

# ZH\_OBERGERICHT LZ180022 vom 29. März 2019

ZH Obergericht, 2019-03-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ180022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ180022)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ180022 du 29 mars 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ180022 del 29 marzo 2019

## Erwägungen

### E. 1

Der Beklagte und Berufungsbeklagte 1 (fortan Beklagter) und die Verfahrens- beteiligte und Berufungsklägerin (fortan Verfahrensbeteiligte) sind die unver- heirateten Eltern des Klägers und Berufungsbeklagten 2 (fortan Kläger), geb. am tt.mm.2015, welcher unter ihrer gemeinsamen elterlichen Sorge steht. Sowohl die Verfahrensbeteiligte als auch der Beklagte haben je zwei weitere Kinder aus früheren Beziehungen. Mit Eingabe vom 20. Juli 2017 reichte Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ namens des Klägers vor Vorinstanz eine Klage auf Unterhalt und Regelung des persönlichen Verkehrs ein (Urk. 10/1). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf den angefochtenen Entscheid verwie- sen werden (Urk. 2 E. I = Urk. 10/95 E. I). Hervorzuheben ist, dass Rechtsanwäl- tin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ der Vorinstanz mit Eingabe vom 12. Oktober 2017 mitteilte, fortan die Verfahrensbeteiligte zu vertreten (Urk. 10/28), woraufhin die Vorinstanz mit Verfügung vom 30. Oktober 2017 die KESB Winterthur-Andelfingen ersuchte, dem Kläger einen Prozessführungsbeistand zu bestellen (Urk. 10/34) und mit Entscheid derselben vom 14. November 2017 Rechtsanwalt lic. iur. Z. \_\_\_\_\_ vom Amt für Jugend und Berufsberatung als Beistand eingesetzt wurde (Urk. 10/40). Mit Eingabe vom 6. Februar 2018 stellte die Verfahrensbeteiligte das eingangs wiedergegebene Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 10/66 S. 2). Mit Verfügung vom 12. Februar 2018 setzte die Vorinstanz dem Kläger und dem Beklagten Frist zur Stellungnahme zu diesem Gesuch an (Urk. 10/68). Die Stellungnahme des klägerischen Beistands ging am 26. Februar 2018

- 7 - (Urk. 10/70), diejenige des Beklagten am 17. Mai 2018 (Urk. 10/80) bei der Vor- instanz ein. Die Verfahrensbeteiligte reichte am 7. Juli 2018 eine weitere Stel- lungnahme ein (Urk. 10/89). Am 9. Juli 2018 fällte die Vorinstanz den vorstehend angeführten Massnahmenentscheid (Urk. 2).

### E. 1.1

Wohnkosten Die Verfahrensbeteiligte führt in Bezug auf die Wohnkosten des Beklagten aus, diese betrügen unstrittig Fr. 1'670.-, die Vorinstanz unterlasse es jedoch in Un- gleichbehandlung der Parteien und damit in willkürlicher Weise die Angemessen- heit des Mietzinses des Beklagten zu prüfen (Urk. 1 S. 7). Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Verfahrensbeteiligte die Wohnkosten des Beklagten bereits vor Vorinstanz anerkannt hat (vgl. Urk. 10/46 S. 16; Urk. 10/66 S. 3), bleibt unklar, was die Verfahrensbeteiligte aus diesen Vorbringen zu ihren Gunsten ableiten will, weshalb es damit sein Bewenden hat.

#### E. 1.1.1

Die Vorinstanz erwog, die Wohnkosten der Verfahrensbeteiligten für sich und ihre drei Kinder für ihre 5 ½ - Zimmerwohnung von monatlich insgesamt Fr. 2'476.75 (Nettomiete von Fr. 2'140.- sowie Nebenkosten von durchschnittlich

- 12 - Fr. 336.75) seien ausgewiesen und vom Beklagten auch anerkannt. Allerdings erschienen diese Mietkosten angesichts des Einkommens der Verfahrensbeteiligten als deutlich übersetzt. Immerhin sollten Wohnkosten nicht mehr als einen Viertel des Nettolohnes betragen. Beim unter den Einkommensverhältnissen ermittelten Einkommen der Verfahrensbeteiligten ergäbe dies maximale Mietkosten von Fr. 1'275.–. Daneben arbeite die mündige Tochter der Verfahrensbeteiligten als Kauffrau bei der G.\_\_\_\_\_ und verdiene monatlich Fr. 5'750.– netto. Diesem Umstand sei bei der Bedarfsberechnung ebenfalls Rechnung zu tragen und ein entsprechender Abzug bei den Wohnkosten vorzunehmen. Aufgrund der erwähnten Einkommensverhältnissen seien der Verfahrensbeteiligten mit den minderjährigen Söhnen lediglich die Hälfte der Wohnkosten, d.h. Fr. 1'238.40, anzurechnen. Diese Wohnkosten seien auf die Verfahrensbeteiligte und ihre Söhne aufzuteilen und der Mietanteil des Klägers separat auszuweisen. Es erscheine angemessen, von Mietanteilen der beiden Söhne der Verfahrensbeteiligten von je einem Viertel auszugehen. Entsprechend ergäben sich Wohnkosten des Klägers von rund Fr. 310.– und solche der Verfahrensbeteiligten von rund Fr. 620.– (Urk. 2 E. III.2c).

### **E. 1.1.2**

Die Verfahrensbeteiligte moniert zunächst, die Vorinstanz halte rechtswidrig fest, Wohnkosten sollten nicht mehr als einen Viertel des Nettolohnes betragen. Anerkanntermassen gelte die Faustregel, dass der Mietzins nicht mehr als einen Drittel des Einkommens betragen sollte (Urk. 1 S. 5 f.). Wie eingangs bereits festgehalten, steht dem Sachgericht bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages ein weites Ermessen zu (vgl. E. II.3; BGer 5A\_797/2012 vom 18. März 2013, E. 3.2.3; BGE 128 III 161 E. 2c/aa). Entgegen der Verfahrensbeteiligten hat die Vorinstanz mit ihrer Auffassung, dass die Wohnkosten angesichts der überschaubaren finanziellen Verhältnisse der Verfahrensbeteiligten vorliegend nicht mehr als einen Viertel ihres Nettolohnes betragen sollten, ihr Ermessen nicht überschritten. Auch die Rüge der Verfahrensbeteiligten, die Vorinstanz beziehe das Erwerbseinkommen ihrer mündigen Tochter, die aktuell noch im selben Haushalt lebe, in die Mietzinsberechnung mit ein, unterlasse jedoch in Verletzung der Begründungs-

