

# ZH\_OBERGERICHT LZ130005 vom 20. März 2014

ZH Obergericht, 2014-03-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ130005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ130005)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ130005 du 20 mars 2014

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ130005 del 20 marzo 2014

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger), B.\_\_\_\_\_, wurde am tt.mm.2011 als Kind der D.\_\_\_\_\_, geboren (Urk. 4). Auf die vom Kläger erhobene Vaterschaft- und Unterhaltsklage hin, stellte die Vorinstanz mit eingangs aufgeführtem Urteil vom 11. Februar 2013 die Vaterschaft des Beklagten und Berufungsklägers (fortan Beklagter) fest und verpflichtete ihn zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an den Kläger (Urk. 72).

### E. 1.1

Die Vorinstanz rechnete dem als Architekt arbeitenden Beklagten bis Ende Mai 2013 ein monatliches Erwerbseinkommen von Fr. 3'661.– netto, zuzüglich Kinderzulagen, an (Urk. 72 S. 23). Dieses ist im Berufungsverfahren unbestritten geblieben. Aus dem vom Beklagten neu eingereichten Lohnausweis für das Jahr 2012 lässt sich ein Jahresnettoeinkommen von Fr. 46'332.– entnehmen, was einem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 3'861.– inkl. Kinderzulagen bzw. Fr. 3'661.– zuzüglich Kinderzulagen entspricht (Urk. 75/3). Auf das vor Vorinstanz umstrittene Arbeitspensum des Beklagten ist im Berufungsverfahren nicht weiter einzugehen, ist ihm doch in Übereinstimmung mit der Vorinstanz in der ersten Zeitperiode sein tatsächlich erzieltetes Einkommen anzurechnen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich im Berufungsverfahren der Kläger hierzu mit keinem Wort äussert, während der Beklagte – sollten Zweifel an seinem Arbeitspensum aufkommen und diese Grundlage des Entscheids werden (Urk. 71 S. 9 f.) – dies lediglich im Rahmen einer Beweisofferte thematisiert. Da die Vorinstanz dem Beklagten das unbestritten gebliebene und belegte effektive Einkommen anrechnete, besteht auch kein Raum für eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur Durchführung eines Beweisverfahrens in Bezug auf das Arbeitspensum des Beklagten (Urk. 71 S. 10). Das Eventualbegehren des Beklagten, es sei das Geschäft zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 71 S. 2), ist daher abzuweisen.

### E. 1.2

Zur Beantwortung der Frage, ob dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden könne, verglich die Vorinstanz die Löhne gemäss Lohnstrukturerhebung 2011 – Durchschnittseinkommen eines Architekten im Alter zwischen 31 und 35 Jahren im Bereich Projektarbeit Fr. 5'695.– brutto pro Monat (Philipp Mülhauser, Das Lohnbuch 2011, S. 366) – mit denjenigen der Be-

- 7 - schäftigungsstatistik 2009 der ETH Zürich – jährlicher Reallohn von Fr. 50'000.– bis Fr. 59'000.– brutto für Architekten – und kam zum Schluss, das tatsächliche Einkommen des Beklagten liege weit unter dem durchschnittlichen Monatslohn für einen Architekten, der seit rund vier Jahren im Beruf arbeite (Urk. 72 S. 11 und 12). Sie rechnete ihm bei einem Arbeitspensum von 100 % ein hypothetisches monatliches Einkommen von Fr.

4'450.– netto zuzüglich Kinderzulagen ab 1. Juni 2013 an. Dabei berücksichtigte sie, dass das Projekt des Beklagten per Ende November 2012 ausgelaufen sei und er bereits im August 2012 erklärt habe, sich auf Stellensuche zu befinden (Urk. 72 S. 12).

### **E. 1.3**

Grundsätzlich ist vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit sein Einkommen nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf des Kindes zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III 4 E. 4a). Die Möglichkeit, ein höheres Einkommen zu erzielen, lässt sich anhand von diversen Faktoren wie Alter, Gesundheit, Ausbildung, Berufserfahrung, Arbeitsmarktlage, Erziehungspflichten etc. bestimmen. Steht fest, welche Tätigkeit als zumutbar und möglich erscheint, ist aufgrund der Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik oder anderer Quellen (z.B. Philippe Mühlhauser, Das Lohnbuch 2013) zu bestimmen, von welchem hypothetischen Einkommen auszugehen ist (BGE 137 III 118 E. 3.2, BGE 128 III 4 E. 4c bb).

