

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC160040-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger

Beschluss und Urteil vom 11. November 2016

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

betreffend **Ehescheidung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (3. Abteilung) des Bezirksge-
richtes Zürich vom 9. Mai 2016; Proz. FE130542**

Modifiziertes Rechtsbegehren der Klägerin:

(act. 82)

- "1. Die Ehe der Parteien sei gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden.
2. Die elterliche Sorge der gemeinsamen Kinder, C._____, geb. tt.mm.2010 und D._____, geb. tt.mm.2010, sei der Klägerin zuzuteilen.
3. Dem Beklagten sei ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen.
4. Die bestehende Beistandschaft sei aufzuheben.
5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ab Rechtskraft des Scheidungsurteils, an den Unterhalt der gemeinsamen Kinder, angemessene, indexierte und monatlich vorauszahlbare Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) in folgender Höhe zu bezahlen.
 - a. für C._____:
 - mindestens CHF 900.00 bis Januar 2020;
 - mindestens CHF 1'100.00 von Februar 2020 bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung gem. Art. 277 Abs. 2 ZGB;
 - b. für D._____:
 - mindestens CHF 900.00 bis November 2020;
 - mindestens CHF 1'100.00 von Dezember 2020 bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung gem. Art. 277 Abs. 2 ZGB.
6. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ab Rechtskraft des Scheidungsurteils, an den persönlichen Unterhalt, angemessene, indexierte und monatlich vorauszahlbare Ehegattenunterhaltsbeiträge von mindestens CHF 220.00 bis Dezember 2026 zu bezahlen.
7. Es sei festzustellen, dass der Klägerin bei einem festgelegten Unterhalt von CHF 2'020.00 (gemäss Ziff. 5 und 6) zur Deckung des gebührenden Unterhalts (Art. 129 Abs. 3 ZGB) pro Monat der Betrag von CHF 1'660.00 fehlt.
8. Eventualiter sei die Unterdeckung des gebührenden Unterhalts nach Art. 129 Abs. 3 ZGB durch das Gericht festzustellen (Bedarf der Klägerin minus Einkommen der Klägerin minus richterlich festgestellte Unterhaltsbeiträge = festzustellende Unterdeckung). Die Unterdeckung sei mindestens im Betrag von CHF 1'600.00 festzuhalten.

9. Es sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt sind.
10. Die Teilung der beruflichen Vorsorge sei gemäss Gesetz vorzunehmen.
11. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MwSt.) zulasten des Beklagten.
12. Eventualiter sei der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichnende als ihr Rechtsbeistand zu bestellen."

Rechtsbegehren des Beklagten:

(Prot. S. 4, S. 14 und S. 32 ff. sinngemäss)

- "1. Die Ehe der Parteien sei gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden
2. Es seien die Kinder C._____, geboren tt.mm.2010, und D._____, geboren tt.mm.2010, unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien zu belassen.
3. Es seien die aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder C._____, geboren tt.mm.2010, und D._____, geboren tt.mm.2010, unter die alleinige Obhut der Klägerin zu stellen.
4. Es sei dem Beklagten ein gerichtsbliches Besuchsrecht einzuräumen.
5. Die Beistandschaft sei nicht aufzuheben.
6. Es seien keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge zuzusprechen.
7. Der Beklagte sei zur Bezahlung von angemessene Kinderunterhaltsbeiträgen zu verpflichten.
8. Es sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt sind".

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung – Einzelgericht, vom 9. Mai 2016 (act. 116 = act. 126/1 = act. 127 je S. 56 ff.):

- "1. Die Ehe der Parteien wird gestützt auf Art. 114 ZGB geschieden.
2. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2010, und D._____, geboren tt.mm.2010, werden unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen.

3. Die Obhut für die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2010, und D._____, geboren tt.mm.2010, wird der Klägerin zugeteilt.
4. Der Beklagte ist berechtigt und verpflichtet, die Kinder wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
 - a. *Bis zum Eintritt des jüngeren Kindes in die 1. Klasse der Primarschule:*
Dem Beklagten wird das Recht eingeräumt, die Kinder C._____ und D._____ jeden Sonntag von 11:00 Uhr bis 18:00 Uhr mit sich oder zu sich zu Besuch zu nehmen.
 - b. *Ab Eintritt des jüngeren Kindes in die 1. Klasse der Primarschule:*
Der Beklagte ist berechtigt und verpflichtet, die Kinder C._____ und D._____ wie folgt zu betreuen
 - an jedem zweiten Wochenende von Samstag, 10:00 Uhr, bis Sonntag, 18:00 Uhr,
 - jeweils am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr
 - in Jahren mit gerader Jahreszahl von Karfreitag, 10:00 Uhr, bis Ostermontag, 18:00 Uhr und in Jahren mit ungerader Jahreszahl von Pfingstsamstag, 10:00 Uhr, bis Pfingstmontag, 18:00 Uhr (das auf diese Feiertagsregelung folgende Wochenende verbringen die Kinder bei der Mutter, womit die abwechselnde Wochenendregelung von neuem beginnt).

