

ZH_OBERGERICHT LZ160009 vom 28. November 2016

ZH Obergericht, 2016-11-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ160009

FR: ZH_OBERGERICHT LZ160009 du 28 novembre 2016

IT: ZH_OBERGERICHT LZ160009 del 28 novembre 2016

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Der Kläger und Berufungsbeklagte 1 (fortan Kläger) kam am tt.mm.2006 als Sohn von D._____ in F._____ (Deutschland) zur Welt und wurde am 25. Oktober 2006 vom Beklagten und Berufungskläger (im Folgenden Beklagter) als sein Kind anerkannt (Urk. 2/2 und Urk. 2/3). Die Klägerin und Berufungsbeklagte 2 (nachstehend Klägerin) wurde am tt.mm.2008 als Tochter von D._____ in G._____ (Deutschland) geboren und am 27. August 2008 ebenfalls vom Beklagten als sein Kind anerkannt (Urk. 2/2 und Urk. 2/4). Am 25. Oktober 2006 bzw. am 27. August 2008 gaben der Beklagte und D._____ für den Kläger resp. für die Klägerin die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge ab (Urk. 2/3 und Urk. 2/4). Die Kindseltern waren nie verheiratet und haben bislang keine Vereinbarung über die Unterhaltungspflicht des Beklagten für die Kläger getroffen. Im Juli 2010 zogen der Beklagte und D._____ mit den Klägern in die Schweiz, wo Ersterer bei der ... eine Anstellung fand, mit der er ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 5'000.– erzielte (Urk. 1 S. 3 und Urk. 15 S. 2). Nach knapp fünf Jahren Aufenthalt in der Schweiz trennten sich die Eltern der Kläger. Der Beklagte zog im Sommer 2015 aus der gemeinsamen Wohnung in H._____ aus und kehrte auf die I._____ (Deutschland) zurück. Dort nahm er per 1. September 2015 eine Stelle bei der J._____ mbH an, die ihm einen Bruttomonatslohn von € 1'811.95 einbringt (Urk. 1 S. 3; Urk. 15 S. 2; Urk. 27 S. 1; Urk. 16/1). Seit

- 5 - diesem Zeitpunkt bezahlt er monatlich € 100.– Unterhalt pro Kind (Urk. 15 S. 2; Urk. 23 S. 8).

E. 1.2

Am 24. November 2015 errichtete die Kindes- und Erwachsenen- schutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen für die Kläger eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB und beauftragte die "Beistandsperson", die Kinder bei der Wahrung ihrer Unterhaltsansprüche gegenüber dem Beklagten zu vertreten (Urk. 2/1). In der Folge erhob der Beistand der Kläger mit Eingabe vom

E. 1.3

Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Beklagte mit – vorab per Fax und anschliessend per Post übermittelter – Eingabe vom 20. September 2016 Berufung mit den vorstehend zitierten Anträgen (Urk. 31A+B). Mit Verfügung vom 29. September 2016 wurde ihm Frist zur Beibringung von Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen angesetzt (Urk. 34). Dieser Aufforderung kam der Beklagte innert erstreckter Frist (vgl. Urk. 35B) nach (Urk.

36-38/6). Weitere pro- zessuale Anordnungen sind nicht ergangen.

- 6 -

E. 2

Prozessuales

E. 2.1

Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind erfüllt: Die Berufung des Be- klagten, der durch das angefochtene Urteil beschwert ist, richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, de- ren Streitwert Fr. 10'000.– übersteigt (Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO) und die nicht unter einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 309 ZPO fällt. Sie wurde (in der postalisch übermittelten Fassung) frist- und formgerecht erhoben (Art. 311 Abs. 1 ZPO; Urk. 30 und Urk. 31B). Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Be- gründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist somit auf die Berufung einzutreten. Wie nach- stehend zu zeigen ist, ist diese aber offensichtlich unbegründet. Damit erübrigen sich weitere prozessuale Anordnungen. Insbesondere braucht den Klägern keine Gelegenheit zur Beantwortung der Berufung gegeben zu werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