- 13 - pflicht zu beziffern, wie dieser Umstand betragsmässig berücksichtigt werde und reduziere damit ihren anrechenbaren Mietzins in willkürlicher Weise (Urk. 1 S. 6), ist nicht stichhaltig. So hat die Vorinstanz der Verfahrensbeteiligten mit ihren minderjährigen Söhnen unter Hinweis darauf, dass die Wohnung auch von der mündigen Tochter der Verfahrensbeteiligten belegt werde, lediglich die Hälfte der Wohnkosten von insgesamt Fr. 2'476.75, nämlich Fr. 1'238.40, zugestanden. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Vorinstanz den Mietanteil der mündigen Tochter der Verfahrensbeteiligten auf Fr. 1'238.40 beziffert. Weshalb in ihrem Fall die Halbierung der Wohnkosten – wie beim Zusammenleben zweier erwachsener Personen üblich – willkürlich sein soll, legt die Verfahrensbeteiligte sodann nicht dar und ist auch nicht ersichtlich, zumal die mündige Tochter der Verfahrensbeteiligten – wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat – als Kauffrau bei der G.\_\_\_\_\_ arbeitet und monatlich Fr. 5'750.– netto verdient. Insbesondere bringt die Verfahrensbeteiligte nicht etwa vor, dass ihre Tochter unterstützungsbedürftig und sie ihr gegenüber unterstützungspflichtig wäre und sie dieser Pflicht in Form einer günstigen Beherbergung nachkomme (vgl. BGE 132 III 483 E. 5). Die Verfahrensbeteiligte macht weiter geltend, die Wohnung sei im Jahr 2013 von ihr und dem Beklagten gemeinsam gemietet worden, mit der Vorgabe, dass der Beklagte entsprechend seines höheren Einkommens einen grösseren Teil der Miete übernehmen würde. Sie hätten die

Wohnung damals mit ihren beiden Kindern H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ bewohnt. Der Beklagte habe sich im Mai 2016 von ihr getrennt und eine eigene Wohnung in J.\_\_\_\_\_ bezogen, ohne sich um die gemeinsame Wohnung zu kümmern. Der Kläger sei damals gerade einmal sieben Monate alt gewesen. Der Beklagte sei seiner Unterhaltspflicht nur unregelmässig nachgekommen. Sie habe nach Schwangerschaft und Geburt nun vollständig die Betreuung des Kleinkindes innegehabt, sei zudem als Geschäftsführerin ihrer E.\_\_\_\_\_ GmbH erwerbsmässig stark eingebunden gewesen und habe zudem noch zwei weitere Kinder im Jugendlichenalter zu betreuen gehabt (Urk. 1 S. 6). Es ist unklar, was die Verfahrensbeteiligte daraus im Hinblick auf die Höhe der ihr von der Vorinstanz angerechneten Wohnkosten zu ihren Gunsten ableiten will. Hinsichtlich des Vorwurfs, der Beklagte habe sich nicht mehr um die Wohnung gekümmert, wiederholt die Verfahrensbeteiligte im Übrigen auch lediglich das von

- 14 - ihr bereits vor Vorinstanz Vorgetragene (vgl. Urk. 10/66 S. 3; Urk. 10/46 S. 13), womit sie ihrer Begründungspflicht nicht nachkommt (vgl. E. II.3). Unzutreffend ist das Argument der Verfahrensbeteiligten, im Rahmen der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen seien einzig die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend (Urk. 1 S. 6). Auch im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen ist die Anrechnung (tieferer) hypothetischer Wohnkosten zulässig (vgl. OGer ZH LE130013 vom 07.06.2013, E. II.B.2.6c; OGer ZH LY160002 vom 28.04.2016, E. 2.2.5). Die Verfahrensbeteiligte beschränkt sich im Weiteren darauf vorzubringen, es sei fraglich, ob auf dem Markt eine günstigere Wohnung erhältlich sei und in Anbetracht ihres Betreibungsregisterauszuges und ihres tiefen Einkommens seien die Chancen, dass sie einen Mietvertrag für eine andere, günstigere Wohnung erhalten würde, äusserst gering (Urk. 1 S. 6 f.; Urk. 25 S. 5). Zwar ist mit der Verfahrensbeteiligten einig zu gehen, dass Betreibungen grundsätzlich die Wohnungssuche erschweren können. Vergebliche konkrete Suchbemühungen betreffend eine günstigere Wohnung wurden von der Verfahrensbeteiligten allerdings weder behauptet geschweige denn belegt. Vor diesem Hintergrund sind die von der Vorinstanz für die Wohnkosten eingetzten Beträge von Fr. 620.– im Bedarf der Verfahrensbeteiligten und von Fr. 310.– im Bedarf des Klägers nicht zu beanstanden.

### **E. 1.1.3**

Die Verfahrensbeteiligte bringt im Rahmen ihrer Noveneingabe vom 26. November 2018 überdies vor, ihre Tochter habe per 16. November 2018 eine eigene Wohnung in J.\_\_\_\_\_ bezogen (Urk. 16) und reicht den Mietvertrag (Urk. 17) ins Recht. Die Verfahrensbeteiligte bewohnt ihre Wohnung an der ... [Adresse] somit nunmehr mit dem Kläger und ihrem (aus einer früheren Beziehung stammenden) Sohn I.\_\_\_\_\_. Die von der Verfahrensbeteiligten für ihre Wohnung inklusive Nebenkosten geltend gemachten Wohnkosten von Fr. 2'476.75 sind im Vergleich zu ihrer Einkommenslage und unter Berücksichtigung des Wohnungsmarktes in der Gegend von K.\_\_\_\_\_ zu hoch. Insbesondere benötigt die Verfahrensbeteiligte nach dem Auszug ihrer Tochter für sich und ihre beiden Söhne keine 5 ½ - Zimmerwohnung. Ein Blick auf das Immobilienportal [www.homegate.ch](http://www.homegate.ch) ergibt, dass im Raum ... diverse Angebote für 4 - 4 ½ - Zim-

- 15 - merwohnungen mit einem Mietzins in der vom Beklagten (vgl. Urk. 23 S. 2) sowie vom Kläger (vgl. Urk. 15 S. 3) genannten Grössenordnung von Fr. 1'500.– bzw. Fr. 1'600.– gefunden werden können, weshalb von einem hypothetischen Mietzins der Verfahrensbeteiligten und ihren beiden Söhnen von Fr. 1'600.– auszugehen ist, wobei im Bedarf der Verfahrensbeteiligten ein Wohnkostenanteil von 1/2, d.h. Fr. 800.–, und im

