

ZH_OBERGERICHT LY160033 vom 15. November 2016

ZH Obergericht, 2016-11-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY160033

FR: ZH_OBERGERICHT LY160033 du 15 novembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LY160033 del 15 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

Juni ihren persönlichen Unterhaltsbeitrag bezahlt (Urk. 6/124 S. 7 Ziff. 8). Der Beklagte nahm mit Eingabe vom 13. Juli 2016 zum klägerischen Begehren Stellung (Urk. 6/132). Mit Verfügung vom 10. August 2016 hiess die Vorinstanz das Gesuch teilweise gut und wies den Arbeitgeber des Beklagten an, von dessen Lohn monatlich Fr. 1'405.– abzuziehen und direkt auf das Konto der Klägerin zu überweisen; im Mehrbetrag wies sie das Begehren ab. Zudem gewährte sie bei-

- 5 - den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte ihnen je einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Urk. 6/134 = Urk. 2).

E. 1.1

Die Parteien heirateten am tt. September 1998 in Marthalen und haben zwei gemeinsame Kinder, D._____ und E._____, beide geboren am tt.mm.2009 (Urk. 6/4). Seit Februar 2014 stehen sie im Scheidungsverfahren vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen (Vorinstanz). Im Sinne vorsorglicher Massnahmen ist der Gesuchsteller, Beklagte und Berufungskläger (im Folgenden Beklagter) aktuell verpflichtet, der Gesuchstellerin, Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) ab 1. November 2015 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens insgesamt Fr. 3'175.– pro Monat, nämlich Fr. 1'675.– für die Klägerin persönlich und je Fr. 750.– zuzüglich allfällige Kinderzulagen für jedes der beiden Kinder, an den Unterhalt zu bezahlen (vgl. Urk. 6/83 und Urk. 6/129).

E. 1.2

Mit Eingabe vom 15. Juni 2016 stellte die Klägerin vor Vorinstanz das vorstehend wiedergegebene Begehren um Schuldneranweisung (Urk. 6/124). Zur Begründung machte sie geltend, der Beklagte habe ihr im April 2016 erklärt, er werde ihr keinen persönlichen Unterhalt mehr leisten, und er habe diese Ankündigung in der Folge wahr gemacht und ihr weder im April, noch im Mai oder per

E. 1.3

Gegen die vorinstanzliche Verfügung erhob der Beklagte mit Eingabe vom 8. September 2016 Berufung mit den vorne zitierten Anträgen (Urk. 1). Nach Eingang der fristwährend erstatteten Berufungsantwort vom 27. September 2016, in der die Klägerin auf vollumfängliche Abweisung der Berufung schliessen lässt (Urk. 7 S. 2; s.a. Urk. 5), wurde der Berufung mit Verfügung vom 29. September 2016 antragsgemäss aufschiebende Wirkung verliehen; zugleich wurde die Berufungsantwort dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 9). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

E. 2

Prozessuales

E. 2.1

Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung des durch die angefochtene Verfügung beschwerten Beklagten richtet sich gegen einen erst- instanzlichen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Sie wurde frist- und formgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 sowie Art. 142 f., Art. 314 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 271 lit. a ZPO; Urk. 6/135/2), und der Streitwert liegt über Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist auf die Berufung einzu- treten. Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

E. 2.2

Mit seiner Berufung verlangt der Beklagte formell zwar die Aufhebung des gesamten vorinstanzlichen Entscheids (Urk. 1 S. 2, Antrag 1). Aus seinem Antrag in der Sache und der Begründung geht jedoch hervor, dass sich die Beru- fung inhaltlich einzig gegen die in Dispositiv-Ziffer 1 verfügte Schuldneranweisung richtet (s.a. Urk. 9 S. 2). Die übrigen vorinstanzlichen Anordnungen werden in der Berufungsschrift weder thematisiert noch beanstandet. Die Abweisung des Be- gehrens im Mehrbetrag (Dispositiv-Ziffer 2) blieb auch seitens der Klägerin unan- gefochten und ist folglich in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO), wovon Vormerk zu nehmen ist. Gegenstand des Berufungsverfahrens bildet somit einzig

- 6 - die Schuldneranweisung für den persönlichen (Ehegatten-)Unterhalt der Klägerin im Betrag von monatlich Fr. 1'405.– (Urk. 2 S. 10 Disp.-Ziff. 1).

