

# ZH\_OBERGERICHT LZ180002 vom 4. Mai 2018

ZH Obergericht, 2018-05-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ180002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ180002)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ180002 du 4 mai 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ180002 del 4 maggio 2018

## Erwägungen

### E. 1

Der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) wurde am tt.mm.2007 geboren und ist der Sohn von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ (Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter; fortan Gesuchsgegner). Die Eltern des Gesuchstellers waren nie verheiratet. Am 8. Mai 2008 schlossen sie einen von der damals zu- ständigen Vormundschaftsbehörde D.\_\_\_\_\_ genehmigten Unterhaltsvertrag über Fr. 1'200.– pro Monat. Seit dem 1. Januar 2017 bezahlt der Gesuchsgegner monatlich Fr. 1'235.– zuzüglich Familienzulage (Urk. 1 S. 3; Urk. 16 S. 3). Weiter unterzeichneten B.\_\_\_\_\_ und der Gesuchsgegner am 27. Februar 2017 eine Elternvereinbarung betreffend elterliche Sorge, Obhut und Betreuung des Gesuchstellers (Urk. 18/02).

### E. 2

Mit Eingabe vom 19. Dezember 2017 stellte der Gesuchsteller bei der Vorinstanz ein Begehren, es seien ihm ab 1. Januar 2018 vorsorglich bzw. superprovisorisch Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 2'000.– zuzusprechen, erstmals

- 4 - per 1. Januar 2018 (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2017 wies die Vorinstanz das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab und verfügte, dass die Parteien demnächst zur Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vorgeladen würden (Urk. 4 S. 3). Mit Urteil und Verfügung vom 3. Januar 2018 erliess sie jedoch den vorstehend angeführten Entscheid.

### E. 3

Der Gesuchsgegner trägt zusammengefasst vor, die Zusprechung vorläufiger Unterhaltsbeiträge an das Kind nach Art. 303 ZPO setze Dringlichkeit voraus. Ohne vorläufigen Unterhalt müsse dem berechtigten Kind ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen. Darüber hinaus müsse der vorsorglich beantragte Unterhaltsanspruch in der Sache begründet erscheinen. Der obhutsberechtigten Mutter würden monatlich Fr. 1'435.– zur Deckung des Barbedarfs zur Verfügung stehen. Der Betrag sei angemessen und im üblichen Rahmen, wie ein Blick auf die Kinderkosten-Tabelle des Kantons Zürich zeige. Eine dringliche finanzielle Notlage beim Kindesunterhalt erscheine nur schon aus diesem Grunde völlig unglaubhaft. Hinzu komme, dass die Mutter selber ein Netto-Einkommen von knapp Fr. 3'800.– pro Monat erziele. Nebst Unterhalt leiste der Gesuchsgegner zusätzlich einen beträchtlichen Betreuungsaufwand. Gemäss geltender Elternvereinbarung betreue der Vater seinen Sohn an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend bis Montagmorgen sowie während der Hälfte der Schulferien. Das seien immerhin sieben Wochen bzw. knapp zwei Monate pro Jahr. Es seien keine Anhaltspunkte für eine Dringlichkeit bzw. für einen drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil ersichtlich. Im Weiteren erscheine der in der

Hauptsache gestellte Abänderungsantrag wenig aussichtsreich. Der Gesuchsteller mache mit Recht keinen Betreuungsunterhalt geltend. Abgesehen vom Betreuungsunterhalt könnten Unterhaltsbeiträge erhöht werden, wenn der konkrete

- 7 - Bedarf wesentlich und dauerhaft ansteige im Vergleich zur aktuellen Regelung. Der Gesuchsteller mache jedoch keine derartigen Umstände geltend (Urk. 16 S. 2 ff.).

#### **E. 4**

Unterhaltsbeiträge an das Kind, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 20. März 2015 in einem genehmigten Unterhaltsvertrag oder in einem Entscheid festgelegt worden sind, werden auf Gesuch des Kindes neu festgelegt. Sofern sie gleichzeitig mit

Unterhaltsbeiträgen an den Elternteil festgelegt worden sind, ist ihre Anpassung nur bei einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse zulässig (Art. 13c SchlT ZGB). Das Übergangsrecht differenziert zwischen Unterhaltsbeiträgen von Kindern, deren Eltern nie verheiratet waren und Kindern, deren Eltern sich getrennt oder geschieden haben. Die Eltern des Gesuchstellers waren nie verheiratet und sein Unterhaltsanspruch wurde durch einen Unterhaltsvertrag nach bisherigem Recht gestützt auf Art. 287 ZGB festgelegt.