Bedarf des Klägers ein Wohnkostenanteil von 1/4, d.h. von Fr. 400.–, anzurechnen sind. Erscheinen die effektiven Wohnkosten einer Partei übersetzt, ist der in der Bedarfsberechnung zu berücksichtigende Betrag auf den nächsten Kündigungstermin hin auf ein Normalmass herabzusetzen (Philipp Mai-er, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, FamPra.ch 2014, S. 321; BGE 116 III 15 E. 2d). Der Verfahrensbeteiligten musste seit Eröffnung des begründeten vorinstanzlichen Entscheides am 20. September 2018 (vgl. Urk. 10/96) bewusst sein, dass ihre Mietkosten übersetzt sind. Ihre Tochter ist, wie auch aus dem im Recht liegenden Mietvertrag hervorgeht, per 16. November 2018 aus der Wohnung der Verfahrensbeteiligten ausgezogen (vgl. Urk. 17). Aus dem Mietvertrag der Verfahrensbeteiligten ergibt sich, dass ihre Wohnung drei Monate und 15 Tage zum Voraus auf Ende eines Monats, ausgenommen auf Ende Dezember, kündbar ist (vgl. Urk. 10/38/9). Die der Verfahrensbeteiligten vom Beklagten zur Senkung der überhöhten Mietzinskosten eingeräumte Frist bis 31. März 2019 (vgl. Urk. 18 S. 10) erscheint vor diesem Hintergrund angemessen. Bis zu diesem Zeitpunkt ist – in Anbetracht dessen, dass die Tochter der Verfahrensbeteiligten per 16. November 2018 ausgezogen ist, weshalb ab diesem Zeitpunkt nicht mehr von einer Mietzinsbeteiligung ihrerseits auszugehen ist, zumal sie dazu infolge fehlenden Untermietvertrages auch nicht verpflichtet werden könnte – der Verfahrensbeteiligten die Hälfte und dem Kläger ein Viertel der effektiven Mietkosten von Fr. 2'476.75 im Bedarf anzurechnen.

#### **E. 1.1.4**

Es ergeben sich somit bis 31. Oktober 2018 Wohnkosten der Verfahrensbeteiligten von Fr. 620.– und solche des Klägers von Fr. 310.–, ab 1. November 2018 bis 31. März 2019 Wohnkosten der Verfahrensbeteiligten von Fr. 1'238.– und solche des Klägers von Fr. 619.– und ab 1. April 2019 Wohnkosten der Verfahrensbeteiligten von Fr. 800.– und solche des Klägers von Fr. 400.–. Zur Ver-

- 16 - einfachung der Unterhaltsberechnung bzw. zur Vermeidung einer zusätzlichen Phase ist für die Periode von 1. Februar 2018 bis 31. März 2019 für die Mietkosten im Bedarf der Verfahrensbeteiligten der Durchschnittswert von Fr. 840.– ( $(9 \times \text{Fr. } 620.- + 5 \times \text{Fr. } 1'238.-) : 14$ ) und im Bedarf des Klägers der Durchschnittswert von Fr. 420.– ( $(9 \times \text{Fr. } 310.- + 5 \times \text{Fr. } 619.-) : 14$ ) einzusetzen.

#### **E. 1.2**

Krankenkasse Die Verfahrensbeteiligte beanstandet, die Vorinstanz berücksichtige bei der Krankenkassenprämie des Beklagten den Anteil in der Höhe von Fr. 30.–, der durch die Arbeitgeberin erbracht werde, nicht. Tatsächlich habe der Beklagte monatliche Krankenkassenprämien von Fr. 317.85 (Fr. 347.85 - Fr. 30.–) zu bezahlen (Urk. 1 S. 7). Mit diesem Argument dringt die Verfahrensbeteiligte nicht durch. Wie aus E. III.2d des angefochtenen Urteils (Urk. 2) sowie aus den Lohnabrechnungen des Beklagten (Urk. 10/13/1; Urk. 10/81/4) hervorgeht, hat die Vorinstanz in das von ihr ermittelte durchschnittliche Nettoeinkommen des Beklagten von Fr. 9'588.45 (ohne Bonus) nämlich den Beitrag der Arbeitgeberin an die Krankenkassenprämie des Beklagten als Einkommensbestandteil eingerechnet. Vor diesem Hintergrund ist es sachgerecht, dass die Vorinstanz dementsprechend die volle Krankenkassenprämie von gerundet Fr. 350.– (vgl. Urk. 10/45/4) im Bedarf des Beklagten berücksichtigt hat (vgl. Urk. 2 E. III.2c).

### **E. 1.3**

Steuern Die Verfahrensbeteiligte bringt vor, entsprechend den von ihr beantragten Unterhaltsbeiträgen sei dem Beklagten ein maximaler Steuerbetrag von Fr. 600.– anzu-rechnen (Urk. 1 S. 8). Im Rahmen des vorliegenden summarischen Verfahrens ist die inskünftig anfallende steuerliche Belastung nicht exakt zu berechnen, sondern in Ausübung pflichtgemässen Ermessens zu schätzen. Die Verfahrensbeteiligte stellt der Schätzung der steuerlichen Belastung der Vorinstanz lediglich ihre eigene – bereits vor Vorinstanz vorgebrachte (vgl. Urk. 10/46 S. 17; Prot. I. S. 17; Urk. 10/66 S. 3; Urk. 10/89 S. 4) – gegenüber, ohne substantiiert darzulegen, weshalb diese zutreffender sein sollte. Im Übrigen ergibt sich durch den vorliegenden Entscheid keine Veränderung des berücksichtigten Einkommens des Beklagten (vgl. E. III.C.2). Es ist somit weiterhin von dem von der Vorinstanz im Bedarf des Beklagten für die Steuern berücksichtigten Betrag von Fr. 1'100.– auszugehen (Urk. 2 E. III.2c), zumal dieser nicht offensichtlich unangemessen ist.