E. 2.3

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.1 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz ver- fügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliess- lich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegrün- dung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanz- liche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für die Berufungsantwort, wenn (auch) darin der vorinstanzliche Entscheid beanstandet wird. Der Berufungsbeklagte, der in erster Instanz (teilweise) obsiegt hat und eine Gutheissung der Berufung befürchten muss, ist mithin berechtigt und im eigenen Interesse gehalten, in seiner Berufungsantwort die Erwägungen und Feststellun-

gen im angefochtenen Entscheid rechtsgenügend zu kritisieren, welche ihm im Fall einer abweichenden Beurteilung durch die Berufungsinstanz nachteilig sein könnten (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2).

- 7 - Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung (oder Antwort) formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.4 m.w.Hinw.; 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

E. 2.4

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h., wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2, je m.w.Hinw.). Am derart beschränkten Novenrecht ändert nichts, dass im vorliegenden Massnahmeverfahren die sog. soziale bzw. eingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt (Art. 276 in Verbindung mit Art. 271 lit. a und Art. 272 ZPO; BGer 5A_500/2015 vom 14. Oktober 2015, E. 3.4). Nach bundesgerichtlicher Praxis regelt Art. 317 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit der Parteien, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, auch in diesen Fällen abschliessend; entgegen der Ansicht des Beklagten (Urk. 1 S. 9 Ziff. 8.4) ist eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ausgeschlossen (BGE 138 III 625 E. 2.2 S. 626 ff.; BGer 4A_619/2015 vom 25. Mai 2016, E. 2.2.2 a.E.; statt vieler auch OGer ZH LE110045 vom 15.03.2013, E. II/3; LE150071 vom 10.02.2016, E. II/4 m.w.Hinw.). Die Bestimmungen der Prozessordnung über den sog. Aktenschluss und das Novenrecht sind zwingender Natur. Neue Tatsachen, welche die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllen, sind deshalb auch dann unbeachtlich, wenn sie von der Gegenpartei nicht bestritten oder gar anerkannt werden (vgl. OGer ZH NE160001 vom 11.08.2016, E. 3.2.2).

- 8 -

E. 3

Materielle Beurteilung

E. 3.1

Erwägungen der Vorinstanz Die Vorinstanz hielt die Voraussetzungen für eine Schuldneranweisung für erfüllt (Urk. 2 S. 4 E. II/3). Eine solche müsse aber das Existenzminimum des Schuldners respektieren. Das Gericht habe dem Entscheid deshalb das tatsächliche (und nicht ein hypothetisches) Einkommen zugrunde zu legen. Anders als im Eheschutzentscheid vom 15. September 2015 (Urk. 6/83), der den geschuldeten Unterhaltsbeitrag festsetze, sei im vorliegenden Zusammenhang daher von einem

(tatsächlichen) beklagtes Einkommen von (nur) Fr. 4'600.– auszugehen (Urk. 2 S. 4 f. E. II/4.b-c). Diese Erwägungen werden im Berufungsverfahren von keiner Partei beanstandet und sind deshalb nicht zu überprüfen (vgl. vorne, E. 2.3). Den beklagten Bedarf bezifferte die Vorinstanz auf Fr. 3'195.–. Im Einzelnen rechnete sie dem Beklagten folgende Bedarfsposten an: Grundbetrag Fr. 1'200.–, Hypothekarzins Fr. 860.–, Krankenkasse Fr. 235.–, Fahrtkosten/Auto Fr. 600.–, auswärtige Verpflegung Fr. 140.–, Kommunikation Fr. 120.– und Haus- rat-/Haftpflichtversicherung Fr. 40.– (Urk. 2 S. 5 ff. E. II/4.d). Die geltend gemachten Krankenkassenprämien für die beiden Töchter (Fr. 166.–) wurden nicht berücksichtigt, weil der Beklagte gemäss Eheschutzentscheid nicht zu deren Bezahlung verpflichtet sei und zudem ein entsprechender Zahlungsbeleg fehle (Urk. 2 S. 7 E. II/4.e). Ebenfalls nicht als Bedarfsposten angerechnet wurden die vom Beklagten behaupteten monatlichen Zahlungen an das Amt für Jugend und Berufsberatung im Betrag von Fr. 1'500.– (akonto Kinderunterhalt). Auch dazu – so die Vorinstanz – sei kein Beleg ersichtlich. Auf den Kontoauszügen der Klägerin seien zwar mehrere, von der Vorinstanz einzeln aufgeführte Zahlungen des Amtes für Jugend und Berufsberatung (über jeweils Fr. 1'500.– und Fr. 400.–) ersichtlich, welche die Mitteilung "ZLG. DES SCHULDNERS VOM [...]" enthielten. Die Klägerin bringe dazu vor, dass der Beklagte die Unterhaltsbeiträge nie an sie selbst, sondern nur unvollständig und jeweils verspätet ans Amt für Jugend und Berufsberatung überwiesen habe, was der Beklagte nicht bestritten habe. Weiter sei aus den Kontoauszügen ersichtlich, dass das Amt für Jugend und Berufsberatung