Ausserdem ist der Beklagte berechtigt und verpflichtet, die Kinder C._____ und D._____ ab Eintritt des jüngeren Kindes in die 1. Klasse der Primarschule während der Schulferien für die Dauer von drei Wochen pro Jahr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen.

Die Parteien sprechen die Aufteilung der Ferien jeweils mindestens drei Monate im Voraus ab. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Vater in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Mutter.

In der übrigen Zeit ist Klägerin für die Betreuung der Kinder zuständig.

Weitergehende oder abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.

5. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Sarganserland wird ersucht, die mit Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen vom 11. Juli 2011 erstellte Beistandschaft weiterzuführen.
6. Die Erziehungsgutschriften für die Berechnung der AHV/IV-Renten werden allein der Klägerin angerechnet. Es ist Sache der Klägerin, die betroffenen Ausgleichskassen zu informieren.
7. Der Klägerin werden mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder folgende Kinderunterhaltsbeiträge, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, zu bezahlen:

CHF 290.- für jedes Kind ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung eines jeden Kindes (auch über die Volljährigkeit hinaus).

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Klägerin zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Volljährigkeit hinaus, solange das Kind im Haushalt der Klägerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Beklagten stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

9. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 8 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:
 - Erwerbseinkommen klagende Partei (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 50%): CHF 1'705.- netto;
 - Hypothetisches Erwerbseinkommen beklagte Partei (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 100%): CHF 4'000.- netto;
 - Vermögen klagende Partei: CHF 0.-;
 - Vermögen beklagte Partei: CHF 0.-;
 - Bedarf klagende Partei mit den Kindern: CHF 4'060.-;
 - Bedarf beklagte Partei: CHF 3'417.-.

Der Klägerin fehlt zur Deckung des gebührenden Unterhalts jeden Monat folgender Betrag: CHF 2'355.-.

10. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 8 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende April 2016 von 100.4 Punkten (Basis Dezember 2015 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2017, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{100.4}$$

Weist die zu Unterhaltsleistungen verpflichtete Partei nach, dass sich ihr Einkommen nicht im Umfange der Teuerung erhöht, so werden die Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 8 nur proportional zur tatsächlichen Einkommenssteigerung angepasst.

Fällt der Index unter den Stand von Ende März 2016, berechtigt dies nicht zu einer Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge.

11. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin jeweils Ende März eines jeden Jahres über seine finanziellen Verhältnisse Auskunft zu geben und auf erstes Verlangen die diesbezüglichen Unterlagen, insbesondere Steuererklärung, Lohnausweise und Lohnabrechnungen, vorzuweisen.
12. Die von den Parteien während der Ehe geäußneten Pensionskassenguthaben werden im Sinne von Art. 122 ZGB je hälftig geteilt und die Stiftung ..., ... [Adresse] angewiesen, vom Freizügigkeitskonto Nr. ... des Beklagten den Betrag von Fr. 3'732.95 auf das Vorsorgekonto der Klägerin bei der Sammelstiftung ... AG (Vers.Nr. ...) zu überweisen.
13. Es wird festgehalten, dass die Parteien güterrechtlich auseinandergesetzt sind.

14. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 5'000.– festgesetzt.
 15. Die Kosten werden der Klägerin zu 60% und dem Beklagten zu 40% auferlegt, der Anteil der Klägerin wird jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Klägerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
 16. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 600.– zu bezahlen.
- 17./18.Mitteilung/Rechtsmittel"

Berufungsanträge:

der Klägerin (act. 125 S. 2 f.):

- "1. Ziff. 8. der einzelrichterlichen Verfügung vom 9. Mai 2016 sei folgendermassen abzuändern:

Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder folgende Kinderunterhaltsbeiträge, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, zu bezahlen:

CHF 440.00 für jedes Kind ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung eines jeden Kindes (auch über die Volljährigkeit hinaus).