E. 2.2

Die Berufung richtet sich (nur) gegen die Höhe der im angefochtenen Urteil festgesetzten monatlichen Unterhaltsbeiträge von je Fr. 145.– (Urk. 32 Disp.-Ziff. 1 lit. a Abs. 1). Konkret bemängelt der Beklagte die Höhe der Wohnkos- ten, welche die Vorinstanz in seinem Bedarf berücksichtigt und der Unterhaltsbe- rechnung zugrunde gelegt hat (dazu hinten, E. 3.2); zudem macht er neu Kinder- besuchskosten geltend (dazu hinten, E. 3.3). Die übrigen vorinstanzlichen Anord- nungen werden in der Berufungsschrift weder thematisiert noch beanstandet und sind daher nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Die Abweisung der Klage im darüber hinausgehenden Umfang (Urk. 32 Disp.-Ziff. 2) blieb auch seitens der Kläger unangefochten.

E. 2.3

Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006 S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrich- tige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränk- te Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger

- 7 - Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. Ap- ril 2013, E. 3.1), welcher bei Entscheiden betreffend Unterhalt erhebliche Bedeu- tung zukommt (vgl. statt vieler BGer 5A_797/2012 vom 18. März 2013, E. 3.2.3). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punk- ten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvorausset- zung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen be- zeichnet, 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. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (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). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden 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 formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw.; BGer 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). Soweit in der vorliegenden Berufungsschrift pauschal "auf das gesamte erstinstanzliche Vorbringen des Beklagten Bezug genommen" und das angefochtene Urteil ohne konkrete Beanstandungen "in vollem Umfang der Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt" wird (Urk. 31B S. 3 und S. 2), genügt die Berufung diesen formellen Begründungsanforderungen nicht. Insoweit ist auf sie nicht einzutreten.

- 8 -

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_456/2016 vom 28. Oktober 2016, E. 4.1.1; 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1; 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, je m.w.Hinw.). Diese Novenbeschränkung gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch in Verfahren, die – wie das vorliegende – der (unbeschränkten) Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 296 Abs. 1 ZPO unterstehen. Danach regelt Art. 317 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit der Parteien, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, auch in diesen Fällen abschliessend und ist eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ausgeschlossen (BGE 138 III 625 E. 2.2 S. 626 f.; 142 III 413 E. 2.2.2 S. 415; BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2; 5A_541/2015 vom 14. Januar 2016, E. 5.2; 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016, E. 2; 5A_117/2016 vom 9. Juni 2016, E. 3.2.1). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz 1214 und Rz 2414 f.).

E. 3

Materielle Beurteilung

E. 3.1

Erwägungen der Vorinstanz Die Vorinstanz ging unangefochten und zutreffend davon aus, dass sie zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig sei, auf die Klage schweizerisches Recht Anwendung finde und die Klage als Klage im Sinne von Art. 279

ZGB zu qualifizieren sei (Urk. 32 S. 5 f. E. II und S. 10 E. IV/1). Im Rahmen der Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ging sie von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beklagten von € 1'328.– bzw. – gestützt auf den aktuellen Wechselkurs (1€ = 1.08 Fr.) – von Fr. 1'434.– aus; die Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens lehnte sie ab (Urk. 32 S. 12 ff. E. IV/5.1-6.4). Den Bedarf

- 9 - des Beklagten veranschlagte die Vorinstanz auf insgesamt Fr. 1'144.– (Urk. 32 S. 18 ff. E. IV/7.2-7.9). Mit Bezug auf die darin enthaltenen Wohnkosten erwog sie, dass der Beklagte monatliche Wohnkosten von € 200.– sowie monatliche Kreditraten für die Wohnung von € 200.– geltend mache. Die Wohnkosten in der Höhe von € 200.– seien von den Klägern anerkannt worden. Was den Wohnkredit betreffe, hätten sich die Kläger auf den Standpunkt gestellt, dass die Abzahlung des noch bestehenden Restkredits gestoppt werden könne, da der Kreditgeber der Vater des Beklagten sei und es sich somit um einen innerfamiliären Kredit handle. Der Beklagte habe anerkannt, dass ein innerfamiliärer Kredit vorliege, sich aber auf den Standpunkt gestellt, dass es sich um einen Vertrag handle, dessen Bedingungen ungeachtet der Person des Vertragspartners einzuhalten seien. Da die geltend gemachte Ausgabenposition bestritten sei, hätte der Beklagte diese nicht lediglich behaupten dürfen, sondern gemäss Art. 8 ZGB auch beweisen müssen. Obwohl er in den prozessleitenden Verfügungen (Urk. 11 und Urk. 25) ausdrücklich darauf hingewiesen worden sei, dass er Belege einzureichen habe, habe er keinerlei Belege zu den geltend gemachten Kreditraten ins Recht gereicht. Diese Auslagenposition könne deshalb nicht angerechnet werden. Somit seien lediglich Wohnkosten in der Höhe von € 200.– bzw. Fr. 216.75 (recte: Fr. 216.–) zu berücksichtigen (Urk. 32 S. 19 E. IV/7.4).