### **E. 1.4**

Der Beklagte wehrt sich im Berufungsverfahren gegen die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Während er zu Recht in rechtlicher Hinsicht zusammen mit der Vorinstanz (Urk. 72 S. 11) eine Tätigkeit als Architekt als zumutbar hält (Urk. 71 S. 7), verneint er in tatsächlicher Hinsicht die Möglichkeit, ein höheres Einkommen zu erzielen (Urk. 71 S. 9). Er selbst räumt jedoch im Berufungsverfahren ein, dass sein tatsächliches Einkommen unterdurchschnittlich ist (Urk. 71 S. 8). Konkrete Gründe für sein auch nach über fünfjähriger Arbeitstätigkeit unterdurchschnittliches Einkommen nennt er keine. Seine beispielhafte Aufzählung für die mannigfaltigen Gründe eines unterdurchschnittlichen Lohnes (unterdurchschnittliche Leistungsfähigkeit; Konzentrationsfähigkeit und Fehleranfäll-

- 8 - ligkeit, Auffassungsgabe etc.; unterdurchschnittliche "soft skills": Soziale Kompetenzen etc.; oder mangelnde persönliche Voraussetzungen: z.B. eine unterdurchschnittliche Fähigkeit, sich auf dem Arbeitsmarkt anzupreisen und zu verkaufen) ist nur allgemeiner Natur. Er legt dabei nicht dar, dass einige der aufgeführten Gründe auf ihn zutreffen. Sein Erklärungsversuch, in den Jahren 2008 und 2009 scheine gemäss den Absageschreiben wiederholt die mangelnde Erfahrung als Studienabgänger mitgespielt zu haben (Urk. 71 S. 9), überzeugt nach mehreren Jahren Berufungserfahrung nicht. Ebenso lässt sich allein aus dem Umstand, dass er bisher nie mehr als Fr. 4'000.– brutto verdient habe (Urk. 71 S. 8), kein auch in der Zukunft stets im unterdurchschnittlichen Bereich anzusiedelndes Einkommen ableiten. Der Beklagte hegt anlässlich der aktuellen Anstellungssuche immerhin die Hoffnung, dass er eine besser bezahlte Anstellung finden könne (Urk. 71 S. 9). In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten, dass der heute 33,5-jährige Beklagte einem Arbeitspensum von 100 % nachgehen kann. Es ist ihm daher zumutbar und auch möglich, einem Vollzeitpensum als Architekt nachzugehen. Stellt man zur Ermittlung der Höhe des hypothetischen Einkommens auf das Lohnbuch 2013 ab, resultiert bei einer Anstellung als Architekt im Bereich Projektarbeit und einem Alter von 31 bis 35 Jahren ein erzielbarer Bruttolohn von Fr. 5'666.– pro Monat, ohne 13. Monatslohn (Philippe Mühlhauser, Das Lohnbuch 2013, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zürich 2013, S. 408). Zieht man die Schweizerische Lohnstrukturerhebung 2010 des Bundesamtes für Statistik, Tabelle TA1, heran, führt diese einen Bruttolohn von Fr.