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Berufungsklägerin zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Volljährigkeit hinaus, solange das Kind im Haushalt der Klägerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Beklagten stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.
2. Ziff. 15. der einzelrichterlichen Verfügung vom 9. Mai 2016 sei folgendermassen abzuändern:

Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, der Anteil der Klägerin wird jedoch zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Berufungsklägerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
3. Ziff. 16. der einzelrichterlichen Verfügung vom 9. Mai 2016 sei ersatzlos aufzuheben.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Berufungsbeklagten.
5. Der Berufungsklägerin sei die unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung durch den unterzeichnenden Rechtsanwalt weiterhin zu gewähren".

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien wurden von der Vorinstanz unter Regelung der Nebenfolgen geschieden. Die Klägerin verlangt in drei Punkten (Dispositiv-Ziffern 8, 15 und 16 eine Abänderung (Erhöhung des Kinderunterhalts sowie Abänderung der Kosten- und Entschädigungsfolgen).

2. Die Klägerin hat die Berufungsschrift rechtzeitig eingereicht und hat das Scheidungsurteil nur teilweise angefochten. Soweit es nicht angefochten wurde, ist es in Rechtskraft erwachsen, wovon Vormerk zu nehmen ist.

3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Dem Beklagten wurde mit Verfügung der Kammer vom 30. Juni 2016 (act. 128) Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Innert der durch die Gerichtsferien verlängerten Frist hat der Beklagte sich nicht vernehmen lassen (Zustellung am 5. Juli 2016 [act. 129]; Fristende am 5. September 2016). Androhungsgemäss ist daher das Verfahren ohne die Berufungsantwort weiterzuführen (act. 128 S. 2 Dispositiv-Ziff. 1 Abs. 3).

4. Die Klägerin verlangt auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege (act. 125 S. 10), welche ihr bereits für das erstinstanzliche Verfahren bewilligt worden war. Da die Klägerin nach wie vor teilweise von der Sozialhilfe abhängig ist und über kein Vermögen verfügt, ist ihr diese zu bewilligen und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

5. Die Sache ist spruchreif.

II.

1. a) Die Vorinstanz hat den Beklagten verpflichtet, der Klägerin für die beiden Kinder C._____ und D._____ Unterhaltsbeiträge von je Fr. 290.– ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung (auch über die Volljährigkeit hinaus) zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen zu bezahlen. Die Klägerin beantragt mit der Berufung, den Kinderunterhalt von monatlich je Fr. 290.– auf monatlich je Fr. 440.– zu erhöhen.

b) Die Vorinstanz nennt unter Hinweis auf Art. 133 Abs. 1, Art. 276 Abs. 1 und 2 sowie Art. 285 Abs. 1 ZGB als Grundsätze für die Festlegung des Kinderunterhalts die Bedürfnisse des Kindes, die Lebensstellung und die Leistungsfähigkeit der Eltern und das Vermögen und Einkommen des Kindes. Die Beträge müssten in einem vernünftigen Verhältnis zur Lebensstellung und Leistungsfähigkeit des Beitragspflichtigen stehen (act. 127 S. 27). Soweit möglich gingen die Bedürfnisse des Kindes vor (act. 127 S. 28).

Die Vorinstanz ist für den Beklagten von einem hypothetischen Nettoeinkommen von Fr. 4'000.– ausgegangen (act. 127 S. 40). Zum Bedarf des Beklagten ergibt sich aus dem vorinstanzlichen Entscheid (act. 127 S. 41 f.) Folgendes:

Position	Geltend gemachter Betrag	Vom Gericht berücksichtigter Betrag	Quelle
1) Grundbetrag	Fr. 1'100.-	Fr. 1'100.-	Prot. S. 37
2) Miete	Fr. 2'000.-	Fr. 1'500.-	act. 71/4
3) Krankenkasse	Fr. 451.65	Fr. 451.65	act. 71/2; Prot. S. 38
4) Telefon	Fr. 40.-	Fr. 40.-	Prot. P7 S. 49
5) Billag	Fr. 38.-	Fr. 38.-	Prot. S. 44
6) Hausratversicherung	Fr. 32.25	Fr. 32.25	act. 71/5
7) ÖV	Fr. 65.- plus Fahrtkosten nach ...	Fr. 155.-	Prot. S. 53