E. 3.2

Nichtberücksichtigung der Kreditraten

E. 3.2.1

Der Beklagte räumt in der Berufungsschrift ein, dass er vor Vorinstanz keinen Beleg eingereicht habe, der die Höhe der Kreditrate beweise. Allerdings hätten die Kläger die Höhe der Kreditrate zu keinem Zeitpunkt bestritten. Sie hätten sich lediglich auf den Standpunkt gestellt, dass die Abzahlung des Wohnkredits gestoppt werden könne, da es sich um einen innerfamiliären Kredit handle. Die Höhe der monatlichen Kreditrate sei jedoch unbestritten geblieben, sodass von der Vorlage eines entsprechenden Belegs als Beweis abgesehen worden sei. Dennoch reiche er, der Beklagte, den Kreditvertrag zwischen ihm und seinem Vater vom 7. Februar 2016 nunmehr nach. Daraus ergebe sich, dass zwischen den Vertragsparteien ab Juli 2015 eine monatliche Kreditrate in der Höhe von € 200.– vereinbart worden sei. Unter Berücksichtigung dieser Kreditrate beliefen sich sei-

- 10 - ne Lebenshaltungskosten auf insgesamt Fr. 1'360.– (Fr. 1'144.– + Fr. 216.–), so dass von seinem aktuellen Einkommen lediglich ein Überschuss von Fr. 74.– (Fr. 1'434.– ./ Fr. 1'360.–) verbleibe. Auf diesen Betrag sei seine Leistungsfähigkeit beschränkt (Urk. 31B S. 2 f. mit Anhang).

E. 3.2.2

Der Beklagte unterlässt es, diejenigen Stellen in den vorinstanzlichen Akten zu bezeichnen, auf die er seinen Einwand stützt. Die Berufungsschrift enthält keinen einzigen konkreten Hinweis auf eine bestimmte Aktenstelle. Da er mit seinen Vorbringen in materieller

Hinsicht ohnehin keinen Mangel im Sinne von Art. 310 ZPO darzutun vermag (vgl. nachstehende E. 3.2.3-3.2.6), kann offenbleiben, ob die Beschwerde diesbezüglich den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügt (vgl. vorne, E. 2.3).

E. 3.2.3

Die Vorinstanz hatte den Beklagten in ihren prozessleitenden Verfügungen vom 19. Januar 2016 und 5. April 2016 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er seine eigenen Tatsachenbehauptungen aufzustellen und die Beweismittel dazu (Zeugen, Urkunden, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskünfte, Parteibefragungen oder Beweisaussage) genau zu bezeichnen habe und dass verfügbare Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollten, zusammen mit der Stellungnahme zur Klage resp. mit der Duplik einzureichen seien; nach der Duplik könnten grundsätzlich keine Tatsachenbehauptungen und Beweismittel mehr vorgebracht werden (Urk. 11 und Urk. 25, je Disp.-Ziff. 2).