6'130.– pro Monat (inkl. Anteil 13. Monatslohn; Anforderungsniveau: voraus- gesetzte Berufs- und Fachkenntnisse) bzw. Fr. 8'018.– pro Monat (inkl. Anteil 13. Monatslohn; Anforderungsniveau: Verrichtung selbständiger und qualifizierter Ar- beiten) an. Auch die vom Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Beschäftigungsstatistik 2009 der ETH Zürich welche für 12 % der Absolventen (Architektur) mit Diplom 2009 ein jährliches Bruttoeinkommen von unter Fr. 50'000.–, für 43 % ein solches von Fr. 50'000.– bis Fr. 59'999.– und für 45 % ein solches von über Fr. 60'000.– bescheinigt (Urk. 72 S. 11 mit Verweis auf Urk. 61/2) kann als Quelle für die Bestimmung des hypothetischen Einkommens herangezogen werden, ungeachtet der Tatsache, dass der Beklagte im Beru- - 9 - fungsverfahren den Einwand erhebt, er habe kein hypothetisches Einkommen in der Höhe der Beschäftigungsstatistik 2009 der ETH Zürich anerkannt, sondern nur begründen wollen, weshalb aus einem unterdurchschnittlichen Lohn nicht ge- folgert werden könne, dass er freiwillig auf Einkommen verzichte (Urk. 71 S. 9). Stellt man die Ergebnisse der Einkommenserhebungen mit dem von der Vorin- stanz dem Beklagten angerechneten hypothetischen Einkommen von Fr. 5'000.– brutto pro Monat, d.h. Fr. 4'450.– netto pro Monat, gegenüber, ergibt sich deutlich, dass die Vorinstanz dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen in bescheide- ner Höhe anrechnete. Ihr Entscheid liegt im Rahmen des ihr zustehenden Ermes- sens und benachteiligt den Beklagten keineswegs. Folglich sind – entgegen den Ausführungen des Beklagten (Urk. 71 S. 9) – die Voraussetzungen für die An- nahme eines hypothetischen Einkommens erfüllt, und es ist ihm in Übereinstim- mung mit der Vorinstanz ein hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 4'450.– pro Monat zuzüglich Kinderzulagen anzurechnen. Der Beklagte ist nochmals darauf hinzuweisen, dass für die Entrichtung von Kinderunterhaltsbeiträgen für ein un- mündiges Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbs- kraft zu stellen sind und sich die Eltern entsprechend ausrichten müssen, um ihre Arbeitskapazität maximal auszuschöpfen (BGE 137 III 118 E. 3; Urteil 5A\_170/2011 E. 2.3 vom 9. Juni 2011).

### **E. 1.5**

Zu prüfen bleibt, ab wann dem Beklagten das hypothetische Einkom- men anzurechnen ist. Die Vorinstanz rechnete ihm das hypothetische Einkommen unter Berücksichtigung einer praxisgemässen Übergangsfrist ab 1. Juni 2013 an, laufe doch sein Projekt bei der Arbeitgeberin per Ende November 2012 aus (Urk. 72 S. 12). Dem Beklagten wurde mit Schreiben vom 27. Februar 2013 per 30. April 2013 gekündigt (Urk. 75/10). Wer die handschriftliche Notiz "Kündigung ■ Ach- tung diverse unzutreffende Aussagen" auf der rechten Seiten oben erstellte und worauf sich diese bezieht, bleibt unklar. Der Beklagte macht weiter geltend, sein Zivildiensteinsatz behindere ihn bei der Arbeitssuche, weshalb kaum vorstellbar sei, dass er sich vor Oktober 2013 erfolgreich bewerben könne, weshalb ihm sub-

- 10 - eventualiter eine deutlich längere Übergangsfrist bis Juni 2014 für das Finden ei- ner neuen Arbeitsstelle mit einem höheren Einkommen einzuräumen sei (Urk. 71 S. 12). Das Schreiben der Vollzugsstelle für den Zivildienst vom 6. März 2013 be- scheinigt seinen Zivildiensteinsatz vom 1. Juli 2013 bis 4. Oktober 2013 (Urk. 75/11). Aus dem E-Mail des RAV vom 20. März 2013 ergibt sich einerseits die noch abzuklärende Vermittlungsfähigkeit des Beklagten und andererseits sein bis 31. Mai 2013 verlängertes Arbeitsverhältnis, welches der Beklagte gleichen- tags mit einem E-Mail bestätigte (Urk. 75/12 S. 1). Die vom Beklagten geltend gemachte Vermittlungsunfähigkeit bis zum Zivildiensteinsatz (Urk. 71 S. 12) wird durch das E-Mail des RAV nicht bekräftigt,



## **E. 2.2**

Der Beklagte bemängelt im Berufungsverfahren die von der Vorinstanz in seinem Bedarf nicht einberechneten Besuchsrechtskosten (Urk. 71 S. 10). Ob das Gericht dem Besuchsberechtigten im Streit um die Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge einen gewissen Betrag für die Ausübung des Besuchsrechts zugestehen will, ist Ermessensfrage (BGer 5A\_390/2012 E. 6.4 vom 21. Januar 2013 m.w.H.). Mit dem Beklagten (Urk. 41 S. 10) und der Vorinstanz (Urk. 72 S. 15) ist auf den Umstand hinzuweisen, dass noch kein Besuchsrecht zwischen dem Beklagten und dem Kläger festgelegt worden ist. Allein schon aus diesem Grund sind mangels tatsächlicher Kosten die von ihm verlangten Fr. 50.– pro Mo-