### **E. 1.4**

Kreditraten Die Vorinstanz führte hinsichtlich der Abzahlungsraten der Kreditschuld bei der L.\_\_\_\_\_ aus, diese seien nicht im Bedarf des Beklagten zu berücksichtigen. Es bestünden keine objektiven Anhaltspunkte dafür, dass der Kredit auch die weitere Verfahrensbeteiligte betreffe (z.B. als Solidarschuldner) oder das Kapital auch für deren Unterhalt eingesetzt worden sei. Damit erscheine dieser Posten nicht als ausreichend glaubhaft (Urk. 2 E. III.2c). Mit dieser Begründung setzt sich der Beklagte nicht auseinander, sondern belässt es dabei, seinen bereits vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt zu wiederholen (vgl. Urk. 10/80 S. 8), wonach seine Kreditraten von monatlich Fr. 445.15 zu berücksichtigen seien (Urk. 18 S. 12, 17 und 20). Damit genügt er den Begründungsanforderungen für die Berufungsantwort, welche denjenigen für die Berufung entsprechen (OGer ZH LA150050 vom 21.06.2016, E. II.2; OGer LE150077 vom 05.07.2016, E. III.A.3.5c), nicht. Es bleibt damit bei der Bedarfsberechnung ohne Einbezug der Kreditrate.

### **E. 1.5**

Fazit Es bleibt beim von der Vorinstanz errechneten Bedarf des Beklagten von Fr. 4'547.– (Fr. 1'200.– Grundbetrag, Fr. 1'670.– Wohnkosten, Fr. 350.– Krankenkasse, Fr. 12.– Versicherungen, Fr. 40.– Billag, Fr. 110.– Kommunikationskosten, Fr. 65.– Mobilitätskosten, Fr. 1'100.– Steuern). 2. Einkommen des Beklagten

### **E. 2**

Dagegen erhob die Verfahrensbeteiligte innert Frist Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 1 S. 2 f.). Am 30. Oktober 2018 reichte Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ die – mit Verfügung vom 18. Oktober 2018 vom Beklagten einverlangte (Urk. 11) – auf ihn lautende Vollmacht ein (Urk. 12 und 13). Mit Verfügung vom 31. Oktober 2018 wurde dem Kläger und dem Beklagten eine dreissigtägige Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 14). Die Berufungsantwort des Klägers, aufgrund des betrieblichen Wechsels des bisherigen Beistandes neu vertreten durch MLaw D.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 10/98), wurde am 20. November 2018 (Urk. 15), diejenige des Beklagten am 5. Dezember 2018

(Urk. 18) erstattet. Die Verfahrensbeteiligte reichte mit Eingabe vom 26. November 2018 den Mietvertrag ihrer Tochter ein (Urk. 16-17). Mit Verfügung vom 18. Dezember 2018 wurde das Rubrum im Betreff präzisiert. Zudem wurde der Verfahrensbeteiligten Frist zur Stellungnahme zu den vom Beklagten neu eingereichten Unterlagen und neu aufgestellten Behauptungen sowie dem Kläger und dem Beklagten Frist zur Stellungnahme zur Eingabe der Verfahrensbeteiligten vom 26. November 2018 samt Beilage angesetzt (Urk. 21). Die Stellungnahme des Beklagten datiert vom 17. Januar 2019 (Urk. 23) und diejenige der Verfahrensbeteiligten vom 30. Januar 2019 (Urk. 25). Sie wurden der jeweiligen Gegenpartei bzw. der Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Urk. 23 und 25). Weitere Eingaben erfolgten nicht. II. 1. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden die Unterhaltsbeiträge für das Kind C.\_\_\_\_\_. Für alle Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten und somit auch hinsichtlich des Kinderunterhaltes gilt uneingeschränkt die Untersuchungs- und Officialmaxime. Das Gericht erforscht den Sachverhalt

- 8 - von Amtes wegen und ist nicht an die Parteianträge gebunden (Art. 296 ZPO). Das Vorbringen der Verfahrensbeteiligten in ihrer Berufungsschrift, die Vorinstanz sei – in Verletzung ihrer Begründungspflicht – auf die Anerkennung einer vorläufigen Leistungspflicht in der Höhe von Fr. 3'100.– durch den Beklagten nicht eingegangen (Urk. 1 S. 4), zielt somit ins Leere, zumal sich die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid mit den finanziellen Verhältnissen der Parteien eingehend auseinandergesetzt (vgl. Urk. 2 E. III) und hierdurch eine Begründung für die von ihr festgesetzten Unterhaltsbeiträge geliefert hat.

### **E. 2.1**

Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Die Verfahrensbeteiligte verlangt im vorliegenden Berufungsverfahren eine Erhöhung der von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträge von Fr. 2730.– auf Fr. 3'617.35 ab 1. Februar 2018 bis 31. Oktober 2018 und auf Fr. 3'755.35 ab 1. November 2018 für die Dauer des Verfahrens, was bei einer angenommenen Gültigkeitsdauer der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen von zwei Jahren ab Februar 2018 einen Streitwert von Fr. 23'366.40 ergibt ( $[9 \times \text{Fr. } 887.35] + [15 \times 1'025.35]$ ). Dementsprechend ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

### **E. 2.2**

Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Ausgehend von einer Geltungsdauer der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen von zwei Jahren ab Februar 2018 verlangt die Verfahrensbeteiligte berufsungsweise die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 88'886.40 ( $[9 \times 3'617.35] + [15 \times \text{Fr. } 3'755.35]$ ), währenddem der Beklagte sowie der Kläger die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids und damit die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 65'520.– ( $24 \times \text{Fr. } 2'730.–$ ) verlangen (Urk. 15 S. 2; Urk. 18 S. 2). Nach erfolgter Korrektur des angefochtenen Entscheids beträgt die Unterhaltspflicht des Beklagten über eine mutmassliche Geltungsdauer der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen von zwei Jahren ab Februar 2018 insgesamt Fr. 73'560.– ( $24 \times \text{Fr. } 3'065.–$ ). Die Verfahrensbeteiligte obsiegt damit im

zweitin-

- 36 - stanzlichen Verfahren zu rund 1/3 und der Beklagte bzw. der Kläger zu rund 2/3. In Anbetracht dessen, dass es sich beim Kläger um ein einkommen- und vermögensloses Kleinkind handelt, rechtfertigt es sich in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c und f ZPO die Gerichtskosten einzig der Verfahrensbeteiligten und dem Beklagten entsprechend diesem Verhältnis aufzuerlegen.