8) Parkplatz	Fr. 100.-	Fr. 0.-	Prot. S. 38
Kaskoversicherung	Fr. 155.75	Fr. 0.-	
Rega Gönnerbeitrag	Fr. 30.-	Fr. 0.-	
9) Auswärtige Verpflegung	Fr. 100.-	Fr. 100.-	
10) Hundesteuer	Fr. 14.-	Fr. 0.-	act. 71/7
Total	Fr. 4'126.65	Fr. 3'416.90	

Was die Wohnkosten anbelangt, hat die Vorinstanz ausgeführt, der Beklagte habe geltend gemacht, dass er mit seiner Freundin zusammen wohne und im Monat Fr. 2'000.– bezahle, und zwar allein, weil die Freundin arbeitslos sei und sich eine eigene Wohnung suche. Die Klägerin taxiere diesen Betrag als zu hoch und gestehe dem Beklagten die Berücksichtigung von Fr. 1'000.– zu. Es sei nicht der volle Mietzins anzurechnen und die Miete sei mit Blick auf die Höhe des (hypothetischen) Einkommens des Beklagten übersetzt. Seine Partnerin habe selber für ihren Mietanteil aufzukommen. Dass die Partnerin auf Wohnungssuche sei, sei nicht bestritten worden, weshalb nicht von einem dauerhaften Zusammenleben ausgegangen werden könne. In Zürich seien die Mietkosten notorisch hoch. Dem Beklagten sei wegen des Besuchsrechts eine 2- bis 3-Zimmerwohnung zuzugestehen, sodass ein Betrag von Fr. 1'500.– angemessen sei (act. 127 S. 43). Hinsichtlich der Krankenkassenkosten führte die Vorinstanz aus, dass es gemäss Ziff. 16 des Merkblattes "Prämienverbilligung 2015 – SVA Zürich" bei einem Jahreseinkommen von Fr. 42'000 - 62'600.– keine Prämienverbilligung gebe, so dass der Beklagte bei einem Jahreseinkommen von Fr. 48'000.– nicht von einer Prämienverbilligung profitieren könne und den ganzen Krankenkassenbeitrag von monatlich Fr. 451.65 bezahlen müsse (act. 127 S. 43). Zu den Kosten für den öffentlichen Verkehr hat die Vorinstanz erwähnt, dass ein Abonnement für 1-2 Zonen Fr. 756.– pro Jahr bzw. Fr. 65.– pro Monat koste. Dazu kämen die öV-Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts (Fr. 37.20 pro Retourfahrt nach ... x 24, zuzüglich Preis des Halbtagsabonnements von jährlich Fr. 185.–: 12) von rund Fr. 90.–, insgesamt Fr. 155.– pro Monat. Bei Gegenüberstellung von (hypothetischem) Einkommen und Existenzminimum des Beklagten stünde für die Unter-

haltsbeiträge an die Kinder der Betrag von Fr. 580.– zur Verfügung, d.h. Fr. 290.– pro Kind (act. 127 S. 46 und S. 47).

c) aa) Die Klägerin verlangt, die Bedarfsrechnung des Beklagten bei den Positionen Miete, Krankenkasse und öffentlicher Verkehr zu korrigieren (act. 125 Rz 17). Eine Miete von Fr. 1'500.– sei zu hoch, lebe der Beklagte doch mit einer Partnerin zusammen. Auch wenn die Partnerin tatsächlich ausziehen sollte und die Mieten in Zürich notorisch hoch seien, so müssten die Mietkosten in einem vernünftigen Verhältnis zum (hypothetischen) Einkommen von Fr. 4'000.– stehen. Die gerichtsnotorische 1/3-Regel ergebe eine anrechenbare Höchstmiete von Fr. 1'333.– (act. 125 Rz 18).

bb) Ausserdem könne der Beklagte – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – von einer bescheidenen Prämienverbilligung profitieren. Bei einem steuerbaren Gesamteinkommen von zwischen Fr. 33'000.– bis Fr. 42'900.– werde ein Verbilligungsbeitrag von Fr. 576.– pro Jahr gewährt. Die Vorinstanz sei von einem Jahreseinkommen von Fr. 48'000.– ausgegangen. Davon wären aber mindestens die Unterhaltsbeiträge in Abzug zu bringen. Bei einem (erhöhten) Betrag von Fr. 440.– pro Kind, würde ein Gesamteinkommen von Fr. 37'440.– resultieren, was zu einer Verbilligung von Fr. 48.– pro Monat führe (576:12). Die Krankenkassenkosten dürften daher höchstens mit Fr. 403.65 pro Monat in den Bedarf eingesetzt werden (act. 125 Rz 19).