- 9 - spätestens seit dem Dezember 2015 der Klägerin jeden Monat Fr. 1'500.– unter dem Titel "-BEVORSCH. (LFD. MT.): D._____ CHF 750.00 E._____ CHF 750.00)" überweise. Daraus folgerte die Vorinstanz, dass der Beklagte offenbar keine Kinderalimente bezahle, da diese andernfalls nicht bevorschusst würden; sodann bezahle er den persönlichen Unterhalt für die Klägerin – wenn überhaupt – unvollständig und verspätet. Vor diesem Hintergrund seien dem Beklagten im Notbedarf keine Unterhaltszahlungen für die Kinder anzurechnen. Dem Einkommen von Fr. 4'600.– stehe somit ein Bedarf von Fr. 3'195.– gegenüber. Der Arbeitgeber des Beklagten sei deshalb anzuweisen, die Differenz von Fr. 1'405.– direkt von dessen Lohn abzuziehen und der Klägerin zu überweisen (Urk. 2 S. 4 E. II/4.f-g).

E. 3.2

Einwände des Beklagten

E. 3.2.1

Der Beklagte ist zwar mit der vorinstanzlichen Festsetzung seines anrechenbaren Bedarfs auf Fr. 3'195.– und der Nichtberücksichtigung der Krankenkassenprämien für die beiden Kinder nicht einverstanden, macht diese Punkte aber ausdrücklich nicht zum Gegenstand des Berufungsverfahrens (Urk. 1 S. 8 Ziff. 8.1). Die Klägerin ihrerseits bemängelt in ihrer Berufungsantwort die Festsetzung des beklagten Bedarfs auf Fr. 3'195.– als zu hoch (Urk. 7 S. 6 Rz 8 [und S. 9 Rz 16]). Sie unterlässt es jedoch, sich auch nur ansatzweise mit den betreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid (Urk. 2 S. 5 ff. E. II/4.d) auseinanderzusetzen und rechtsgenügend aufzuzeigen, welche konkrete(n) Bedarfsposten die Vorinstanz aus welchem Grund als zu hoch veranschlagt haben soll. Eine diesbezügliche Überprüfung der angefochtenen Verfügung erübrigt sich daher (vgl. vorne, E. 2.3). Der Beklagte wirft der Vorinstanz einzig vor, irrtümlich und zu Unrecht davon

ausgegangen zu sein, er leiste entgegen seiner Behauptung in der Stellungnahme vom 13. Juli 2016 (Urk. 6/132) keine monatlichen, in seinem Notbedarf anzurechnenden (Kinder-)Unterhaltsbeiträge an das kantonale Jugendamt. Dass er regelmässige monatliche Zahlungen in der Höhe von Fr. 1'500.– vornehme, gehe aus dem neu eingereichten "Kontoauszug Gesamtschuld" des Jugendamtes vom 31. August 2016 (Urk. 4/3) sowie den ebenfalls neu beigebrachten Kontoblättern