Ungeachtet dieser expliziten Aufforderungen unterliess es der Beklagte, den Kreditvertrag zwischen ihm und seinem Vater vom 7. Februar 2016 vor Vorinstanz einzureichen. Dass dessen Beibringung nicht möglich gewesen wäre, z.B. weil diese Urkunde für ihn nicht verfügbar gewesen sei, macht er nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Gegenteil lässt sich aus seinen Ausführungen (Urk. 31B S. 2 unten) schliessen, dass er trotz der unmissverständlichen Anordnungen der Vorinstanz absichtlich auf deren Einreichung verzichtet hat. Die erst mit der Berufung beigebrachte Kopie des Kreditvertrags (Anhang zu Urk. 31B) hätte bei zumutbarer Sorgfalt somit schon vor erster Instanz eingereicht werden können (und angesichts der gerichtlichen Aufforderungen auch müssen). Es handelt sich demnach um ein unzulässiges neues Beweismittel, das bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden

- 11 - kann (Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.4). Eine Verletzung der Untersuchungsmaxime rügt der Beklagte in diesem Zusammenhang nicht.

E. 3.2.4

Wie die Vorinstanz (Urk. 32 S. 11 E. IV/2.2) zutreffend ausführte, gilt bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten die (uneingeschränkte) Untersuchungs- und die Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Erstere verpflichtet den Richter, von sich aus alle Elemente in Betracht zu ziehen, die entscheidungswesentlich sind, und unabhängig von den Anträgen der Parteien Beweise zu erheben. Diese Pflicht ist indes nicht ohne Grenzen und entbindet die Parteien nicht von einer aktiven Mitwirkung am Verfahren. Die Sammlung des entscheidungsrelevanten Prozessstoffes obliegt vielmehr auch im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime primär den Parteien, welche nach der bundesgerichtlichen Praxis gehalten sind, Hinweise zum Sachverhalt zu geben und Beweise zu bezeichnen (BGer 5A_485/2012 vom 11. September 2012, E. 5; 5A_776/2012 vom 13. März 2013, E. 6.3.2; 5A_808/2012 vom 29. August 2013, E. 4.3.2, je m.Hinw. auf BGE 128 III 411 E. 3.2.1 S. 412 ff.). Der Untersuchungsgrundsatz ändert auch nichts an der formellen Beweislast (Art. 8 ZGB), welche die Folgen der Beweislosigkeit einer bestimmten Tatsache regelt (BGer 5A_59/2016 vom 1. Juni 2016, E. 4.4).

E. 3.2.5

In seiner Stellungnahme zur Klage führte der Beklagte bei der Zusammenstellung seiner monatlichen Lebenshaltungskosten unter anderem eine Position "Wohnkosten 200,00 €" und ohne nähere Begründung eine Position "Kredit für Wohnung 200,00 €" auf. Diese beiden Positionen, welche er offenbar bereits in einer früheren Aufstellung aufgeführt hatte,

waren von den Klägern bereits in der Klagebegründung "mangels Belegen in der Höhe und im Bestand ... im Grundsatz bestritten" worden (Urk. 1 S. 5). Als Beweis für sämtliche von ihm geltend gemachten Bedarfspositionen offerierte er dabei pauschal die "Vorlage der entsprechenden Nachweise im Bestreitensfall" (Urk. 15 S. 2). Die Kläger hielten dem in der Replik entgegen, dass die Wohnung bis auf einen vernachlässigbar kleinen Rest von deutlich weniger als € 10'000.– abbezahlt worden sei, und akzeptierten deshalb nur die effektiv anfallenden Wohnkosten von € 200.–. Die Kreditraten seien vom Vater des Beklagten nach dessen Wegzug aus der Schweiz