### **E. 2.2.1**

Die Verfahrensbeteiligte rügt einerseits, die Vorinstanz berücksichtige mit der Begründung, ihre Unterstützungspflicht gegenüber dem Kläger ginge den üb- rigen Schuldverpflichtungen vor, ihre Einkommenspfändung nicht und verlange von ihr eine Anpassung der Pfändung an ihre familienrechtlichen Pflichten. Aus der eingereichten Einkommenspfändung gehe jedoch hervor, dass das Betrei- bungsamt Andelfingen ausdrücklich festhalte, dass durch den ihr vom Beklagten geleisteten Unterhalt der weitere Lebensbedarf des Klägers gedeckt sei. Es stün- den sich somit widersprechende, mindestens aber nicht kohärente Rechtsauffas- sungen gegenüber, deren Auflösung nicht ihr überbunden werden dürfe, zumal ihr mit dem vorinstanzlichen Entscheid kein Rechtstitel zur Verfügung stehe, der ihre Unterhaltspflicht in einem Urteilsdispositiv festhalte (Urk. 1 S. 9). Der Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die Vorinstanz sei zu Recht davon ausgegangen, dass die von der Verfahrensbeteiligten geltend ge- machte Einkommenspfändung bei der Ermittlung ihres Einkommens nicht zu be- rücksichtigen sei. Familienrechtliche Pflichten gingen allen anderen Verbindlich- keiten vor. Soweit die Verfahrensbeteiligte solche Pflichten gegenüber ihren Kin- dern zu erfüllen habe, seien diese vom Betreibungsamt bei der Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums zwingend zu berücksichtigen, was not- falls auch auf dem Weg einer Beschwerde gegen eine entsprechende Verfügung des Betreibungsamtes durchgesetzt werden könnte. Es bestünden keine divergie- renden Rechtsauffassungen, stelle sich das Betreibungsamt doch offensichtlich nicht auf den Standpunkt, dass familienrechtliche Unterhaltsverpflichtungen nicht im Bedarf zu berücksichtigen seien. Vielmehr sei es der Meinung, die Verfahrens- beteiligte habe effektiv keine Beiträge an den Unterhalt des Klägers zu leisten (Urk. 18 S. 13).

### **E. 2.2.2**

Die Berücksichtigung der Lohnpfändung erscheint mit Blick auf das Effekti- vitätsprinzip als geboten, zumal eine Revision der Lohnpfändung nicht rückwir- kend verlangt werden kann (Art. 93 Abs. 3 SchKG; vgl. OGer ZH LY150048 vom 29.04.2016, E. C.4.4b; OGer ZH LP080078 vom 31.03.2009, E. II.2.2c ff.). Der von der Vorinstanz betonte Vorrang familienrechtlicher Unterhaltspflichten gegen- über der Pflicht zur Tilgung von Drittschulden und dafür erwirkten Lohnpfändun-

- 20 - gen kann sich zwar im Grundsatz auf gefestigte Rechtsprechung stützen (vgl. statt vieler BGE 127 III 289 E. 2a/bb; vgl. auch Ziffer III.4 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 16. Septem- ber 2009 [fortan Kreisschreiben] wonach rechtlich oder moralisch geschuldete Un- terstützungs- und/oder Unterhaltsbeiträge, welche der Schuldner an nicht in sei- nem Haushalt wohnende Personen in der letzten Zeit vor der Pfändung nach- weisbar geleistet hat und voraussichtlich während der Dauer der Pfändung leisten wird, zu berücksichtigen sind). Allerdings gilt das nur für rechtskräftig festgesetzte Unterhaltsbeiträge. Eine bereits

vollzogene Lohnpfändung kann nicht rückgängig gemacht werden. Auf die gepfändeten Lohnbeiträge kann die Verfahrensbeteiligte für die rückwirkende Leistung von Unterhaltsbeiträgen damit nicht mehr zurückgreifen. Eine (hypothetische) Anrechnung des gepfändeten Lohnanteils fällt demnach ausser Betracht. Hinsichtlich der für die Vergangenheit zu bemessenden wirtschaftlichen Leistungskraft der Verfahrensbeteiligten darf damit über die Lohnpfändung nicht hinweggesehen werden. Nachdem die Revision der Pfändung nur für die Zukunft wirkt, hat sich auch der Unterhaltsgläubiger die früher durchgesetzte Lohnpfändung entgegenhalten zu lassen (BSK SchKG I-Vonder Mühl, Art. 93 N 37; BGE 89 III 67 E. 1; OGer ZH LY150048 vom 29.04.2016, E. C.4.4b; OGer ZH LP080078 vom 31.03.2009, E. II.2.2c ff.). Aufgrund dieser Rechtslage ist bei rückwirkender Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen hinzunehmen, dass der Vorrang familienrechtlicher Unterhaltsansprüche gegenüber Drittschulden letztlich nicht durchgesetzt werden kann. Der von der Verfahrensbeteiligten gegen die vorinstanzliche Einkommensbemessung erhobene Einwand erweist sich somit als begründet. Die Vorinstanz hätte die durch die Lohnpfändung bedingte Verringerung der wirtschaftlichen Leistungskraft der Verfahrensbeteiligten hinsichtlich der rückwirkenden Verpflichtung zu Unterhaltsleistungen nicht unberücksichtigt lassen dürfen. Aus der Pfändungsurkunde, der Einkommenspfändung sowie den Anzeigen an den Arbeitgeber bzw. an die Schuldnerin betreffend Lohnpfändung, allesamt datierend vom 6. Juni 2018 (Urk. 10/90/58-61), geht hervor, dass das Einkommen der Verfahrensbeteiligten für eine Forderung über Fr. 556.70 (zuzüglich

- 21 - Fr. 168.95 bisherige Kosten, Fr. 96.60 Pfändungskosten) sowie für eine Forderung von Fr. 5'503.60 (zuzüglich Fr. 85.30 bisherige Kosten, Fr. 100.- Rechtsöffnungskosten, Fr. 330.10 Pfändungskosten) im Betrag von Fr. 1'010.- monatlich, erstmals per Ende Juni 2018, gepfändet wurde. Für den Zeitraum von Juni 2018 bis Dezember 2018 ist bei der Unterhaltsberechnung somit nur auf das um die pfändbare Quote von Fr. 1'010.- reduzierte Einkommen der Verfahrensbeteiligten von Fr. 2'521.85 abzustellen. Für den übrigen Zeitraum ist für die Unterhaltsberechnung das ungeschmälerte Erwerbseinkommen der Verfahrensbeteiligten von Fr. 3'531.85 zu berücksichtigen.