- 10 - 2491, 2491/01 und 2491/02 (Urk. 4/4-6) hervor und finde seinen Grund darin, dass er vom Jugendamt mit Schreiben vom 19. März 2015 (Urk. 4/2) aufgefordert worden sei, die Unterhaltszahlungen direkt an dasselbe zu überweisen. Die Klägerin selbst habe im Gesuch um Schuldneranweisung (Urk. 6/124 S. 6 Ziff. 7) ebenfalls ausdrücklich anerkannt, dass er monatliche Zahlungen akonto seiner Unterhaltsverpflichtung von Fr. 1'500.– leiste; ebenso werde anerkannt, dass die monatlichen Kinderzulagen von Fr. 400.– regelmässig an das Jugendamt überwiesen würden. Dass diese Zahlungen ab März/April 2016 nicht mehr dem Konto der Klägerin, sondern den Konten der Töchter gutgeschrieben würden, sei darauf zurückzuführen, dass der Beklagte das Jugendamt angewiesen habe, seine Zahlungen diesen Konten gutzuschreiben. Das habe dazu geführt, dass die Kinderunterhaltsbeiträge als solche nicht mehr im eigentlichen Sinne bevorschusst werden müssten. Eine Bevorschussung der persönlichen Unterhaltsbeiträge der Klägerin sei ab jenem Zeitpunkt entfallen. Dies wiederum habe die Klägerin veranlasst, das vorliegende Gesuch um Schuldneranweisung zu stellen. Die erfolgten Zahlungen des Beklagten würden auch sofort aus den von der Klägerin eingereichten Postkontoauszügen ersichtlich. Bis und mit März 2016 habe die Klägerin monatlich Kinderzulagen von Fr. 400.– überwiesen erhalten. Sodann seien die Kinderalimente von Fr. 1'500.– bevorschusst worden, und die Klägerin habe eine "Zahlung des Schuldners" von Fr. 1'500.– erhalten (Urk. 6/125/1-4). Ab April habe sie nur noch die Kinderzulagen von Fr. 400.– sowie einen einzigen monatlichen Betrag von Fr. 1'500.– erhalten, der vom Jugendamt fälschlicherweise als "BEVORSCH. (LFD.MT.)" bezeichnet werde. In Tat und Wahrheit handle es sich, wie aus den Kontoauszügen sofort ersichtlich werde, nicht um eine eigentliche Bevorschussung, sondern um eine Weiterleitung der beklagten monatlichen Zahlungen von Fr. 1'500.–, welche auf Veranlassung des Beklagten als Kinderunterhaltsbeiträge und nicht als persönliche Unterhaltsbeiträge an die Klägerin zu werden seien. Durch diese Zahlungen werde der nach vorinstanzlicher Betrachtung überschüssige Betrag von Fr. 1'405.– konsumiert und bestünden keine Mittel mehr für eine Schuldneranweisung (Urk. 2 S. 5 ff. Ziff. 7.2 ff. und S. 8 f. Ziff. 8.2 f.).

- 11 -

E. 3.2.2

Die Klägerin hält diese Einwände für unbegründet und die vorinstanzlich verfügte Schuldneranweisung im Ergebnis für rechtmässig (Urk. 7 S. 3 ff. Rz 2 ff.).

E. 3.3

Unzulässige Noven

E. 3.3.1

Der Beklagte trägt im Berufungsverfahren verschiedene, den Sachverhalt erweiternde neue Tatsachen zum Grund, zur Art und zur buchungsmässigen Behandlung seiner Zahlungen an das Amt für Jugend und Berufsberatung sowie deren Folgen vor, welche im

Zeitpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens bereits bekannt waren (so insbes. Urk. 1 S. 5 Ziff. 7.2, S. 6 f. Ziff. 7.5, S. 7 Ziff. 7.6, S. 8 f. Ziff. 8.2). Insbesondere führt er in der Berufung neu aus, dass diese monatlichen Zahlungen von Fr. 1'500.– seit April 2016 zur Deckung des Kinderunterhalts bestimmt seien und vom Amt auch so verbucht würden. Diese Tatsachen hätte er, ebenso wie das neu eingereichte Schreiben des Amts für Jugend und Berufsberatung vom 19. März 2015 (Urk. 4/2), bei zumutbarer Sorgfalt ohne Weiteres schon vor Vorinstanz vorbringen können. Er legt denn auch nicht dar, weshalb ihm dies nicht möglich gewesen sein sollte. Die betreffenden Behauptungen und das genannte Schreiben stellen deshalb unzulässige Noven dar und können bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.4).

E. 3.3.2

Gleiches gilt für den ebenfalls neu eingereichten "Kontoauszug Gesamtschuld" (Urk. 4/3) und die drei Kontoblätter 2491, 2491/01 und 2491/02 (Urk. 4/4-6). Diese Beweismittel datieren zwar vom 31. August 2016 und sind demnach erst nach Ergehen des angefochtenen Entscheids entstanden. Sie stellen somit echte Noven ("neue Beweismittel" im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO) dar. Soweit sie den Nachweis regelmässiger Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen erbringen sollen, beziehen sie sich nach dem soeben Ausgeführten (E. 3.3.1) aber auf eine unzulässige neue Tatsachenbehauptung und sind deshalb ebenfalls unzulässig (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 39; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz 1246 Anm. 4059; OGer ZH NP120010 vom 05.06.2012, E. 4.2). Mit ihrem übrigen Inhalt belegen sie keine neu geltend gemachte Tatsache, sondern stellen sie neue Beweismittel für einen bereits vor Vorinstanz behaupteten, dort