- 12 - von zuvor € 400.– auf derzeit € 200.– reduziert worden. Es sei dem Beklagten ohne Weiteres zuzumuten, die Rückzahlung des kleinen Rests des innerfamiliären Kredits ganz zu stoppen, da ja offenbar auch eine Halbierung der Amortisationsraten problemlos möglich gewesen sei. Selbst wenn man – so die Kläger weiter – von einer Verzinsungspflicht ausgehen würde, wären die entsprechenden Zinszahlungen marginal und zu vernachlässigen. Und selbst dann, wenn man eine weitere Amortisation des restlichen familiären Darlehens akzeptieren würde, müssten die Unterhaltsbeiträge abgestuft bzw. nach deren Wegfall im entsprechenden Umfang erhöht werden (Urk. 23 S. 5 f. Ziff. 5.3). Mit diesen Ausführungen stellten die Kläger zwar nicht in Abrede, dass der Beklagte allenfalls noch eine betragsmässig bescheidene Restschuld gegenüber seinem Vater hat und die Darlehensparteien Rückzahlungsraten von € 200.– vereinbart haben. Sie bestritten jedoch, dass diese Raten zwingend, unaufschiebbar und auf längere Zeit hin geleistet werden müssen. Stattdessen behaupteten sie, dass die – anzahlmässig wenigen – restlichen Raten aufgrund der innerfamiliären Natur des Darlehens und der den neuen finanziellen Verhältnissen des Beklagten angepassten Rückzahlungsvereinbarung ohne Weiteres gestundet werden könnten und deshalb nicht in dessen Bedarf zu berücksichtigen seien. Damit bestritten sie die Notwendigkeit, die geltend gemachten Raten zurzeit und über die gesamte Dauer der Unterhaltspflicht zurückzuzahlen. Entgegen den Vorbringen in der Berufungsschrift wurde die vom Beklagten als Bedarfsposition behauptete (langfristige) Verpflichtung zur Rückzahlung des Kredits in der Höhe von € 200.– pro Monat somit durchaus bestritten. Im Übrigen ist das Gericht im Anwendungsbereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime (im Unterschied zur Verhandlungsmaxime) ohnehin nicht an unbestrittene Tatsachen gebunden, weshalb allenfalls auch solche zu beweisen sind. Dessen ungeachtet beschränkte sich der (anwaltlich vertretene) Beklagte in der Duplik auf die Behauptung, dass er "sehr wohl den noch ausstehenden Restkredit auch weiterhin zu tilgen" habe und es unerheblich sei, dass es sich um einen innerfamiliären Kredit handle. Auch ein solcher stelle einen Vertrag dar, dessen Bedingungen einzuhalten seien, und es spiele insoweit keine Rolle, wer Vertragspartner sei (Urk. 27 S. 3). Beweismittel nannte er dabei keine, und er reichte auch den Kreditvertrag nicht ein. Wenn die Vorinstanz unter

- 13 - diesen Umständen annahm, der Beklagte habe es in Missachtung seiner Mitwirkungspflicht bei der Erstellung des Sachverhalts unterlassen, konkrete Beweismittel zur geltend gemachten Kreditschuld einzureichen oder zu bezeichnen, weshalb die behauptete und bestrittene Pflicht zur Rückzahlung von Kreditraten unbewiesen geblieben und der entsprechende Betrag folglich nicht im Bedarf anzurechnen sei, ist dies nicht zu beanstanden. Insoweit ist die Berufung unbegründet. Bloss nebenbei sei angemerkt, dass die monatlichen Raten gemäss Angabe des Beklagten in der Zwischenzeit auf € 100.– reduziert wurden (Urk. 36 S. 2). Dieser Umstand stützt die klägerische Behauptung, wonach sich die Rückzahlungsverpflichtung stunden lasse, und bekräftigt den Entscheid, die

Kreditraten nicht im beklagischen Bedarf zu berücksichtigen.

E. 3.2.6

Die geltend gemachte Rückzahlungspflicht wäre im Übrigen selbst dann nicht im Bedarf des Beklagten anzurechnen, wenn sie unbestritten geblieben wäre oder der nachgereichte Kreditvertrag (Anhang zu Urk. 31B) im Berufungsverfahren berücksichtigt werden könnte. So gebieten die Interessen des Unterhaltsgläubigers, dass Schuldverpflichtungen des Unterhaltsschuldners, die neben der Unterhaltspflicht bestehen, nur zurückhaltend in dessen Bedarfsrechnung berücksichtigen werden. Deshalb sind nach Lehre und Rechtsprechung Amortisationszahlungen für Hypothekendarlehen – anders als Zinsen für Hypothekarkredite, welche eine vom Unterhaltspflichtigen bewohnte Liegenschaft belasten – grundsätzlich nicht in den Grundbedarf aufzunehmen. Die Anrechnung anderer Schulden und Ratenzahlungen für Kreditgeschäfte findet nur statt, wenn die fragliche Schuld beide Parteien betrifft bzw. sofern das bezogene Kapital für den Unterhalt beider eingesetzt wurde und zudem die Raten vom Schuldner auch tatsächlich regelmässig bezahlt werden. Dienten oder dienen die Kredite hingegen nur dem Interesse einer Partei oder ist die regelmässige Abzahlung nicht nachgewiesen, erfolgt keine Anrechnung (BGE 127 III 289 E. 2.a/bb S. 292; BGer 5A_923/2012 vom 15. März 2013, E. 3.1; 5A_780/2015 vom 10. Mai 2016, E. 2.7, je m.w.Hinw.; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., 2010, Rz 02.43 f.). Diese Einschränkungen hinsichtlich der Berücksichtigung von Schuldverpflichtungen gelten generell, sind aber in besonderer Weise bei knap-