cc) Für die Benützung des öffentlichen Verkehrs sei lediglich ein Jahresabonnement für die ZVV-Zonen 1-2 im Betrage von Fr. 65.– pro Monat anrechenbar. Die Fahrkosten nach ..., dem Wohnort der Kinder, habe der Beklagte selber zu tragen. Nur wenn dem Besuchsberechtigten die notwendigen Mittel fehlten, könnten die Kosten ganz oder teilweise dem obhutsberechtigten Elternteil auferlegt werden. Seien beide Elternteile nicht in der Lage die Kosten zu übernehmen, seien sie vom besuchsberechtigten Elternteil zu tragen. Angesichts der konkreten Situation mit der Mankolage rechtfertige es sich ohne weiteres, dass der Beklagte die Kosten aus dem Grundbetrag decke (act. 125 Rz 20). Ausserdem weist die Klägerin darauf hin, dass der Beklagte das Besuchsrecht praktisch nie wahrnehme. Seit der Hauptverhandlung sei der Beklagte ein einziges Mal für einen Be-

such zu den Kindern gekommen, obwohl die Klägerin die persönlichen Kontakte zum Vater gerne zulasse. Es könne nicht angehen, dass dem Beklagten die Kosten zur Ausübung des Besuchsrechts angerechnet würden, wenn die Besuche gar nicht stattfinden würden.

dd) Der neue, reduzierte Bedarf betrage daher Fr. 3'111.90 (act. 125 Rz 23), nämlich:

Einkommen	4000
Grundbetrag	1100
Wohnung (inkl. NK)	1333.00
Krankenkasse	403.65
Haushalt-/Haftpflchtversicherung	32.25
Telefon/Radio/TV	78.00
Fahrkosten	65.00
auswärtige Verpflegung	100.00
Total Ausgaben	3111.90, gerundet 3120.00
Überschuss	888.10, gerundet 880.00

Das ergebe für den Beklagten einen Überschuss von Fr. 888.10, während es bei der Klägerin ein Manko von Fr. 1'695.– bzw. Fr. 2'045.– (ab Juli 2022) gebe. Der ganze Überschuss müsse daher je zur Hälfte den Kindern zukommen und die monatlichen Unterhaltsbeiträge auf je Fr. 440.– angehoben werden.

2. a) Die Vorinstanz hat den Parteien die Kosten im Verhältnis 60 zu 40 auferlegt. Sie begründet dies damit, dass gemäss ständiger Praxis die Kosten für die Regelung der Kindesbelange den Eltern je zur Hälfte aufzuerlegen seien. Bezüglich des Scheidungspunktes, der Aufteilung der Austrittsleistungen aus beruflicher Vorsorge sowie des Güterrechts seien sich die Parteien einig gewesen, so dass sich eine hälftige Kostenaufteilung rechtfertige (Gewichtung 30 %). Beim nachehelichen Unterhalt und im Bereich der Beistandschaften dringe die Klägerin nicht durch, worauf rund 20 % entfallen würden (act. 127 S. 52).

Die Prozessentschädigung von Fr. 600.– an den Beklagten wurde von der Vorinstanz entsprechend dem 60 %igen Unterliegen der Klägerin festgelegt, basierend auf der Überlegung, dass der Beklagte nur für einen Teil des Verfahrens anwaltlich vertreten war und ausgehend von einer Grundgebühr von Fr. 3'000.–

für die Einigungsverhandlung vom 14. November 2013 sowie die mutmassliche Vorbereitung der Klagebegründung bzw. die entsprechende Instruktion (act. 127 S. 53).

