlichen Tochter ist bei der Festsetzung ihres Bedarfs zu berücksichtigen. Dies erfolgt praxisgemäss über eine Umrechnung anhand der statistisch erhobenen Verbrauchergeldparitäten bzw. internationaler Kaufkraftvergleiche (BGE 5A_99/2009 E. 2.2.1.2, 5A_736/2007 E. 3.2).

5.5.2. Die Vorinstanz stützte sich für die Festsetzung des Kinderunterhalts auf die von ihr eingeholte Auskunft des Bundesamtes für Justiz, Fachbereich Sozialhilfe für Auslandschweizer/innen. Danach erhalte eine bedürftige, in Santo Domingo wohnhafte Person monatlich einen Betrag von DOP 11'400.– (Urk. 71/2), was rund Fr. 235.– entspreche. Für zusätzliche Kosten für Kleider, Krankenkasse, Unterkunft und weitere Auslagen erhöhte die Vorinstanz den Betrag um 35%, wodurch ein monatlicher Kinderunterhaltsbedarf von Fr. 320.– resultierte (Urk. 76 S. 23).

5.5.3. Der Gesuchsteller macht im Eventualstandpunkt geltend, der monatliche Unterhaltsbeitrag von Fr. 320.– sei unter Missbrauch des gerichtlichen Ermessens zu hoch festgesetzt worden. Er stütze sich auf ungenügende und unklare

- 13 - re Angaben des Bundesamtes für Justiz, Fachbereich Sozialhilfe für Auslandsschweizer, ohne weitere Kriterien, insbesondere das Verhältnis von Einkommen und Kaufkraft, zu berücksichtigen (Urk. 75 S. 14). Das Bruttoinlandprodukt in der Dominikanischen Republik betrage pro Kopf und Monat US-\$ 474.20.–, mithin gemäss aktuellem Umrechnungskurs rund Fr. 422.30. Dies entspreche 7.09% des Schweizerischen Bruttoinlandprodukts, welches bei monatlich rund US- \$ 6'689.70, mithin rund Fr. 5'956.80 liege. Der vom Vorderrichter verfügte Unterhaltsbeitrag komme beinahe dem monatlichen Gesamteinkommen einer durchschnittlichen Familie gleich. Unter Anwendung der Berner Regel (bei zwei Kindern 27% vom Nettoeinkommen) stünde einem in der Schweiz lebenden Kind beim monatlichen Nettoeinkommen des Geschwänders von Fr. 5'940.– ein monatlicher Unterhaltsbeitrag von Fr. 801.90 zu, weshalb für ein in der Dominikanischen Republik lebendes Kind ein Beitrag von rund Fr. 60.– angemessen erscheine (Fr. 801.90 x 7.09%, Urk. 75 S. 13). Schliesslich habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör verletzt, indem sie die Angaben des Bundesamtes für Justiz vor Fällung des Entscheides den Parteien nicht zur Stellungnahme zugestellt habe (Urk. 75 S. 15). 5.5.4. Die Rüge des Geschwänders zur Verletzung des rechtlichen Gehörs ist begründet. Bei den mit E-Mail vom 25. April 2014 von lic. phil. I F. _____ gemachten Angaben zum Haushaltsgeld einer in der Dominikanischen Republik wohnhaften Person (Urk. 71/2) handelt es sich um eine Tatsachenfeststellung, welche im Rahmen einer schriftlichen Auskunft im Sinne von Art. 190 ZPO erfolgte. Diese kann grundsätzlich nur verwertet werden, wenn zuvor den Parteien das rechtliche Gehör erteilt worden ist (Heinrich Andreas Müller, DIKE-Komm-ZPO, N 30 zu Art. 190 ZPO). Dass die Auskunft des Bundesamtes den Parteien vor Entscheidfällung zugestellt worden ist, geht weder aus den Akten noch den Erwägungen des angefochtenen Entscheides hervor (Urk. 76 S. 5). Stützte sich der Vorderrichter somit für die Festsetzung des Kinderunterhalts auf die fraglichen Angaben, ohne diese den Parteien vorgängig zur Kenntnis zu bringen, geschah dies unter Verletzung des rechtlichen Gehörs. Im Berufungsverfahren hatten nun beide Parteien Gelegenheit, sich sowohl zur schriftlichen Auskunft als auch zu den von der Vorinstanz daraus gezogenen Schlüssen vernehmen zu lassen