- 14 - pen finanziellen Verhältnissen und – angesichts des Vorrangs des Kinderunterhalts – bei der Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen geboten (vgl. FamKomm Scheidung I/Wullschleger, Art. 285 ZGB N 42; BGer 5C.53/2005 vom 31. Mai 2005, E. 5.4.1 und 5.4.2). Vor diesem Hintergrund fällt eine Anrechnung der geltend gemachten Kreditraten in casu ausser Betracht. Zunächst präsentieren sich die finanziellen Verhältnisse beider Kindseltern als äusserst angespannt und reicht deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht zur Deckung des Unterhalts der Kläger aus. Sodann wurde weder behauptet noch rechtsgenügend dargetan und ist auch nicht evident, dass und inwiefern die Aufnahme des fraglichen Kredits und dessen Abzahlung auch im Interesse der Kläger liegen resp. auch deren Unterhalt dienen sollte. Es ist deshalb anzunehmen, dass es sich um eine im alleinigen Interesse des Beklagten liegende Verpflichtung handelt. Und schliesslich blieb die Behauptung, der Beklagte leiste regelmässige monatliche Ratenzahlungen von € 200.–, trotz der gerichtlichen Aufforderung, Beweismittel für seine Tatsachenbehauptungen zu bezeichnen oder einzureichen (Urk. 11 und Urk. 25, je Disp.-Ziff. 2), vollends unbelegt. Der Beklagte reichte keinerlei Zahlungsbelege ins Recht, obwohl ihm dies ohne Weiteres möglich gewesen wäre. Dass er dazu (oder zumindest zur Bezeichnung von Beweismitteln) nicht in der Lage war, macht er nicht geltend. Damit fehlt es an den Voraussetzungen für eine Anrechnung der Rückzahlungsraten im beklagischen Bedarf. Auch deshalb erweist sich der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis als richtig.

E. 3.3

Kosten für die Kinderbesuche

E. 3.3.1

Neu macht der Beklagte in der Berufung geltend, in seinem Bedarf seien zusätzlich Kosten für die Besuche der Kinder in Deutschland zu berücksichtigen. Bislang hätten die Eltern

die Kosten von € 300.– pro Besuch hälftig geteilt. Nach Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens habe die Kindsmutter dem Beklagten aber mitgeteilt, dass sie künftig nicht mehr bereit sei, den hälftigen Betrag der Fahrtkosten zu übernehmen. Bringt er den Betrag nicht alleine auf, könnten die Kinder ihren Vater letztlich nicht mehr besuchen (Urk. 31B S. 3).