- 12 - nat nicht im Bedarf zu berücksichtigen. Darüber hinaus sind effektive Besuchsrechtskosten lediglich dann anzurechnen, wenn es die finanziellen Verhältnisse es zulassen. Unter den gegebenen angespannten finanziellen Verhältnissen erscheint die Berücksichtigung der Besuchsrechtskosten unangemessen. Damit besteht auch kein Raum für die vom Beklagten eventualiter beantragte automatische Reduktion der Unterhaltsbeiträge um Fr. 50.–, sobald ein Besuchsrecht zwischen ihm und dem Kläger festgelegt worden sei (Urk. 71 S. 10 f.). Aus den gleichen Gründen können die Besuchsrechtskosten für E.\_\_\_\_\_ – sein Kind aus früherer Ehe – nicht in seinem Bedarf angerechnet werden (begleiteter Besuchstreff im Kinderhaus F.\_\_\_\_\_, Urk. 75/4).

## **E. 2.3**

Weiter übt der Beklagte Kritik an der von der Vorinstanz unterlassenen Anrechnung eines höheren Mietzinses von Fr. 1'400.– pro Monat. Mit seinem Vorbringen, seine 1 ½-Zimmerwohnung (vgl. Urk. 59 S. 4) sei für den Besuch seiner beiden Kinder unzureichend und für Fr. 1'050.– pro Monat inklusive Nebenkosten sei keine 2 ½-Zimmerwohnung im Einzugsgebiet der Stadt Zürich erhältlich (Urk. 71 S. 11), wiederholt der Beklagte seine vorinstanzlichen Ausführungen und setzt den zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid nichts entgegen (Urk. 72 S. 15 f.). Mit den vorliegenden beengten finanziellen Verhältnissen ist es nicht angezeigt, die nicht übermässig hohen Kinderunterhaltsbeiträge zu Gunsten der Kosten für die Besuchsrechtsausübung zu reduzieren. Daran ändert auch das dem Beklagten – entgegen seinen Ausführungen (Urk. 71 S. 11) – anzurechnende hypothetische Einkommen nichts. Dem Beklagten sind somit weiterhin Mietkosten in der Höhe von Fr. 1'050.– pro Monat anzurechnen.

## **E. 2.4**

Statt der vom Beklagten vor Vorinstanz unter dem Titel "Franchise/Selbstbehalt" geltend gemachten und auch zuerkannten monatlichen Fr. 25.– (Urk. 72 S. 17 und 22) fordert der Beklagte im Berufungsverfahren einen Betrag von Fr. 30.– pro Monat (Position "Gesundheitskosten, Urk. 71 S. 4). Er begründete im vorinstanzlichen Verfahren diese Kosten zunächst damit, dass er an körperlichen Beschwerden in Form von mehreren Allergien leide und er sich gerne mit Alternativmethoden behandeln lasse (Prot. I S. 5). Im Laufe des Verfahrens bringt

- 13 - er (ergänzend) vor, er habe u.a. wegen seiner Empfindlichkeit des Darms jedes Jahr regelmässig ärztliche Behandlungen in der Höhe von mindestens der Franchise von Fr. 300.– (Urk. 59 S. 5). Seine vagen Ausführungen anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 9. August 2012 vermögen die von ihm gene-rierten