Gemäss Gesetzestext kann der Gesuchsteller eine neue Festlegung des Unterhalts verlangen. Auch laut Botschaft ist eine Klage auf Anpassung des Unterhaltsbeitrags mit Blick auf diejenigen Kinder gerechtfertigt, die die Möglichkeit der bestmöglichen Betreuung nicht gehabt haben. "Dies ist bei Kindern unverheirateter Eltern der Fall." (BBl 2014 S. 529, 590). Die Lehre vertritt ebenso die Auffassung, dass in Fällen, wo kein Ehegattenunterhalt zugesprochen wurde, ausgehend vom Wortlaut der Bestimmung eine Anpassung des Kindesunterhalts verlangt werden kann, ohne dass sich die Situation in irgendeiner Weise verändert haben muss. Allein der Umstand, dass die Unterhaltsbeiträge altrechtlich festgelegt worden sind, berechtigt demnach zu einer Neufestsetzung, und sei es auch nur zur Festsetzung eines Mankos (vgl. FamKomm

Scheidung-Aeschlimann/Schweighauser, Allg. Bem. zu Art. 276-293 N 73; Senn, Verfahrensrechtliche Streiflichter zu den Revisionen der elterlichen Sorge und des Kindesunterhaltsrechts, in: FamPra.ch 2017 S. 971, 987; Dolder, Betreuungsunterhalt: Verfahren und Übergang, in: FamPra.ch 2016 S. 917, 925; Spycher, Betreuungsunterhalt, in: FamPra.ch 2017 S. 198, 225; Gloor/Umbricht Lukas, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2016, Kapitel 12 Rz 12.5). Das Obergericht des Kantons Zürich geht in seinem Leitfaden ebenfalls davon aus, dass bei nicht verheirateten Eltern eine Anpassung des Kindesunterhalts zeitlich unbeschränkt und ohne Weiteres

- 8 - möglich ist (Leitfaden neues Unterhaltsrecht des Obergerichts des Kantons Zürich, publiziert auf <http://www.gerichte-zh.ch>, S. 24). Das neue Recht hat zum Ziel, den Unterhaltsanspruch des Kindes zu stärken, unabhängig vom Zivilstand seiner Eltern. So kann nicht nur Betreuungsunterhalt verlangt werden. Es können beispielsweise Fremdbetreuungskosten geltend gemacht werden, die als direkte Kinderkosten im Barunterhalt zu berücksichtigen sind, was unter dem alten Recht nicht möglich war (vgl. BGE 138 III 689 E. 3.3.2). Und selbst wenn der Unterhaltsbeitrag bereits nach bisherigem Recht der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern zu entsprechen hatte, ist jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen, dass im Rahmen der Neufestlegung eine andere Überschussaufteilung vorgenommen wird. Demnach steht dem Gesuchsteller gestützt auf die Übergangsbestimmung von Art. 13c Satz 1 SchlT ZGB das Recht zu, voraussetzungslos eine Neufestlegung des Unterhalts zu verlangen. Ob im zu beurteilenden

Fall die Klage Aussicht auf Erfolg hat, die Hauptverhandlung hat noch nicht stattgefunden, kann aufgrund der nachstehenden Erwägungen offen bleiben.

## **E. 5**

Der Hauptprozess ist rechtshängig, die Schlichtungsverhandlung fand am

## **E. 8**

Februar 2018 statt (Urk. 16 S. 6). Gemäss Art. 303 Abs. 1 ZPO können im Rahmen eines Unterhaltsprozesses vorsorgliche Massnahmen beantragt werden und kann der Beklagte verpflichtet werden, angemessene Beiträge zu hinterlegen oder vorläufig zu zahlen. Das Verfahren richtet sich nach den Art. 248 ff. ZPO, insbesondere Art. 252 ff. ZPO und Art. 261 ff. ZPO (summarisches Verfahren), jedoch mit den in den Art. 295 ff. ZPO vorgesehenen Besonderheiten (BK ZPO II- Spycher, Art. 303 N 4). Neben der Begründetheit des Hauptsacheanspruchs (Bestand und Höhe des Unterhalts- bzw. Abänderungsanspruchs, wobei im Abänderungsprozess nach der Rechtsprechung im Sinne einer Grundvoraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen liquide tatsächliche Verhältnisse verlangt werden, die den Verfahrensausgang einigermaßen zuverlässig abschätzen lassen [BGer 5P.101/2005 vom 12. August 2005 E. 3]) und der Dringlichkeit wird vorausgesetzt, dass dem Gesuchsteller ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (vgl. Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO).