- 15 -

E. 3.3.2

Aus diesen Vorbringen folgt zunächst, dass beim Beklagten schon im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Verfahrens – wenn auch tiefere – Kosten für die Besuche der Kinder anfielen. Obwohl bekannt und in ihrer Grössenordnung wohl auch bezifferbar, thematisierte er vor Vorinstanz weder diese Besuche noch die damit verbundenen Kosten und machte Letztere insbesondere auch nicht als Bedarfposition geltend. Sie wurden – soweit ersichtlich – nirgends erwähnt. Jedenfalls zeigt der Beklagte nicht auf, dass und wo er bereits vor Vorinstanz auf die Kosten für die Kinderbesuche hingewiesen habe. Er legt in der Berufung auch nicht dar, warum er dieselben vor Vorinstanz unerwähnt liess und solche erstmals im Berufungsverfahren behauptet. Der Einwand, es fielen bei ihm Fahrtkosten für die Kinderbesuche an, welche in seinem Bedarf ebenfalls zu berücksichtigen seien, hätte bei zumutbarer Sorgfalt somit schon vor erster Instanz vorgetragen werden können. Er stützt sich somit auf eine unzulässige neue Tatsachenbehauptung und ist deshalb nicht zu hören (Art. 317 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.4). Daran ändert nichts, dass der Beklagte im Berufungsverfahren im Sinne eines echten Novums geltend macht, diese (in Missachtung der prozessualen Sorgfalt vor Vorinstanz nicht erwähnten) Kosten würden sich seit Erlass des angefochtenen Entscheids verdoppeln, da sich diese Behauptung auf einen Sachverhalt (Besuchskosten) bezieht, der bereits vor Erstinstanz zu behaupten gewesen wäre. Art. 317 Abs. 1 ZPO verlangt von den Parteien bereits vor Erstinstanz eine sorgfältige Prozessführung und dient nicht dazu, im Berufungsverfahren die Folgen prozessualer Nachlässigkeit im erstinstanzlichen Verfahren zu beheben.

E. 3.3.3

Sodann kommt der (anwaltlich vertretene) Beklagte auch in diesem Zusammenhang seiner Mitwirkungspflicht bei der Darlegung des entscheidenden Sachverhalts (vgl. vorne, E. 3.2.4) nur ungenügend nach. Einerseits beziffert er zwar die Kosten pro Besuch auf € 300.–, gibt er aber keinerlei Anhaltspunkte über die Anzahl Besuche pro Jahr und die Grössenordnung der daraus resultierenden (Gesamt-)Kosten. Diese bleiben im Dunkeln. Andererseits bezeichnet er keine Beweismittel und reicht keine Urkunden ein, die seine Behauptung belegen und die fraglichen Kosten abschätzen lassen könnten. Auch deshalb müssen diese Kosten unberücksichtigt bleiben.

- 16 -

E. 3.3.4

Schliesslich ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Berücksichtigung der Kosten für die Besuchsrechtsausübung hinzuweisen. Danach sind solche Kosten zwar grundsätzlich vom Besuchsrechtsberechtigten zu tragen. Die Berücksichtigung besonderer Umstände, insbesondere die finanzielle Lage der Eltern, können allerdings auch eine andere Verteilung rechtfertigen. Bei knappen finanziellen Verhältnissen der Eltern und insbesondere des Unterhaltspflichtigen, wie sie hier offenkundig vorliegen, können

Kosten für die Besuchsrechtsausübung im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung jedoch nur dann Berücksichtigung finden, wenn dadurch nicht die Mittel fehlen, welche für die Deckung des Unterhalts der Kinder beim obhutsberechtigten Elternteil notwendig sind (BGer 5C.282/2002 vom 27. März 2003, E. 3.2; 5A_292/2009 vom 2. Juli 2009, E. 2.3.1.3; 5A_224/2016 vom 13. Juni 2016, E. 5.3.2-5.3.3; s.a. FamKomm Scheidung I/Wullschleger, Art. 285 ZGB N 39a; Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz 2.46). Praxisgemäss kommt eine Anrechnung solcher Kosten im Bedarf des Unterhaltspflichtigen deshalb vorab bei guten finanziellen Verhältnissen in Frage; eine verbreitete dahingehende Praxis besteht allerdings nicht. Bei knappen finanziellen Mitteln und insbesondere in eigentlichen Mangelfällen, in denen beide Eltern wirtschaftlich schlecht dastehen, fällt die Anrechnung einer entsprechenden Bedarfsposition demgegenüber regelmässig ausser Betracht. In diesen Fällen würde eine Anrechnung nämlich mittelbar die Interessen der Kinder beeinträchtigen, indem die für den Kinderunterhalt notwendigen Mittel für die Kosten der Besuchsrechtsausübung verwendet würden, was es zu vermeiden gilt. Im vorliegenden Fall würde eine Berücksichtigung von Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts im Bedarf des Beklagten im Ergebnis zu einer Kürzung der ohnehin schon sehr bescheidenen, den notwendigen Unterhalt der Kinder bei Weitem nicht deckenden Kinderalimente führen. Im Lichte der vorstehenden Ausführungen könnten daher selbst dann keine derartigen Kosten im beklagtischen Bedarf angerechnet werden, wenn sie prozessrechtskonform behauptet worden wären. Dies umso weniger, als der Beklagte nach der Trennung von der Kindermutter und den Kindern freiwillig in seine Heimat zurückgekehrt ist und die grosse Distanz zu den weiterhin in der Schweiz lebenden Kindern und die daraus resultierende beträchtliche Höhe der Kinderbesuchskosten letztlich selbst verursacht