### **E. 2.2.3**

Andererseits nimmt die Verfahrensbeteiligte berufungsweise daran Anstoss, dass die Vorinstanz ihr einen durchschnittlichen Gewinn der E.\_\_\_\_\_ GmbH von Fr. 1'550.- monatlich angerechnet hat. Nach ihrem Dafürhalten ist von einem durchschnittlichen monatlichen Verlust von Fr. 1'351.70 auszugehen und ihr dementsprechend lediglich ein Einkommen von Fr. 2'180.15 (Fr. 3'531.85 [reguläres Einkommen] – Fr. 1'351.70 [monatlicher durchschnittlicher Verlust]) anzurechnen (Urk. 1 S. 12). Der Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, das von der Vorinstanz ermittelte Einkommen der Verfahrensbeteiligten sei korrekt (Urk. 18 S. 16).

### **E. 2.2.4**

Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist bei der Ermittlung des Einkommens ein Alleineigentümer einer juristischen Person, deren Angestellter er ist, wie ein selbständig Erwerbender zu behandeln (vgl. BGer 5P.235/2001 vom 20. November 2001, E. 4; OGer ZH LY160050 vom 18.04.2017, E. III.3.1.3). Dies ist bei der Verfahrensbeteiligten der Fall, zumal sie von der E.\_\_\_\_\_ GmbH einen Lohn bezieht, sich einen Lohnausweis ausstellen lässt (vgl. Urk. 10/38/6) und gemäss Handelsregisterauszug als einzige Gesellschafterin und

Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift der E.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 10/45/3) erscheint. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gilt als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Weil bei selbständiger Erwerbs-

- 22 - tätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht beeinflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbständigerwerbenden als äusserst schwierig erweisen. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittseinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen (vgl. BGer 5P.342/2001 vom 20. Dezember 2001, E. 3a; BGer 5A\_346/2010 vom 29. Juli 2010, E. 2.1; BGer 5D\_167/2008 vom 13. Januar 2009, E. 2; und die Zustimmung zu diesen beiden Bundesgerichtsurteilen bei Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., 2010, Rz. 01.34). Das Einkommen einer Selbständigerwerbenden ist in erster Linie aufgrund der Bilanz- und Erfolgsrechnungen und Steuerunterlagen festzustellen. Im Rahmen eines summarischen Verfahrens, wie vorliegend, ist der Umfang der Abklärungen bei der Einkommensermittlung im Vergleich zum ordentlichen Verfahren jedoch beschränkt und reicht es für die Annahme der Glaubhaftigkeit von Tatsachen bereits aus, dass objektive Anhaltspunkte für eine gewisse Wahrscheinlichkeit des Bestehens der fraglichen Tatsachen sprechen. Daher sind umfangreichere Abklärungen grundsätzlich dem ordentlichen Verfahren vorbehalten (Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 01.34; BGer 5A\_364/2010 vom 29.07.2010, E. 2.1; OGer ZH LY160050 vom 18.04.2017, E. III.3.1.3). Vor Vorinstanz lagen die Jahresrechnungen der E.\_\_\_\_\_ GmbH von 2015 und 2016 im Recht (Urk. 10/38/7; Urk. 10/85/55). Im Berufungsverfahren wurde von der Verfahrensbeteiligten neu die Jahresrechnung der E.\_\_\_\_\_ GmbH von 2017 eingereicht (Urk. 4/4). Mit der Verfahrensbeteiligten (vgl. Urk. 1 S. 10) ist dahingehend einig zu gehen, dass sich aus der Jahresrechnung 2015 (Urk. 10/38/7) für

- 23 - das Jahr 2014 nicht ein Gewinnvortrag von Fr. 49'553.46, sondern ein Verlustvortrag von Fr. 49'553.46 ergibt und entsprechend – entgegen der Vorinstanz – auch nicht der Schluss gezogen werden kann, die E.\_\_\_\_\_ GmbH habe im Jahr 2013 einen Gewinn in der Höhe von mindestens Fr. 49'553.46 erwirtschaftet. Wie sich das Jahresergebnis 2013 dargestellt hat, lässt sich aufgrund der im Recht liegenden Urkunden nicht ermitteln, ist aber angesichts der vorstehend wiedergegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach grundsätzlich auf die Abschlüsse der letzten drei Jahre abzustellen ist, vorliegend auch nicht ausschlaggebend. Ebenfalls zu lange zurück und im Übrigen auch noch vor der Geburt des Klägers liegt das Jahresergebnis 2014 (vgl. Urk. 10/38/7). Ohnehin rechtfertigt es sich – im Lichte der vorstehend wiedergegebenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse ("Ausreisser") unter Umständen ausser Betracht bleiben können – das Gewinnjahr 2014 für

die Ermittlung des massgebenden Einkommens nicht zu berücksichtigen, zumal in allen nachfolgenden und vorliegend massgebenden Jahren (2015-2017) ein Verlust verbucht worden ist. Es ergeben sich aus den im Recht liegenden Jahresabschlüssen für das Jahr 2015 ein Verlust von Fr. 26'080.16 (Urk. 10/38/7), für das Jahr 2016 ein Verlust von Fr. 55'045.77 (Urk. 10/85/55) und für das Jahr 2017 ein Verlust von Fr. 9'792.69 (Urk. 4/4). Die Verfahrensbeitragsparteige beanstandet die von der Vorinstanz vorgenommene Reduktion des Jahresverlustes 2016 im Betrag – des nach Auffassung der Vorinstanz überhöhten Personalaufwandes – von Fr. 40'000.– (Urk. 1 S. 10). Ihre Rüge ist begründet. Zwar ist die Korrektur von Gewinnen durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen möglich (BGer 5A\_364/2010 vom 29.07.2010, E. 2.1; BGer 5P.342/2001 vom 20. Dezember 2001, E. 3a). Eine rückwirkende Überprüfung, ob Personalentscheide unternehmerisch sinnvoll waren, ist hingegen ausgeschlossen. Ungeachtet dessen liesse sich eine solche Beurteilung einzig aufgrund der vorliegend im Recht liegenden Jahresabschlüssen auch gar nicht vornehmen. Indem die Vorinstanz den ausgewiesenen Verlust des Jahres 2016 um Fr. 40'000.– reduziert hat, hat sie der Verfahrensbeitragspartei in unzulässiger Weise rückwirkend hypothetisch höhere Einkünfte angerechnet. Anhaltspunkte für geschäftsschädi-