b) Die Klägerin beanstandet, dass die Vorinstanz die Kosten des Verfahrens zu 60 % ihr und dem Beklagten lediglich zu 40 % auferlegt habe. Das widerspreche der Gerichtspraxis, die in Fällen, in denen es um Kinderbelange gehe, die Kosten hälftig teile und es keine Sieger und Verlierer gebe (act. 125 Rz 28). Die Klägerin habe nicht mutwillig überklagt oder unnötigen Aufwand verursacht. Es sei im Gegenteil der Beklagte gewesen, der die Mitwirkungspflichten verletzt und keine Einsicht in seine finanziellen Verhältnisse gewährt habe, so dass die Klägerin von Hypothesen ausgehen müssen. Auch die Vorinstanz habe die Verteilung der Prozesskosten nicht mit einem Fehlverhalten der Klägerin begründet. Obwohl er teilweise durch eine Rechtsanwältin vertreten gewesen sei, habe der Beklagte keinen Antrag zur Kostenverteilung gestellt, so dass gar nicht von einer hälftigen Kostenverteilung abgewichen werden könne (act. 125 Rz 29). Basierend auf den gleichen Überlegungen beanstandet die Klägerin auch, dass sie zur Leistung einer reduzierten Parteientschädigung von Fr. 600.– verpflichtet worden sei.

3. Vorauszuschicken ist, dass der Beklagte keine Berufungsantwort erstattet hat und dass ihm dafür die Weiterführung des Verfahrens ohne Berufungsantwort angedroht wurde (act. 128 S. 2), wie das in Art. 147 Abs. 2 ZPO für den Fall der Säumnis vorgesehen ist. Nach der Praxis der Kammer war dem Beklagten keine Nachfrist anzusetzen (vgl. dazu ZK ZPO-Reetz/Theiler [3. Auflage 2016], N. 8 zu Art. 312; OGer ZH, NQ110033, Hungerbühler/Bucher, DIKE-Kommentar-ZPO, N. 26 zu Art. 147; zur abweichenden Ansicht vgl. a.a.O., Rz 25). Der Entscheid ist aufgrund der Akten zu fällen, wobei das Stillschweigen nicht als Anerkennung der Berufungsanträge gelten kann (BK ZPO-Sterchi, N. 13 zu Art. 312).

a) Hinsichtlich der Mietkosten des Beklagten hat die Vorinstanz eine Reduktion von Fr. 2'000.– auf Fr. 1'500.– vorgenommen. Gemessen am (hypothetischen) Einkommen erscheint dieser Betrag immer noch sehr hoch. Zu Recht weist die Klägerin auf das Verhältnis zwischen dem Einkommen und den Wohnkosten hin. In der Gerichtspraxis wird verschiedentlich die von der Klägerin er-

wähnte 1/3-Regel angewendet, d.h. dass die Mietkosten nicht mehr als 1/3 des Einkommens betragen dürfen. Nicht nur die Gerichte, sondern etwa auch die Budgetberatung Schweiz, die Dachorganisation von 35 Budgetberatungsstellen, achtet auf das Verhältnis zwischen Einkommen und Mietkosten und setzt im Budgetbeispiel für Einzelpersonen mit einem Einkommen zwischen Fr. 3'500 und Fr. 4'500 für Miete lediglich ca. 1/4 des Einkommens ein (www.budgetberatung.ch/Einzelpersonen.116.0.html).

Die Vorinstanz erwähnt, dass die Partnerin des Beklagten für ihren Mietanteil aufkommen müsse, wobei nicht von einem dauerhaften Zusammenleben ausgegangen werden könne. Ob er allein lebt oder nicht, spielt allerdings auch keine Rolle, weil die Wohnkosten des Beklagten, auch wenn sie neu nach der 1/3-Regel auf Fr. 1'333.– festgesetzt werden, ausreichend berücksichtigt sind. Dieser Betrag sollte auch ausreichen, um eine Wohnung zu finden, in der die Kinder sich besuchsweise bei ihm aufhalten könnten (zur Frage des kaum ausgeübten Besuchsrechts vgl. sogleich unten c). Hinzuzufügen ist, dass der Beklagte offenbar weder aus familiären noch beruflichen Gründen darauf angewiesen ist, an einem ganz bestimmten Ort zu wohnen, so dass es – angesichts der sehr knappen Unterhaltssituation der Kinder – zumutbar wäre, gegebenenfalls auf kostengünstigere Wohngebiete auszuweichen.

b) Was die Krankenkassenbeiträge anbelangt, hat die Klägerin dargelegt, dass nicht das Netto-Einkommen massgeblich ist, sondern dass es gemäss dem erwähnten Merkblatt auf das steuerbare Einkommen ankommt. Der Betrag von Fr. 48'000 (12 x Fr. 4'000) ist das Netto-Einkommen, nicht jedoch das steuerbare Einkommen, bei dem (mindestens) die Unterhaltsbeiträge in Abzug gebracht werden können. Antragsgemäss ist daher ein Verbilligungsbetrag von monatlich Fr. 48.– zu berücksichtigen.