- 12 - jedoch nicht mit Belegen untermauerten Sachverhalt dar, nämlich für die Leistung regelmässiger monatlicher Zahlungen an das Amt für Jugend und Berufsberatung. Dafür hätte der Beklagte bei zumutbarer Sorgfalt aber ohne Weiteres schon im vorinstanzlichen Verfahren taugliche Beweis- resp. Glaubhaftmachungsmittel beibringen können, insbesondere Zahlungsbelege wie Quittungen, eigene Zahlungsaufträge oder Kontoauszüge etc., wohl auch einen Kontoauszug oder Kontoblätter wie die nunmehr eingereichten. Dass und weshalb er zu diesem Zeitpunkt (noch) über keine derartigen Belege verfügt habe oder ihm deren Beschaffung und Einreichung nicht zumutbar gewesen wäre und er den Nachweis der behaupteten Zahlungen deshalb erst mit den im Berufungsverfahren nachgereichten Unterlagen leisten könne, macht er nicht geltend und ist auch nicht anzunehmen. Ungeachtet dessen, dass die betreffenden Belege erst nach Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens entstanden und im Rahmen von Art. 317 Abs. 1 ZPO grundsätzlich auch neue Beweismittel für bereits früher vorgetragene Tatsachen zulässig sind (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 317 N 31; Seiler, a.a.O., Rz 1246), müssen sie unter diesen Umständen ebenfalls unberücksichtigt bleiben. Andernfalls liesse sich die gesetzliche Novenbeschränkung im Ergebnis weitgehend aushebeln, indem Behauptungen, die im erstinstanzlichen Verfahren trotz verfügbarer Beweismittel ohne Beleg blieben, (erst) im Berufungsverfahren mit neu erstellten bzw. erwirkten Beweismitteln untermauert werden. Das widerspräche offensichtlich dem Sinn von Art. 317 Abs. 1 ZPO, der von den Parteien bereits vor Erstinstanz eine sorgfältige Prozessführung und in deren Rahmen insbesondere auch die Beibringung verfügbarer Beweismittel verlangt und nicht dazu dient, im Berufungsverfahren die Folgen prozessualer Nachlässigkeit im erstinstanzlichen Verfahren zu beheben.

E. 3.3.3

Grundlage für die Beurteilung der vorliegenden Berufung bildet demzufolge der Aktenstand (Parteivorbringen und Beweismittel), wie er sich vor Vorinstanz präsentierte. Daran ändert nach den vorstehenden Ausführungen (E. 2.4 a.E.) auch der Umstand nichts, dass die Klägerin die neu vorgetragene Sachdarstellung des Beklagten in der Berufungsantwort teilweise bestätigt (vgl. insbes. Urk. 7 S. 5 f. Rz 7, S. 7 Rz 12).

- 13 -

E. 3.4

Keine Glaubhaftmachung von Zahlungen an den Kinderunterhalt

E. 3.4.1

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, hat eine Schuldneranweisung nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das Existenzminimum des Schuldners zu respektieren. Anders als bei der gerichtlichen Festsetzung der Unterhaltsbeiträge, die von der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen bei zumutbarer Anstrengung abhängt, darf für eine Schuldneranweisung deshalb nicht auf ein hypothetisches, sondern muss auf das tatsächliche Einkommen des Unterhaltspflichtigen abgestellt werden (BGer 5A_490/2012 vom 23. November 2012, E. 3; 5A_34/2015 vom 29. Juni 2015, E. 6.2; 5A_474/2015 vom 29. September 2015, E. 2.2). Insofern kommt es im vorliegenden Zusammenhang entgegen der klägerischen Auffassung (Urk. 7 S. 4 Rz 3) keineswegs nur auf die Höhe der gerichtlich festgelegten Unterhaltsbeiträge, sondern durchaus auch auf das tatsächlich verfügbare Einkommen bzw. auf den über den aktuellen Notbedarf hinausgehenden tatsächlichen Einkommensüberschuss des Beklagten an. Dieser wiederum hängt unter anderem davon ab, ob die geltend gemachten (Kinderunterhalts-)Zahlungen im Notbedarf des Beklagten zu berücksichtigen sind oder nicht.