- 24 - gendes Verhalten der Verfahrensbeitragspartei hinsichtlich der E.\_\_\_\_\_ GmbH liegen im Übrigen nicht vor und wurden auch weder vom Kläger noch vom Beklagten geltend gemacht. Entsprechend ist für die Ermittlung des Einkommens der Verfahrensbeitragspartei von den durch die Jahresabschlüsse 2015-2017 ausgewiesenen Verlusten auszugehen. In Anbetracht dessen, dass der Verfahrensbeitragspartei ein Einkommen aus ihrer faktisch selbständigen Erwerbstätigkeit bei der E.\_\_\_\_\_ GmbH und nicht ein (hypothetisches) Einkommen aus einem (beliebigen) Angestelltenverhältnis anzurechnen ist, wovon bereits die Vorinstanz ausging (Urk. 2 E. III.2d), erübrigen sich sodann Bemerkungen zur Rüge der Verfahrensbeitragspartei, die Vorinstanz habe nicht dargelegt, inwiefern es ihr zumutbar und möglich sein sollte, eine Arbeitsstelle im Angestelltenverhältnis zu finden (Urk. 1 S. 11). Soweit die Verfahrensbeitragspartei sodann Ausführungen zu ihrem permanenten Dilemma, welches in der persönlichen Betreuung des Klägers versus Existenzsicherung bestehe (Urk. 1 S. 11), macht, ohne einen erkennbaren (geschweige denn näheren) Bezug zu den Entscheidungsgründen der Vorinstanz herzustellen, genügt sie ihrer Begründungspflicht nach Art. 311 ZPO nicht, weshalb nicht weiter auf dieses Vorbringen einzugehen ist. Als nicht stichhaltig erweist sich vor dem Hintergrund, dass vorliegend gemäss Art. 296 Abs. 3 ZPO das Gericht ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet, die Rüge der Verfahrensbeitragspartei, die Vorinstanz rechne ihr ein Einkommen von Fr. 5'100.– an, obschon der Beklagte ein solches von Fr. 5'000.– anerkannt habe (Urk. 1 S. 12). Der Verlust der E.\_\_\_\_\_ GmbH als juristische Person kann – entgegen der Auffassung der Verfahrensbeitragspartei (vgl. Urk. 1 S. 12) – nicht der Verfahrensbeitragspartei als natürliche Person zugeschrieben werden. Der Abzug eines monatlichen durchschnittlichen Verlustes von ihrem monatlichen Nettoeinkommen kommt daher nicht in Frage. Die Verfahrensbeitragspartei bringt denn auch nicht vor, dass ihr – aufgrund der finanziellen Situation der E.\_\_\_\_\_ GmbH – nicht der volle Lohn ausbezahlt worden wäre bzw. wird. Nach dem Gesagten ist seitens der Verfahrensbeitragspartei von einem Einkommen von Fr. 3'531.85 respektive für die Periode von

- 25 - Juni 2018 bis Dezember 2018 infolge der Lohnpfändung von einem reduzierten Einkommen von Fr. 2'521.85 auszugehen. C. Finanzielle Verhältnisse des Beklagten 1.

Bedarf des Beklagten

### **E. 2.3**

Die Verfahrensbeteiligte ist entsprechend der Kostenverteilung zu verpflichten, dem Beklagten in Anwendung von § 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3, § 9 und § 11 AnwGebV eine (reduzierte) Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 711.– zuzüglich 7.7% MwSt (vgl. Urk. 18 S. 2), somit von total Fr. 766.– für das Rechtsmittelverfahren zu bezahlen. Der Kläger war vor Obergericht nicht berufsmässig vertreten (Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 68 Abs. 2 ZPO). Damit kommt als allfällige Parteientschädigung ohnehin lediglich eine angemessene Umtriebsentschädigung in Betracht. Der Kläger begründet seinen Antrag auf eine Entschädigung jedoch nicht (Urk. 15 S. 2). Damit kommt er den gesetzlichen Erfordernissen gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO nicht nach. Darüber hinaus ergibt sich weder aus dem Gebührentarif zum Kinder- und Jugendhilfegesetz noch aus dem Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJKHG), dass die Rechtsvertretung durch einen Beistand als gebührenpflichtige Leistung in Rechnung gestellt werden kann (vgl. OGer ZH LZ170002 vom 08.06.2017, E. III.4; OGer ZH LZ130010 vom 02.03.2015, E. III.1). Es ist daher nicht davon auszugehen, dass dem Kläger im Berufungsverfahren Kosten für die Rechtsvertretung angefallen sind. Nach dem Gesagten besteht im Berufungsverfahren für den Kläger kein Anspruch auf eine Parteientschädigung.

### **E. 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 m.w.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 verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1), welcher bei Entscheiden betreffend Unterhalt erhebliche Bedeutung 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 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. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 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 m.w.Hinw.; BGer 5A\_111/2016 vom

### **E. 3.1**

Die Verfahrensbeteiligte ersucht darum, es sei ihr für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen (Urk. 1 S. 3). Auch der Kläger stellt für das Berufungsverfahren einen Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 15 S. 5).

### **E. 3.2**

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderliche Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte not-

- 37 - wendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

### **E. 3.3**

Die prozessuale Bedürftigkeit der Verfahrensbeteiligten ist angesichts der vorstehenden Ausführungen zu ihrem Einkommen und ihrem Bedarf (E. III.B) sowie den im Recht liegenden Kontoauszügen und der Steuererklärung 2017 (Urk. 4/6-8) ausgewiesen. Nach dem unter E. III. Ausgeführten kann die Berufung nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Zudem ist auch der Beklagte anwaltlich vertreten. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Verfahrensbeteiligten ist daher gutzuheissen und ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

### **E. 3.4**

Nachdem dem Kläger im Berufungsverfahren keine Gerichtskosten anfallen (vgl. vorstehend E. IV.2.2), ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Es wird beschlossen:

### **E. 3.5**

Die Vorinstanz hat den Beginn der von ihr festgesetzten Unterhaltsverpflichtung des Beklagten im angefochtenen Entscheid weder im Dispositiv noch in den Erwägungen ausdrücklich festgehalten (vgl. Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 1). In Anbetracht der diesbezüglich übereinstimmenden Anträgen des Beklagten und der Verfahrensbeteiligten sind die Unterhaltsbeiträge rückwirkend per 1. Februar 2018 festzusetzen (Urk. 1 S. 2; Urk. 18 S. 21; Urk. 10/66 S. 2; Urk. 10/80 S. 2). Der Beklagte verlangt, es sei davon Vormerk zu nehmen, dass er den von der Vorinstanz ermittelten Unterhaltsbeitrag seit Februar 2018 lückenlos bezahlt habe (Urk. 18 S. 21). Bei einer rückwirkenden Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen sind tatsächlich bereits erbrachte Unterhaltsleistungen zu berücksichtigen bzw. anzurechnen (vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 2. Teilbd., 2. Auflage, Bern 1999, Art. 173 ZGB N 23; ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 N 150; ZR 107/2008 Nr. 60; OGer ZH LE140026 vom 14.11.2014, E. 9.3; OGer ZH LE150014 vom 14.08.2015, E. III.5.2). Das Gericht darf den Unterhaltsschuldner nicht zur Zahlung einer zur Zeit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits erfüllten Schuld verpflichten, da ein allfälliger Anspruch des Unterhaltsgläubigers im Umfang der bereits erfolgten Leistung untergegangen ist. Der

Vollstreckungsrichter hat davon auszugehen, dass die gerichtlich bezifferte Verpflichtung zur Zeit ihrer Festsetzung bestanden hat und dass dabei sämtliche Einwendungen gegen diese Verpflichtung berücksichtigt und bereinigt worden sind. Somit hat er Behauptungen betreffend die Tilgung einer auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Urteil beruhenden Forderung nur soweit zu beachten, als die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt worden ist (Art. 81 Abs. 1 SchKG). Vor Erlass des Urteils behauptete Tilgungen hat demgegenüber der Sachrichter zu berücksichtigen (vgl. ZR 107 Nr. 60; BGE 135 III 315 E. 2.5; BGE 138 III 583 E. 6.1.1). Aus den in den Akten liegenden Buchungsanzeigen (Betreff: "Unterhalt A. \_\_\_\_\_ C. \_\_\_\_\_"; Urk. 20/3; Urk. 10/81/2) geht hervor, dass der Beklagte von Februar 2018 bis Dezember 2018 Fr. 3'100.– pro Monat an die Verfahrensbeteiligte überwiesen hat. Hiervon

- 35 - ist Vormerk zu nehmen. In diesem Umfang ist die Unterhaltsverpflichtung des Beklagten durch Tilgung untergegangen. IV. 1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 3). Dabei hat es sein Bewenden.

## **E. 6**

September 2016, E. 5.3; BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 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). III. A. Ausgangslage Die Vorinstanz verpflichtete den Beklagten, der Verfahrensbeteiligten für die Dauer des Verfahrens an den Unterhalt und die Erziehung des Klägers einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'730.–, zuzüglich ein Drittel der ihm vertraglich zustehenden Familienzulagen, zu bezahlen (Urk. 2, Dispositiv-Ziffer 1). Die Verfahrensbeteiligte beantragt berufsungsweise, der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'617.35 ab 1. Februar 2018 bis 31. Oktober 2018 und von Fr. 3'755.35 ab 1. November 2018 für die Dauer des Verfahrens, zuzüglich ein Drittel der ihm vertraglich zustehenden Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar an sie (Urk. 1 S. 2). Die Berufung richtet sich nicht nur gegen diverse Positionen im Bedarf der Verfahrensbeteiligten, des Beklagten sowie des Klägers, sondern auch gegen das von der Vorinstanz seitens der Verfahrensbeteiligten und des Beklagten berücksichtigte Einkommen sowie die Aufteilung des Barbedarfs des Klägers zwischen der Verfahrensbeteiligten und dem Beklagten bzw. die Überschussverteilung. B. Finanzielle Verhältnisse der Verfahrensbeteiligten 1. Bedarf der Verfahrensbeteiligten

## **E. 11**

März 2019) angemessen erscheint. Es resultiert somit ein Überschuss des Beklagten von Fr. 1'426.–. Die Verfahrensbeteiligte stellt sich berufsungsweise ohne eine Begründung auf den Standpunkt, der Kläger sei zu einem Drittel am resultierenden Überschuss zu beteiligen (Urk. 1 S. 15). Es gilt der Grundsatz, dass alle unterhaltsberechtigten Kinder vom Pflichtigen im Verhältnis zu ihren objektiven Bedürfnissen finanziell gleich

- 33 - zu behandeln sind. Ein allfälliger Überschuss ist demzufolge auf alle unterhaltsberechtigten Kinder nach Massgabe ihrer jeweiligen Bedürfnisse und der Leistungsfähigkeit des anderen Elternteils zu verteilen (BGE 137 III 59 E. 4.2; BGE 127 III 68 E. 2c; OGer ZH LZ130003 vom 27.01.2014, E. II.4.2; OGer ZH LZ140014 vom 22.04.2015, E. II.6.2; FamKomm Scheidung/Schweighauser, Art. 285 ZGB N 40; Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz

06.186). Die vom Beklagten vor Vorinstanz eventualiter beantragte Überschussaufteilung zu je 1/6 für den Kläger und die beiden Kindern des Beklagten in Deutschland und zu 1/2 für den Beklagten (vgl. Urk. 10/80 S. 11) steht im Einklang mit der verbreiteten Aufteilung nach "grossem Kopf" für den Elternteil und "kleinem Kopf" für die Kinder (Marga Burri, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Der Betreuungsunterhalt, Brennpunkte des Betreuungsunterhalts, 2018, S. 37 f.; Bähler, Unterhaltsberechnungen – von der Methode zu den Franken, in: FamPra.ch S. 271 ff., S. 324 f.) und trägt dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Geschwister numerisch Rechnung. Zwar trifft es zu, dass die Lebenshaltungskosten in Deutschland tiefer sind als in der Schweiz, wie die Verfahrensbeteiligte vor Vorinstanz vorgebracht hat (Urk. 10/89 S. 6). Eine gleichmässige Aufteilung des verbleibenden hälftigen Überschussanteils unter die Kinder erscheint aber angesichts des Umstandes, dass die beiden in Deutschland lebenden Kinder des Beklagten mit den Jahrgängen 2002 und 1999 (vgl. Urk. 10/13/16) deutlich älter sind als der Kläger, und dementsprechend von weitergehenden Bedürfnissen ihrerseits auszugehen ist, zumindest im Rahmen der vorliegenden vorsorglichen Massnahmen angemessen. Allerdings bleibt diesbezüglich darauf hinzuweisen, wie auch die Vorinstanz bereits erwähnt hat, dass vor dem Entscheid in der Hauptsache die Leistungsfähigkeit der Mutter der beiden in Deutschland lebenden Kinder des Beklagten abzuklären sein wird.

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