- 17 - hat. Die Vorinstanz hat den Rückkehrentscheid unter unterhaltsrechtlichem Aspekt (unangefochten) gebilligt und dem Beklagten kein hypothetisches Einkommen angerechnet (Urk. 32 S. 12 ff. E. 5.1-6.4). Die damit verbundene Lohnelbuss führt zu einer erheblichen Schmälerung seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und dementsprechend auch zu einer erheblichen Reduktion der von ihm zu leistenden Unterhaltsbeiträge. Es wäre mit dem Interesse der Kinder nicht vereinbar und erschiene stossend, wenn dem Beklagten daneben im Bedarf auch noch (namhafte) Kosten für die Kinderbesuche angerechnet würden, die zum wesentlichen Teil durch seine eigene Entscheidung verursacht wurden und welche die Unterhaltsbeiträge, die wegen des freiwilligen Landeswechsels ohnehin schon äusserst bescheiden ausfallen, noch weiter zum Nachteil der Kläger vermindern würden. Sollte damit der persönliche Verkehr zwischen dem Beklagten und seinen Kindern verunmöglicht werden, wäre das im (überwiegenden) Interesse der Deckung des notwendigen Kinderunterhalts hinzunehmen. Der Einwand ist folglich auch aus materiell-rechtlicher Sicht unbehelflich.

E. 3.4

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). Damit bleibt es mit Bezug auf die Höhe der Unterhaltsbeiträge beim vorinstanzlichen Entscheid. Die Berufung ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten ist, und die damit angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 lit. a Abs. 1 des vorinstanzlichen Urteils ist zu bestätigen. Die übrigen Anordnungen im Dispositiv des angefochtenen Entscheids bleiben unberührt.

E. 4

Unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren

E. 4.1

Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Der Beklagte stellt für das zweitinstanzliche Verfahren ein entsprechendes Gesuch (Urk. 31B S. 2 Antrag 3).

E. 4.2

Die Berufung war aus den vorstehend dargelegten Gründen von vorn- herein aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO (dazu BGE 138 III 217

- 18 - E. 2.2.4 S. 218). Damit fehlt es mit Bezug auf das Berufungsverfahren an einer der beiden Grundvoraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Gesuch ist deshalb abzuweisen. Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob der Beklagte seine Mittellosigkeit (Art. 117 lit. a ZPO) glaubhaft gemacht hat.

E. 5

Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Beistand der Kläger in dreifacher Ausfertigung für sich und die beiden Kläger unter Beilage der Doppel bzw. von Kopien von Urk. 31A-B, 35A-B, 36, 37 und 38/1-6) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 5.1

Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert rund Fr. 26'000.– (Differenz zwischen den vorinstanzlich festgelegten und den berufsungsweise beantragten Unterhaltsbeiträgen bis zur Volljährigkeit der Kläger). Davon ausgehend ist die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1 und § 4 Abs. 1-3 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Sie ist ausgangsgemäss vollumfänglich dem mit seinem Rechtsmittelantrag unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hingegen sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen: Den Klägern sind im Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), und der Beklagte hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung, weil er vor Berufungsinstanz vollumfänglich unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 5.2

Im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen ist die unangefochten gebliebene Regelung der Nebenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (vgl. vorne, E. 2.3). Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsvertretung) für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

- 19 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und Dispositiv-Ziffer 1 lit. a Abs. 1 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 23. August 2016 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt. 4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

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 Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff.

(Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 26'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 20 - Zürich, 28. November 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Der Gerichtsschreiber: Dr. L. Hunziker Schnider Dr. M. Nietlispach versandt am:

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