E. 3.4.2

Für die vorliegende Schuldneranweisung sind die Bestimmungen über die Eheschutzmassnahmen sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Der Entscheid ergeht demnach im summarischen Verfahren (Art. 271 lit. a ZPO) und die rechtserheblichen Tatsachen sind nicht strikt zu beweisen, sondern von Bundesrechts wegen lediglich glaubhaft zu machen (BGer 5A_198/2012 vom 24. August 2012, E. 8.5.9 [m.Hinw. auf BGE 127 III 474 E. 2b/bb S. 478 und BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 396]; 5A_299/2012 vom 21. Juni 2012, E. 3.1.2; Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006 S. 7358). Es bestehen mithin geringere Anforderungen an die Beweisintensität. Die beweisbelastete Partei – bezüglich der im Streit liegenden monatlichen Zahlungen an den Kinderunterhalt der Beklagte – braucht nicht die volle Überzeugung des Gerichts vom Vorhandensein der betreffenden Tatsachen herbeizuführen, sondern es genügt, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, auch wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass diese sich nicht verwirklicht haben könnten. Die Wahrscheinlichkeit muss in dem Sinne überwiegen, dass mehr für

- 14 - die Verwirklichung der behaupteten Tatsachen spricht als dagegen. Das Gericht darf weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen (BGE 120 II 393 E. 4c S. 397 f.; BGer 5A_283/2016 vom 23. August 2016, E. 2.3.1 m.w.Hinw.).

E. 3.4.3

Es trifft zu, dass der Beklagte selbst vor Vorinstanz keinerlei Belege für die behaupteten Zahlungen an das Amt für Jugend und Berufsberatung beigebracht hat (obwohl er dazu

ohne Weiteres in der Lage gewesen sein dürfte, vgl. vorne, E. 3.3.2). Er beschränkte sich diesbezüglich auf die bloss, nicht weiter de- taillierte Behauptung, dass er "allmonatlich eine Zahlung von Fr. 1'500.– an das Jugendamt" leiste (Urk. 6/132 S. 8 Ziff. 10). Aus den von der Klägerin eingereich- ten Kontoauszügen ergibt sich immerhin, dass das Amt für Jugend und Berufs- beratung der Klägerin in den Monaten Dezember 2015 und Januar bis März 2016 jeweils Fr. 400.– und Fr. 1'500.– mit dem Vermerk "ZLG. DES SCHULDNERS VOM ..." überwiesen hat. Zusätzlich erfolgten in diesen Monaten jeweils Überwei- sungen von weiteren Fr. 1'500.– mit dem Vermerk "- BEVORSCH. (LFD. MT.): D._____ CHF 750.00 E._____ CHF 750" (Urk. 6/125/1-4). In den Monaten April und Mai 2016 wurden der Klägerin vom Amt für Jugend und Berufsberatung (ne- ben den Fr. 400.–) dann nur noch je Fr. 1'500.– mit dem Vermerk "- BEVORSCH. (LFD. MT.): D._____ CHF 750.00 E._____ CHF 750" überwiesen (Urk. 6/125/5- 6). Wenn die Vorinstanz aus diesen Belegen schloss, dass der Beklagte zwar un- regelmässige Zahlungen an den Unterhalt der Klägerin geleistet hat, spätestens seit Dezember 2015 aber keine Kinderunterhaltsbeiträge mehr leiste, da solche andernfalls nicht bevorschusst werden müssten, ist diese tatsächliche Annahme nicht zu beanstanden. Sie drängt sich aufgrund dieser Kontoauszüge im Gegen- teil geradezu auf. Denn es ist weder einsichtig noch in den allein massgeblichen, vor Aktenschluss vorgetragenen Parteivorbringen dargelegt, dass und weshalb die geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträge von der öffentlichen Hand hätten be- vorschusst werden sollen (wie die entsprechenden Vermerke ["- BEVORSCH."] in den Postkontoauszügen indizieren), wenn sie vom Beklagten während der ver- gangenen Monate regelmässig bezahlt worden wären.

- 15 - Entgegen dem hierauf abzielenden Einwand in der Berufung (Urk. 1 S. 5 Ziff. 7.3 [und S. 6 Ziff. 7.5 sowie S. 7 Ziff. 7.6]) hat die Klägerin im vorinstanzlichen Verfahren auch nicht ausdrücklich anerkannt, dass der Beklagte regelmässig mo- natliche Zahlungen von Fr. 1'500.– an den Kinderunterhalt leiste. Sie liess dort vielmehr ausführen, dass der Beklagte "die von ihm geschuldeten Unterhaltsbei- träge nie an die Klägerin, sondern nur unvollständig und jeweils verspätet an das Amt für Jugend und Berufsberatung in Winterthur" überwiesen habe. Das habe dazu geführt, dass sie "den für sie bestimmten Unterhaltsbeitrag regelmässig erst um den Zehnten des Monats herum – jedoch nur CHF 1'500.– (statt mindestens CHF 1'675.–) pro Monat – und die Kinderunterhaltsbeiträge jeweils erst noch eine Woche später" erhalten habe (Urk. 6/124 S. 6 Ziff. 7). Damit hat sie zwar zuge- standen, dass der Beklagte, wenn auch unpünktlich, regelmässige monatliche Un- terhaltszahlungen von Fr. 1'500.– geleistet hat. Diese Zahlungen waren gemäss ihrer Sachdarstellung, die vom Beklagten vor Vorinstanz nicht bestritten wurde (vgl. insbes. Urk. 6/132 S. 8 f. Ziff. 10 f.) und welche im Übrigen mit den Hinwei- sen auf den Zahlungszweck in den Kontoauszügen (Urk. 6/125/1-6) überein- stimmt, aber für sie persönlich bestimmt und betrafen mithin den durch die Schuldneranweisung sicherzustellenden Ehegattenunterhalt. Die Klägerin hat somit nicht bestätigt, dass der Beklagte Kinderunterhaltsbeiträge in dieser Höhe geleistet habe, sondern dies mit ihren Vorbringen gegenteils implizit verneint. Im vorliegenden Zusammenhang, in dem es um die Festsetzung des die Schuldner- anweisung betragsmässig begrenzenden Notbedarfs des Schuldners bzw. Be- klagten geht, sind jedoch allein die Zahlungen an den Kinderunterhalt (und nicht die Gegenstand der Anweisung bildenden Ehegattenunterhaltszahlungen) von Bedeutung. Aufgrund der massgeblichen Aktenlage (vgl. vorne, E. 3.3) erscheint somit nicht glaubhaft im Sinne des erforderlichen Beweismasses (E. 3.4.2), dass der Beklagte in den letzten Monaten regelmässige Zahlungen an den Kinderunterhalt in der Höhe von Fr.

1'500.– geleistet hat. Die Vorinstanz hat deshalb mit Recht keine derartigen Zahlungen in seinem Notbedarf angerechnet.

- 16 -

E. 3.5

Ergebnis Weitere Mängel im Sinne von Art. 310 ZPO werden in der Berufungsschrift nicht geltend gemacht und sind auch nicht offensichtlich (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.3). Insbesondere bestand für die Vorinstanz unter den gegebenen Umständen auch kein Anlass zur Ausübung der richterlichen Fragepflicht (Art. 56 ZPO). Einerseits waren die Vorbringen der Parteien zu den Unterhaltszahlungen weder unklar noch widersprüchlich, unbestimmt oder offenkundig unvollständig (vgl. Art. 56 ZPO). Andererseits liegt deren Zweckgedanke darin, dass eine Partei nicht wegen prozessualer Unbeholfenheit ihres Rechts verlustig gehen soll, indem das Gericht bei klaren Mängeln der Parteivorbringen helfend eingreifen soll. Sie dient jedoch nicht der Korrektur prozessualer Nachlässigkeiten und Versäumnisse. Wie weit das Gericht eingreifen soll, hängt namentlich von der Unbeholfenheit der betroffenen Partei ab. Als anwaltlich vertretene Partei kann der Beklagte in prozessualer Hinsicht aber nicht als unbeholfen gelten. Bei anwaltlich vertretenen Parteien hat die richterliche Fragepflicht – auch im Anwendungsbereich der eingeschränkten Untersuchungsmaxime – denn auch nur eine sehr eingeschränkte Tragweite (BGer 4A_375/2015 vom 26. Januar 2016, E. 7.1 m.w.Hinw.; 4A_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 7.1.2 m.Hinw. auf BGE 141 III 569 E. 2.3.1; 5A_2/2013 vom 6. März 2013, E. 4.2). Die Berufung ist daher abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil mit Bezug auf die Schuldneranweisung zu bestätigen.

E. 4

Unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren

E. 4.1

Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Beide Parteien stellen für das zweitinstanzliche Verfahren ein entsprechendes Gesuch (Urk. 1 S. 3 und Urk. 7 S. 2).

E. 4.2

An der engen finanziellen Situation des Beklagten, dem im Zusammenhang mit dem laufenden Scheidungsverfahren schon mehrmals die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde (vgl. Urk. 6/47; Urk. 6/55; Urk. 6/83; Urk. 6/129), hat sich seit der Fällung des vorinstanzlichen Entscheids nichts geändert. Er ist somit nach wie vor mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Seine Rechtsmittelanträge sind nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO zu

- 17 - betrachten (dazu BGE 138 III 217 Erw. 2.2.4 S. 218), und eine anwaltliche Verbeiständung des rechtsunkundigen Beklagten erscheint zur Wahrung seiner Rechte notwendig, zumal auch die Klägerin anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem Beklagten ist deshalb auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwält lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

E. 4.3

Nachdem der Klägerin für das Berufungsverfahren keine Kosten auferlegt werden (vgl. nachstehend, E. 5.1), ist deren Gesuch gegenstandslos, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Demgegenüber ist angesichts der fehlenden Solvenz des Beklagten bzw. der zu erwartenden Uneinbringlichkeit der vom Beklagten zu leistenden Parteientschädigung (vgl. hinten, E. 5) über das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) zu entscheiden (vgl. BGer 5A_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2. m.w.Hinw.; OGer ZH RT150116 vom 11.11.2015, E. II/C/2). Diesbezüglich ist davon auszugehen, dass sich die finanziellen Verhältnisse auch auf Seiten der Klägerin nicht geändert haben und deshalb auch deren Mittellosigkeit nach wie vor ausser Frage steht (vgl. Urk. 7 S. 10 Rz 19 sowie bereits Urk. 6/83 S. 31). Der in der Berufungsantwort vertretene Rechtsstandpunkt resp. das dort gestellte Rechtsbegehren war keineswegs aussichtslos, und die rechtsunkundige Klägerin war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte (auch) vor Berufungsinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Rechtsverteidigung erfüllt, und der Klägerin ist für das Berufungsverfahren in der Person ihres Rechtsvertreters, Rechtsanwalt Dr. Y._____, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

E. 5

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz und das C._____, ...[Adresse] (an Letzteres im Auszug Dispositiv-Ziffer 1), je gegen Empfangsschein.

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

E. 5.1

Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Sie ist ausgangsgemäss vollumfänglich dem mit seinem Rechtsmittelantrag unterliegenden Beklagten aufzulegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechts-

- 18 - pflege aber einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Überdies ist der Beklagte zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Klägerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine nach den Vorschriften der AnwGebV zu bemessende (volle) Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 105 Abs. 2, Art. 111 Abs. 2 und Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Deren Höhe ist auf insgesamt Fr. 1'296.– (Fr. 1'200.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) festzusetzen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Da die Parteientschädigung beim (offenkundig mittellosen) Beklagten voraussichtlich nicht einbringlich sein wird, ist sie Rechtsanwalt Dr. Y._____ direkt aus der Gerichtskasse auszurichten, wobei der Anspruch mit der Zahlung an den Kanton übergeht (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Dem Beklagten ist angesichts seines Unterliegens keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; vgl. Urk. 1 S. 2 Antrag 2).

E. 5.2

Im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen ist der vorinstanzliche Entscheid, die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (erst) zusammen mit der Hauptsache zu regeln (Urk. 2 Disp.-Ziff. 3). Einerseits legt der Beklagte in der

Berufungsbegründung nicht dar, dass und inwiefern die- ser Entscheid mangelhaft im Sinne von Art. 310 ZPO sein sollte (vgl. vorne, E. 2.3). Andererseits stellt er den Antrag auf ausgangsgemässe Regelung (auch) der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen offensichtlich nur für den Fall eines abweichenden Berufungsentscheids (vgl. Urk. 1 S. 2 Antrag 2 und S. 9 Ziff. 8.3). Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelge- richts o.V. am Bezirksgericht Andelfingen vom 10. August 2016 in Rechts- kraft erwachsen ist.

- 19 - 2. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozess- führung bewilligt und in der Person von Rechtsanwält lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 3. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsan- wält Dr. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen wird das Gesuch der Klägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abgeschrieben. 4. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Andelfingen, Einzelgericht o.V., vom 10. August 2016 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklag- ten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'296.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird Rechtsanwalt Dr. Y. _____ direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhältliche Parteientschädigung geht mit der Auszahlung auf die Gerichtskasse über.

E. 6

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 Be- schwerde 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 BGG und Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 15. November 2016
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: Dr. M. Nietlisbach
versandt am: mc

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