- 14 - (Urk. 75, 83). Die Berufungsinstanz ist befugt, den Sachverhalt und die Rechtslage frei zu überprüfen und verfügt insofern über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz. Dies gilt insbesondere für die Beurteilung der im Streit liegenden Kinderunterhaltsbeiträge. Trotz der formellen Natur des rechtlichen Gehörs ist daher gestützt auf herrschende Lehre und Rechtsprechung vorliegend von einer Heilung der Gehörsverletzung auszugehen (vgl. statt vieler BGE 127 V 431 E. 3.d.aa.). Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz erübrigt sich aus diesem Grund. 5.5.5. Weiter führt der Geschwänder aus, die Angaben des Bundesamtes für Justiz seien unklar und somit unbrauchbar (Urk. 75 S. 12). Die Rüge ist stichhaltig. In ihrer Auskunft führt lic. phil. I F. _____ zunächst zwei Beträge an, einen für Santo Domingo (DOP 11'400.–) und einen für den "Rest des Landes" (DOP 10'250.–). Aufgrund der im Anschluss von ihr gemachten Ausführungen handelt es sich bei den angegebenen Beträgen wohl um Fixbeträge, die um verschiedene Positionen wie Kleider, Krankenkasse, Miete, Strom "etc. ..." zu erweitern seien (Urk. 71/2). Unklar bleibt, welches die weiteren, nicht ausdrücklich genannten Positionen sind. Ferner erschliesst sich nicht, ob es sich bei den angegebenen Beträgen um Haushaltsgeld für eine erwachsene Person oder für ein Kind handelt. Die erwähnten Zuschläge für Taschengeld deuten zwar auf Kinderunterhalt hin, die Aussage ist diesbezüglich jedoch nicht hinreichend klar. Die Vorinstanz geht ihrerseits von einem

Grundbetrag eines Erwachsenen aus (Urk. 76 S. 23). Angesichts dieser Ungereimtheiten ist die schriftliche Auskunft des Bundesamtes für Justiz vom 25. April 2014 nicht als Grundlage zur Festsetzung des Kinderunterhalts für D._____ geeignet. Vorliegend kann daher nicht auf sie abgestellt werden. 5.5.6. Um den Unterhaltsbeitrag an den unterschiedlichen Lebensstandard im Ausland anzupassen, wird in der Regel auf den Kaufkraftvergleich der UBS Schweiz ("Preise und Löhne. Ein Kaufkraftvergleich rund um die Welt") oder auch denjenigen der OECD abgestellt (vgl. BGer 5A_99/2009 E. 2.2.1.2, 5A_736/2007 E. 3.2). Diese sind jedoch vorliegend unbehelflich, da sie keine Angaben zur Dominikanischen Republik enthalten, wie bereits die Vorinstanz zutreffend feststellte (Urk. 76 S. 19). Indes überzeugt der vom Gesuchsteller angestellte Vergleich der

- 15 - pro Kopf berechneten Bruttoinlandprodukte, welcher als objektive Grösse zur Anpassung des Kinderunterhalts geeignet erscheint. Dabei sind jedoch entgegen der Auffassung des Gesuchstellers die kaufkraftbereinigten Werte (BIP PPP) heranzuziehen, da diese erst einen realen internationalen Vergleich ermöglichen (vgl. "Eurostat/OECD PPP-Programm, Kaufkraftparitäten - Internationaler Vergleich des realen Bruttoinlandprodukts und des Preisniveaus", Bericht des Bundesamtes für Statistik BFS, Abteilung Wirtschaft, vom Dezember 2012, S. 3 f., 8). Das kaufkraftbereinigte Bruttoinlandprodukt pro Kopf der Dominikanischen Republik beträgt rund 20% desjenigen der Schweiz (BIP [PPP] Schweiz: Int.-\$ 45.999, BIP [PPP] Dom. Rep.: Int.-\$ 9.698, Urk. 34/3). Gemäss den Empfehlungen der Bildungsdirektion des Kantons Zürich, Amt für Jugend und Berufsberatung (Zürcher Tabelle), beläuft sich der durchschnittliche Unterhaltsbedarf eines Einzelkindes zwischen dem 1. und 6. Altersjahr auf Fr. 2'025.-. Mangels konkreter Angaben zur Lebenssituation von D._____ ist von diesem Durchschnittsbetrag auszugehen, indes sind die darin enthaltenen Kosten für Pflege und Erziehung von Fr. 725.- in Abzug zu bringen, da weder substantiiert behauptet noch aus den Akten ersichtlich ist, dass die Grossmutter ein Entgelt für die Betreuung von D._____ verlangt (Prot. I S. 13, 16 f.). Folglich resultiert ein Durchschnittswert von Fr. 1'300.-, welcher gemäss vorstehender Ausführungen auf 20% zu reduzieren ist. Entsprechend rechtfertigt es sich, den Kinderunterhaltsbeitrag für D._____ auf Fr. 260.- (Fr. 1'300.- x 20%) festzusetzen, was den gesamten Umständen unter Berücksichtigung der tieferen Lebenskosten in der Dominikanischen Republik angemessen erscheint. 6.1. Der Bedarf der Gesuchsgegnerin beziffert sich demnach neu wie folgt (vgl. Urk. 76 S. 20): Bedarf Grundbetrag Fr. 1'200.00 Mietkosten / Nebenkosten Fr. 1'200.00 Telefon / Radio / TV Fr. 150.00 Krankenkasse Fr. 220.00 Arbeitsweg Fr. 177.00 Auswärtige Verpflegung Fr. 220.00 Versicherungen (Haftpflicht / Hausrat) Fr. 30.00 Unterhalt D._____ Fr. 260.00 Steuern Fr. 300.00 Total Bedarf Fr. 3'757.00