- 9 - Vorsorgliche Massnahmen bezwecken, für die Dauer des Prozesses einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren. Entscheidend ist vorliegend indessen, dass der Gesuchsgegner seiner Unterhaltspflicht regelmässig nachkommt. Der Gesuchsteller anerkennt, dass der Gesuchsgegner monatlich Fr. 1'235.–, zuzüglich Fr. 200.– Familienzulage überweist (Urk. 1 S. 3, 6). Er strebt mit der Klage eine Erhöhung des Beitrags an, und zwar im Sinne des Barbedarfs, da er insbesondere am Überschuss des Gesuchsgegners partizipieren möchte. Bei behaupteten Auslagen von Fr. 1'576.50 bzw. unter Anrechnung der Familienzulage von Fr. 1'376.50 (Urk. 1 S. 6) erhellt, dass der laufende Bedarf bei einer summarischen Prüfung gedeckt ist. Erstens sind die aktuellen Verhältnisse im Rahmen eines Summarverfahrens zu regeln und keine möglichen künftigen Entwicklungen einzubeziehen. Und zweitens sind die geforderten weiteren Kinderkosten von Fr. 333.– in dieser Höhe jedenfalls nicht belegt (vgl. Urk. 3/8). Gemäss der Zürcher Kinderkosten-Tabelle 2018 betragen die durchschnittlichen Kosten für ein Einzelkind im 7.-12. Altersjahr Fr. 1'485.–. Daher ist dem Gesuchsgegner beizupflichten, dass der Unterhaltsbeitrag den laufenden Bedarf decken kann und keine finanzielle Notlage besteht. Hinzu kommt, dass die beabsichtigte Abänderungsklage rückwirkend für das Jahr vor der Klageerhebung erhoben werden kann (Art. 279 ZGB und BGE 127 III 503 E. 3.b/aa S. 504 f.). Dem Gesuchsteller ist es daher unbenommen, mit der Klage in der Hauptsache (wie mit dem vorsorglichen Massnahmebegehren) eine Erhöhung des Unterhaltsbeitrages per 1. Januar 2018 zu verlangen. Es liegt daher nicht auf der Hand, dass dem Gesuchsteller ein Verlust des vorsorglich eingeklagten erhöhten Unterhaltsanspruchs durch Zeitablauf droht. Es fehlt somit bereits am nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bzw. an der Dringlichkeit der zu erlassenden Massnahme. Das Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 303 Abs. 1 ZPO ist daher abzuweisen. 6. Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid, einschliesslich Kosten- und Entschädigungsfolgen, im Ergebnis zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

- 10 - III. 1. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung ist mangels Antrag ohne Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen (Urk. 16 S. 2). 2. Der Gesuchsteller stellt ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 11 S. 2). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Hervorzuheben ist jedoch, dass die Unterhaltspflicht dem Anspruch gegen das Gemeinwesen auf unentgeltliche Rechtspflege vorgeht. Zur allgemeinen Fürsorgepflicht der Eltern gehört, dass sie ihrem Kind im Rahmen ihrer finanziellen Mittel für ein Gerichtsverfahren Beistand leisten und ihm zu einer Rechtsverbeiständung verhelfen, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (BGE 119 Ia 134 E. 4). Eine gesuchstellende Partei hat daher entweder auch einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann. Es liegt sodann bei Fehlen entsprechender Ausführungen nicht am Gericht, in den Rechtsschriften der ersuchenden Partei oder in den vorinstanzlichen Entscheiden bzw. Akten nach impliziten Hinweisen und Anhaltspunkten zu suchen, die darauf schliessen lassen könnten, dass ein Anspruch auf Prozesskostenvorschuss nicht besteht. Es darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie in ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege explizit darlegt, weshalb die Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch die Gegenpartei nicht in Frage kommt. Fehlt diese Begrün-

- 11 - dung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (vgl. BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.). Der Gesuchsteller hat vor Obergericht weder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses bzw. -beitrages gestellt, noch hat er dargelegt, weshalb er auf einen solchen Antrag verzichtet. Das Armenrechtsgesuch ist daher bereits aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, vom 3. Januar 2018 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt. 4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

- 12 - 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 übersteigt Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 4. Mai 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Notz versandt am: mc

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