Gesundheitskosten nicht zu erklären (Prot. I S. 38 f.). Anhand des Schreibens der G. \_\_\_\_\_ [Versicherung] vom 20. Januar 2012 "Bescheinigung 2011" ergeben sich ungedeckte Kosten aus der Grundversicherung von Fr. 307.50 für das Jahr 2011 (Urk. 17/3). Das neu vom Beklagten im Berufungsverfahren eingereichte Schreiben der G. \_\_\_\_\_ vom 18. Januar 2013 "Bescheinigung 2012" weist ungedeckte Kosten von Fr. 372.20 für das Jahr 2012 aus (Urk. 75/6). Der Beklagte schweigt sich im Berufungsverfahren über den Grund der leicht höheren Gesundheitskosten aus. Zudem finden sich in den Akten keine Rechnungen oder Quittungen, welche die Vorbringen des Beklagten im vorinstanzlichen Verfahren in Bezug auf seinen empfindlichen Darm und/oder seiner Allergien untermauern würden. Es lässt sich somit nicht eruieren, ob dem Beklagten auch künftig ungedeckte Gesundheitskosten in dieser Höhe entstehen. Entsprechend hat es mit der Anrechnung von Fr. 25.– pro Monat für Franchise/Selbstbehalt im Bedarf des Beklagten sein Bewenden. Anzufügen ist, selbst wenn ihm die um Fr. 5.– pro Monat höheren Gesundheitskosten im Jahre 2012 im Bedarf einberechnet würden, hätte dies zufolge der zu rundenden Beträge keine Auswirkungen auf die Höhe der Unterhaltsbeiträge. Der Beklagte moniert die im angefochtenen Entscheid zu Gunsten des Klägers (und des Kindes aus der früheren Ehe des Beklagten) aufgerundeten Unterhaltsbeiträge im Berufungsverfahren nicht (Urk. 72 S. 23 f.). Seine Unterhaltsberechnung billigt denn auch bei einem Freibetrag von Fr. 282.– (vgl. Bedarfsaufstellung in Urk. 71 S. 4) dem Kläger (und seinem Kind aus früherer Ehe) einen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 145.– pro Monat zu (Urk. 71 S. 11).

### **E. 2.5**

Da die weiteren im Berufungsverfahren unbestritten gebliebenen Positionen des Bedarfes des Beklagten belegt sind bzw. angemessen erscheinen, besteht kein Grund darauf zurückzukommen. Es kann – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – auf die vorgängig wiedergegebene vorinstanzliche Bedarfsaufstellung verwiesen werden (vgl. Erwägung Ziffer II. B. 2.1).

- 14 -

### **E. 3**

Der Beklagte verlangte im Berufungsverfahren die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge auf Fr. 70.– von 1. Juni 2012 bis 31. Juli 2012, auf Fr. 145.– von 1. August 2012 bis 31. März 2028 und auf Fr. 290.– von 1. April 2008 bis zur Mündigkeit (Urk. 71 S. 2). Unter Berücksichtigung der Unterhaltsverpflichtung bis zur Mündigkeit ergibt dies gesamthaft Fr. 43'930.–. Der Kläger beantragte die Abweisung der Berufung und verlangte damit die Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils, welches Unterhaltsbeiträge von Fr. 70.– von 1. Juni 2012 bis 31. Juli 2012, Fr. 145.– von 1. August 2012 bis 31. Oktober 2012, Fr. 195.– von 1. November 2012 bis 31. Mai 2013, Fr. 590.– von 1. Juni 2013 bis 31. März 2028 und Fr. 1'180.– von 1. April 2028 bis zum Erreichen der Mündigkeit festsetzte. Aus den darin zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen lässt sich eine Unterhaltsverpflichtung des Beklagten von insgesamt Fr. 122'300.– ermitteln. Neu sind die Unterhaltsbeiträge auf Fr. 70.– von 1. Juni 2012 bis 31. Juli 2012, Fr. 145.– von 1. August 2012 bis 31. Oktober 2012, Fr. 195.– von 1. November 2012 bis 30. April 2014, Fr. 590.– von 1. Mai 2014 bis 31. März 2028 und Fr. 1'180.– von 1. April 2028 bis 30. April 2029 festgesetzt, was gesamthaft Fr. 117'955.– ergibt. Der Beklagte unterliegt in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge zu rund 95 %. Weiter unterliegt er vollumfänglich mit seinen Anträgen betreffend Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz, Streichung bzw. Ergänzung

der Indexierungsklausel so- wie erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen. Infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (siehe Erwägungen Ziffer II. E.) sind die Gerichtskosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt des Nachforderungsrechts des Staates (Art. 123 ZPO).

- 20 -

#### **E. 4**

Parteienentschädigungen werden nach den Tarifen gemäss Art. 96 ZPO zugesprochen und den Parteien in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO auferlegt (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die entschädigungspflichtige Partei nicht von der Bezahlung der Parteienentschädigung an die Gegenpartei. Der Beklagte ist daher entsprechend der Kostenverteilung zu verpflichten, dem Kläger, der durch eine Beiständin der Sozialen Dienste Zürich bzw. deren rechtskundigen Substitutin vertreten ist, eine Entschädigung zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese richtet sich nicht nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010. Sie ist ermessensweise auf Fr. 800.– festzusetzen. Es wird beschlossen:

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