c) Was die Fahrkosten zur Ausübung des Besuchsrechts anbelangt, macht die Klägerin geltend, dass der Beklagte das Besuchsrecht praktisch nicht ausübe, sei es doch seit der Hauptverhandlung lediglich zu einem Besuch gekommen. Die Hauptverhandlung hat am 17. Dezember 2014 stattgefunden (Protokoll VI S. 27), die Berufungsschrift datiert vom 23. Juni 2016, so dass es um einen Zeitraum von

ca. anderthalb Jahren geht. Dass die Nichtausübung des Besuchsrechts bereits im vorinstanzlichen Verfahren ein Thema war, ergibt sich aus dem Urteil selbst, wo die Klägerin mit der Behauptung zitiert wird, dass es bis zur Hauptverhandlung vom 17. Dezember 2014 drei Kontakte mit den Kindern gegeben habe, während der Beklagte geltend gemacht hat, dass er die Kinder ca. fünf bis sechs Mal gesehen habe, je einen halben oder einen ganzen Tag, immer ohne Übernachtung (act. 127 S. 19). Und an der Einigungsverhandlung vom 13. November 2013 hat er ausgesagt, dass er die Kinder über ein Jahr lang nicht gesehen habe (act. 127 S. 20; Prot. VI S. 18).

Angesichts dieser Vorgeschichte hat die Kammer keinen Anlass daran zu zweifeln, dass der Beklagte sein Besuchsrecht nach wie vor praktisch nicht wahrnimmt. Es lässt sich daher nicht rechtfertigen, in seinen monatlichen Bedarf einen Betrag von rund Fr. 90.– für die Ausübung der Besuche einzurechnen (ebenso wenig wie sich eine besondere Berücksichtigung bei seiner Wohnsituation aufdrängt). Letztlich geht das, was dem Beklagten für die (nicht wahrgenommenen) Besuche zugestanden wird, direkt am (ohnehin sehr bescheidenen) Unterhaltsbeitrag der Kinder ab, die dann doch kaum Kontakt zu ihrem Vater haben. Die öV-Kosten für die Kinderbesuche sind daher im Bedarf des Beklagten zu streichen.

d) Anzumerken ist, dass sich die vorstehenden Korrekturen auf die Grundlagen in Ziff. 9 des vorinstanzlichen Entscheides auswirken, indem dort der Bedarf der beklagten Partei neu mit Fr. 3'120.– aufzuführen ist.

Das führt dazu, dass dem Beklagten ausgehend von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 4'000. – ein monatlicher Überschuss von Fr. 880.– verbleibt. Dieser Überschuss soll vollumfänglich den beiden Kindern zugute kommen. Die Kinderunterhaltsbeiträge sind daher antragsgemäss auf je Fr. 440.– pro Kind zu erhöhen. Dispositiv Ziffer 8 des vorinstanzlichen Entscheides ist entsprechend abzuändern.

4. Die Klägerin verlangt, dass die vorinstanzliche Entscheidgebür den Parteien je zur Hälfte auferlegt werde. Dass die Klägerin die Kosten zu 60 % tragen müsse, begründet die Vorinstanz damit, dass sie in zwei Punkten unterlegen sei,

nämlich hinsichtlich der Weiterführung der Beistandschaft und dem nahehelichen Unterhalt, was an den Gesamtkosten 20 % ausmache (act. 127 S. 52).

Bezüglich der Beistandschaft (vgl. act. 127 S. 21 ff.) ist nicht ersichtlich, warum diese Thematik nicht zu den Kinderbelangen gehört, bei denen praxisgemäss eine hälftige Kostenteilung vorgenommen wird. Die Klägerin hat vor Vorinstanz einen nahehelichen Unterhalt von Fr. 220.– verlangt. Den vorinstanzlichen Akten und dem vorinstanzlichen Urteil ist zu entnehmen, dass der Beklagte seine Informations- bzw. Mitwirkungspflichten im vorinstanzlichen Verfahren vernachlässigte (vgl. act. 46, act. 50, act. 51, act. 56, act. 57; act. 127 S. 6 f.), was – so die Klägerin – die Verfahrensdauer enorm verlängert und es der Klägerin verunmöglicht habe, ihre Anträge in Kenntnis der finanziellen Verhältnisse des Beklagten stellen zu können. Die Aktenlage stützt diese Vorbringen, so dass es der Gesamtsituation angemessen erscheint, die Kostenbeteiligung der Parteien am erstinstanzlichen Verfahren auf je 50 % festsetzen.