- 16 - 6.2. Für die Unterhaltsberechnung ergibt sich daher folgendes Bild: Bedarf Gesuchsgegnerin inkl. Kind Fr. 3'757.00 + Bedarf Gesuchsteller Fr. 4'190.00 Total Bedarf Fr. 7'947.00 Einkommen Gesuchsteller Fr. 6'120.00 + Einkommen Gesuchsgegnerin Fr. 3'300.00 Total Einkommen Fr. 9'420.00 Freibetrag (Total Einkommen ./ Total Bedarf) Fr. 1'473.00 6.3. Die hälftige Teilung des Freibetrages wurde nicht beanstandet (Urk. 75). Sie erscheint denn auch angemessen, da keiner der Ehegatten die Obhut für die gemeinsame Tochter inne hat. Der Unterhaltsanspruch der Gesuchsgegnerin persönlich und der Tochter D._____ berechnet sich demnach wie folgt: Bedarf Gesuchsgegnerin (inkl. Kind) Fr. 3'757.00 + hälftiger Anteil Freibetrag Fr. 736.00 ./ Einkommen Gesuchsgegnerin Fr. 3'300.00 Unterhaltsanspruch gerundet: Fr. 1'190.00

E. 7

In teilweiser Gutheissung der Berufung ist der Gesuchsteller demnach zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'190.– (Fr. 930.– für sich persönlich sowie Fr. 260.– für die Tochter D._____) zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den Ersten des Monats. Die Unterhaltsbeiträge an die Gesuchsgegnerin persönlich sind, da der Dispositionsmaxime unterliegend, entsprechend dem vorinstanzlichen Entscheid ab Rechtskraft geschuldet. Bei den Kinderunterhaltsbeiträgen, für welche die Offizial- und Untersuchungsmaxime gilt, ist die Berufungsinstanz nicht an die Anträge der Parteien gebunden. Entsprechend sind diese ab Erlass des angefochtenen Entscheides, mithin ab 1. Mai 2014 zu bezahlen. Ein Anspruch auf Familienzulagen für das in der Dominikanischen Republik wohnhafte Kind besteht nicht (Art. 7 Verordnung über die Familienzulagen [SR 836.21]; Merkblatt SVA Zürich, Familienzulagen für Kinder mit Wohnsitz im Ausland ab 1. Januar 2009).

- 17 - IV. 1. Die Gesuchsgegnerin verlangt in ihrer Berufungsantwort einen Prozesskostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'500.– zzgl. Mehrwertsteuer. Sie sei mittellos, da das von ihr als vollzeitlich berufstätige Reinigungskraft erzielte Einkommen nicht zur Deckung ihres Lebensunterhalts reiche. Eventualiter ersucht sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 83 S. 12 f.). Der Gesuchsteller schliesst auf Abweisung des Antrags auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses. Ihm würden die finanziellen Mittel fehlen (Urk. 87 S. 5). 2. Für die Voraussetzungen zur Verpflichtung der Leistung eines Prozesskostenbeitrages und zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 76 S. 27 f.).

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