5. Die Korrektur bei der erstinstanzlichen Kostentragung und die Auferlegung derselben im Verhältnis 50 zu 50 führt dazu, dass dem Beklagten keine Parteienschädigung zuzusprechen ist.

III.

Im Berufungsverfahren obsiegt die Klägerin vollumfänglich und der Beklagte wird als unterliegende Partei kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Eine Scheidung ist grundsätzlich keine vermögensrechtliche Angelegenheit. Kinderunterhaltsbeiträge sowie Kosten- und Entschädigungsfolgen sind jedoch vermögensrechtlicher Natur. Die Differenz zwischen dem Berufungsantrag und dem vorinstanzlichen Urteil hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge beträgt monatlich Fr. 300.– (was jährlich einem Betrag von Fr. 3'600.– entspricht). Es handelt sich dabei um eine wiederkehrende Leistung von unbestimmter Dauer ("bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung"; vgl. Art. 92 ZPO). Die

Grundgebühr kann an sich bis zum Betrag erhöht werden, der für den Entscheid über die vermögensrechtlichen Rechtsbegehren allein zu erheben wäre (§ 5 Abs. 2 GerGebV OG; § 5 Abs. 2 AnwGebV). Die Anwendung von § 5 Abs. 2 GerGebV OG bzw. § 5 Abs. 2 AnwGebV ist angesichts geringer Schwierigkeiten und geringem Aufwand (§ 4 Abs. 2 GebV OG, § 4 Abs. 2 AnwGebV) nicht angezeigt und es ist zusätzlich eine angemessene Reduktion für wiederkehrende Leistungen (§ 4 Abs. 3 GerGebV, § 4 Abs. 3 AnwGebV) vorzunehmen. Die Anwaltsgebühr wird bei endgültiger Streiterledigung sodann auf einen Drittel bis zwei Drittel herabgesetzt (§ 13 Abs. 2 AnwGebV). Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist aufgrund der vorstehenden Erwägungen auf Fr. 900.–, die Parteient-schädigung auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist nicht verlangt worden.

Es wird beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 3. Abteilung – Einzelgericht, vom 9. Mai 2016 mit Bezug auf die Dispositiv-Ziffern 1-7 sowie 10-14 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Der Klägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Klägerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis an die Parteien und bezüglich Dispositiv-Ziff. 1 an die Vorinstanz sowie mit Formular an das Zivilstandsamt ... und die Einwohnerkontrolle der Gemeinde ..., an die Kinderschutzbehörde Sarganserland (im Auszug begründet [Abschnitt F] sowie gemäss Dispositiv-Ziff. 1-5 des vorinstanzlichen Entscheides), sowie an die Stiftung ... (im Auszug gemäss Dispositiv-Ziffern 1 und 12 des vorinstanzlichen Entscheides).
4. Rechtsmittelbelehrung mit dem nachstehenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung werden die Dispositiv-Ziffern 8, 9, 15 und 16 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. Mai 2016 aufgehoben und durch folgenden Fassung ersetzt:

"8. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder folgende Kinderunterhaltsbeiträge, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, zu bezahlen:

CHF 440.– für jedes Kind ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung eines jeden Kindes (auch über die Volljährigkeit hinaus).

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Klägerin zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweilen auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Volljährigkeit hinaus, solange das Kind im Haushalt der Klägerin lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Beklagten stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet."

9. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffer 8 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

- Erwerbseinkommen klagende Partei (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 50%): CHF 1'705.- netto;
- Hypothetisches Erwerbseinkommen beklagte Partei (inkl. 13. Monatslohn, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, bei einer Erwerbstätigkeit von 100%): CHF 4'000.- netto;
- Vermögen klagende Partei: CHF 0.-;
- Vermögen beklagte Partei: CHF 0.-;
- Bedarf klagende Partei mit den Kindern: CHF 4'060.-;
- Bedarf beklagte Partei: CHF 3'120.-.

Der Klägerin fehlt zur Deckung des gebührenden Unterhalts jeden Monat folgender Betrag: CHF 2'355.-.

[...]

15. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, der Anteil der Klägerin wird jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Klägerin wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
16. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen".
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 900.–.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen, zahlbar an Rechtsanwalt lic. iur. X._____.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung – Einzelgericht, und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: