

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ110001-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. G. Pfister, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Urteil vom 22. Juni 2012

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch C. _____

vertreten durch lic. iur. X. _____,

betreffend **Unterhalt**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich vom 1. Februar 2011 (FP100211)**

Rechtsbegehren:

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, folgende monatliche, an den Index gebundene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (zuzüglich vertragliche oder gesetzliche Kinder- und/oder Familienzulagen, die dem Beklagten zustehen):
- Fr. 500.– vom 5. Juni 2009 bis 31. Mai 2010,
 - Fr. 750.– vom 1. Juni 2010 bis 28. Februar 2014,
 - Fr. 1'000.– vom 1. März 2014 bis 31. Juli 2021,
 - Fr. 1'300.– vom 1. August 2021 bis zum Abschluss der Ausbildung, mindestens jedoch bis zur Mündigkeit.
- Die Unterhaltsbeiträge sind monatlich im Voraus je auf den Ersten eines Monats an die gesetzliche Vertreterin und nach Erreichen der Mündigkeit an das Kind selber zu bezahlen.
2. Die Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik (BFS) per Ende Oktober 2010 mit 103.9 Punkten (Indexbasis im Monat Dezember 2005 bei 100 Punkten). Sie werden jährlich auf den 1. Januar dem Indexstand per Ende November des Vorjahres angepasst. Berechnungsart: ursprünglicher Unterhaltsbeitrag geteilt durch ursprünglichen Index multipliziert mit neuem Index. Die erste Anpassung erfolgt auf 1. Januar 2012.
3. Ferner sei der Klägerin als einem einkommens- und vermögenslosen Kleinkind die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, Einzelgericht:

- "1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats an den jeweiligen gesetzlichen Vertreter des Kindes und nach Erreichen der Mündigkeit an das Kind selber:
- Fr. 500.– vom 5. Juni 2009 bis 31. Mai 2010,
 - Fr. 850.– vom 1. Juni 2010 bis zum Abschluss der Ausbildung, mindestens jedoch bis zur Mündigkeit.
- Gesetzliche oder vertragliche Kinder- und/oder Familienzulagen sind zusätzlich zu bezahlen.

Es wird auf die Möglichkeit der Abänderung gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB hingewiesen.

2. Diese Unterhaltsbeiträge passen sich dem Landesindex für Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Oktober 2010 mit 103.9 Punkten (Indexbasis im Monat Dezember 2005 bei 100 Punkten) an. Die Anpassung erfolgt jeweils auf den 1. Januar eines Kalenderjahres, ausgehend vom jeweiligen Indexstand per Ende November des Vorjahres, erstmals auf den 1. Januar 2012, und zwar nach folgender Formel:

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

3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 4'500.– festgesetzt (Pauschalgebühr). Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten werden zu zwei Dritteln dem Beklagten und zu einem Drittel der Klägerin auferlegt.
5. Vom Verzicht der Klägerin auf eine Prozessentschädigung wird Vormerk genommen.

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 21):

"Das o.g. Urteil / Verfügung ist aufzuheben.

- eventuell unter Einbezug der Kindsmutter als Zeugin,
- eventuell unter Einbezug der beiden Damen D._____ und E._____ als Zeugen bezüglich der gemeinsamen Betreuung und der Erziehungsfähigkeit der Eltern.

Dem Beklagten ist aufgrund seiner Einkommens- und Vermögenssituation unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten des (verursachenden) Staates."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (Urk. 30 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, und das vorinstanzliche Urteil sei zu bestätigen.

2. Der Klägerin sei auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten (Berufungsklägers)."

Erwägungen:

I.

1. Die Eltern von B._____ (Klägerin), C._____ und A._____ (Beklagter), sind nicht verheiratet. Mit Beschluss vom 16. Juni 2009 errichtete die Vormundschaftsbehörde der Stadt F._____ für die Klägerin eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zur Wahrung des Unterhaltsanspruchs. Gleichzeitig sistierte sie das Verfahren betreffend Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge, welches Gesuch die Eltern am 17. März 2008 eingereicht hatten, bis zum Abschluss des Verfahrens betreffend Unterhalt. Der Bezirksrat bestätigte mit Beschluss vom 27. August 2009 die Anordnung der Beistandschaft (Urk. 9/2, 12/1). Mit Eingabe vom 11. Oktober 2010 reichte der Beistand für die Klägerin die Klage ein mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren. Mit Urteil und Verfügung vom 1. Februar 2011 entschied die Erstinstanz über die Klage betreffend Unterhalt (Urk. 20 S. 15f.).
2. Am 11. April 2011 reichte der Beklagte Berufung ein gegen das Urteil, beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und stellte gleichzeitig ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung (Urk. 21). Mit Präsidialverfügung vom 25. Mai 2011 wurde dem Beklagten aufgegeben, seine finanziellen Verhältnisse eingehend darzulegen (Urk. 24). Die Zustellung erfolgte per Gerichtsurkunde, welche von der Post am 3. Juni 2011 mit dem Vermerk "nicht abgeholt" wurde (Urk. 25). Am 26. Januar 2012 ging ein Schreiben des Vertreters der Klägerin ein, in dem er sich nach dem Stand des Verfahrens erkundigte (Urk. 26). Am 31. Januar 2012 fand ein Referentenwechsel statt. Mit Beschluss vom 29. Februar 2012 wurde das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung abgewiesen und der Beklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses aufgefordert (Urk. 27). Nach

Eingang des Betrages wurde mit Verfügung vom 27. März 2012 dem Vertreter der Klägerin und Berufungsbeklagten Frist für die Berufungsantwort angesetzt, welche am 10. Mai 2012 erstattet und dem Beklagten am 16. Mai 2012 zur Kenntnis zugestellt wurde (Urk. 30 - 33). Die Gerichtsurkunde kam wiederum mit dem Vermerk "nicht abgeholt" zurück (Urk. 34).

II.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 1. Februar 2011 und wurde den Parteien am 14. Februar bzw. am 11. März 2011 schriftlich eröffnet (Urk. 15, 18). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

2. Wie bereits im Beschluss vom 29. Februar 2012 festgehalten, gelten die erfolglos zugestellten Gerichtsurkunden als zugestellt im Sinne von Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO, da der Beklagte selbst Berufung erhoben hat und daher klar ein Prozessrechtsverhältnis vorliegt (Urk. 27 S. 2).

3. Gemäss den eingangs wiedergegebenen Berufungsanträgen verlangt der Beklagte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügen blosse Aufhebungsanträge nicht. Rechtsbegehren, die eine Summe Geldes zum Gegenstand haben, sind daher zu beziffern. Auf nicht bezifferte Anträge tritt das Bundesgericht ausnahmsweise ein, sofern sich aus der Beschwerdebegründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ohne weiteres ergibt, was der Beschwerdeführer in der Sache verlangt (BGer 5A_667/2011 mit Verweis auf BGE 134 III 235). Im vorliegenden Fall ergibt sich aus der Begründung, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, dass

der Beklagte keinerlei Unterhaltsbeiträge bezahlen will. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

4. Die Vorinstanz begründet die zugesprochenen Unterhaltsbeiträge wie folgt: Der Bedarf der Kindsmutter sei auf Fr. 3'428.– festzulegen. Aufgrund der Erziehungs- und Betreuungsfunktionen für die Klägerin erziele die Kindsmutter kein Einkommen, sondern werde vom Sozialamt unterstützt. Es erübrige sich jedoch, für die Kindsmutter ein hypothetisches Einkommen festzusetzen. Selbst mit einem vollen Pensum wäre der Notbedarf nicht gedeckt, da zudem Fremdbetreuungskosten für die Klägerin anfallen würden. Würde die Kindsmutter beispielsweise ab Einschulung wieder 60 % arbeiten und ein Einkommen von Fr. 2'250.– erzielen, so würde sie nicht einmal ihr eigenes Existenzminimum decken können (Urk. 20 S. 7f.).

Für den Beklagten sei von einem Bedarf von Fr. 4'889.– auszugehen. Der Beklagte sei sodann selbständig erwerbend und es sei ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Dabei sei davon auszugehen, dass er mit einem vollen Arbeitspensum das Doppelte seines heutigen Einkommens von Fr. 3'000.–, also Fr. 6'000.– verdienen könne. Auf das in der Steuererklärung 2008 (bzw. 2009) deklarierte Einkommen von Fr. 11'000.– sei nicht abzustellen. Es verbliebe somit ein Freibetrag von Fr. 1'111.– (Urk. 20 S. 8 ff.).

Es erscheine daher angemessen, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 850.– zu bezahlen. Die Klägerin beantrage Unterhaltsbeiträge ab 5. Juni 2009. Aufgrund der konkreten Verhältnisse sei dem Beklagten auch rückwirkend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Bereits im Scheidungsverfahren gegenüber seiner früheren Frau im Jahre 2007 sei ihm - basierend auf der geschlossenen Scheidungskonvention - ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'000.– angerechnet worden. Bereits damals sei die Geburt der Klägerin absehbar gewesen und mit Rücksicht darauf sei vereinbart worden, die Unterhaltsbeiträge für die geschiedene Frau ab Eintragung seiner Vaterschaft um Fr. 750.– zu reduzieren. Der Beklagte habe also um seine Unterhaltspflicht gewusst, weshalb ihm das hypothetische Einkommen rückwirkend anzurechnen sei. Entsprechend dem Antrag

der Klägerin sei der Unterhaltsbeitrag in dieser ersten Phase auf Fr. 500.– festzulegen (Urk. 20 S. 10f.).

Diese Beträge würden denn auch mit den Empfehlungen des kantonalen Amtes für Jugend und Berufsberatung in Einklang stehen. Würde man von einer sehr einfachen Lebensstellung ausgehen, so die Erstinstanz, ergäbe sich ein Barbedarf bis 12 Jahre von Fr. 731.25 und ab 13 Jahren von Fr. 1'083.75. Wenn man diese Bedarfswahlen mit dem anhand der Leistungsfähigkeit der Eltern errechneten Unterhaltsbeitrag des Beklagten vergleiche, so zeige sich, dass die beantragten Unterhaltszahlungen keineswegs überrissen seien. Mit den festzusetzenden Unterhaltsbeiträgen von Fr. 850.– sei etwas mehr als der minimale Bedarf der Klägerin bis zum 12. Altersjahr gedeckt, ab dem 13. Altersjahr müsse sie jedoch einstweilen ein Manko hinnehmen (Urk. 20 S. 12 f.).

5. Der Beklagte macht in der Berufung geltend, dass sie (die Eltern) sich über die Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt hätten, und sie würden seit Geburt des Kindes gemäss dieser gegenseitig unterzeichneten Vereinbarung leben. Das Bezirksgericht habe sich vergewissern können, dass die an der Verhandlung anwesende knapp 3 1/2-jährige Klägerin überdurchschnittlich entwickelt sei. Somit sei unbestritten, dass die seit über 3 Jahren gelebte Situation mit dem Kindeswohl vereinbar sei. Zudem sei im Frühling 2008 die gemeinsame elterliche Sorge durch die Mütter-/Väterberaterin und einer weiteren Sozialberaterin explizit befürwortet worden. Die Klägerin sei zu gut 50 % in der Obhut des Vaters (Beklagter). Somit sei auch logisch, dass beide Eltern anteilmässig für den finanziellen Unterhalt verpflichtet seien. Wenn die Eltern sich über die Verteilung der Betreuung und des Unterhalts einigen würden, und dies unter Einbezug des Kindeswohls, könne es nicht angehen, dass das Gericht oder Vormundschaftsbehörden in einer Art der Bevormundung die Aufteilung dieser Pflichten nach deren eigennützigem Gutdünken aufzwingen. Es möge durchaus einleuchten, dass bei unterschiedlichen Einkommen der Eltern die für das Kind nötigen Auslagen eventuell nicht je zur Hälfte, sondern vielleicht zu zwei Dritteln / einem Drittel getragen würden, aber es sei nicht von irgendwelchen statistischen Werten, sondern von effektiven Auslagen und Anschaffungen für das

Kind, welche die Eltern nach Absprache als notwendig befunden und getätigt hätten, auszugehen. Das Kind sei nunmehr seit fast 4 Jahren auf der Welt. Seither brauche es für eine gesunde Entwicklung nach der Überzeugung seiner Eltern unbedingt beide Eltern. In ihrem Fall sei die Klägerin zu gut 50 % in der Obhut (Pflege und Erziehung) des Beklagten. Somit sei auch logisch, dass beide Eltern anteilmässig für den finanziellen Unterhalt verpflichtet seien. Die Kindsmutter bestätige, dass sich die Eltern konsequent und zum Wohl des Kindes an die gemeinsame Vereinbarung hielten, und sie bestätige auch die Aufstellung über die direkten Auslagen für die Klägerin, welche sich auf durchschnittlich lediglich Fr. 228.– pro Monat belaufen hätten. Dies seien sämtliche notwendigen Auslagen, die sie als Eltern für das Kind getätigt hätten, ausgenommen Nahrungsmittel und Beherbergung, welche bei beiden Elternteilen gleichmässig anfallen würden (Urk. 21 S. 2 ff.).

6. Die Eltern haben für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen. Der Unterhalt wird durch Pflege und Erziehung oder, wenn das Kind nicht unter der Obhut der Eltern steht, durch Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB). Massgebend für die Bemessung des Kinderunterhaltsbeitrages sind die Bedürfnisse des Kindes, die Lebensstellung und die Leistungsfähigkeit der Eltern sowie der Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an der Betreuung des Kindes (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Die Bedürfnisse der Kinder umfassen den eigentlichen Lebensunterhalt (Nahrung, Kleidung, Wohnung, Gesundheitspflege, Krankenkassenbeiträge, Versicherungsprämien, persönliche Bedürfnisse) wie auch Erziehung, Ausbildung und Kosten von Kindesschutzmassnahmen. Der Unterhaltsbeitrag hat in einem vernünftigen Verhältnis zur Lebensstellung und zur Leistungsfähigkeit des Beitragspflichtigen zu stehen. Das Gesetz schreibt keine bestimmte Bemessungsmethode vor und überlässt es dem Gericht, ob die Unterhaltsbeiträge konkret – vorzugsweise bei überdurchschnittlich guten wirtschaftlichen Verhältnissen – oder abstrakt bemessen werden sollen. Im letzten Fall ist es zulässig, zur Ermittlung der Bedürfnisse des Kindes auf vorgegebene Bedarfswahlen (z.B. "Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder" des Jugendamtes des Kantons Zürich, www.lotse.zh.ch, Stichwort "Unterhaltsbedarf") abzustellen oder

Prozentregeln zu verwenden, wenn die erforderlichen Anpassungen an den Einzelfall vorgenommen werden (BGE 5C.106/2004, E. 2). Diese Empfehlungen geben nur Aufschluss über den statistischen durchschnittlichen Unterhaltsbedarf. Der individuelle Unterhaltsbedarf kann davon abweichen (vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, Rz 06.141 ff.).

7. Der Einwand des Beklagten, die Kindesmutter habe bestätigt, dass sich die direkten Auslagen für die Klägerin vom Januar 2010 bis November 2010 auf durchschnittlich Fr. 228.– beliefen, ist unbehelflich. Wie dargelegt, ist bei der Berechnung der tatsächlich gelebten Lebensstellung bzw. der konkreten Bedarfsermittlung eine gewisse Pauschalisierung unumgänglich und werden als Berechnungsgrundlage praxisgemäss die Zürcher Tabellen beigezogen. Das Vorgehen der Erstinstanz ist daher nicht zu beanstanden. Der Beklagte setzt sich denn auch mit deren Erwägungen, wonach selbst bei der Berechnung bei einer einfachen Lebensweise Beträge resultierten, welche sich nur unwesentlich vom zugesprochenen Unterhalt unterscheiden würden, nicht auseinander. Der Unterhaltsbeitrag soll einem langjährigen Durchschnittsbetrag der Aufwendungen entsprechen, weshalb auf die erneut eingereichte Aufstellung über eine kurze Zeit von elf Monaten nicht einzugehen ist (Urk. 23/4).

8. Der Beklagte hält daran fest, dass sich die Eltern geeinigt hätten und die Rechte und Pflichten gemeinsam wahrnehmen würden. Entsprechend lebe die Klägerin abwechslungsweise unter der Obhut beider Eltern. Für die Einrichtung gemeinsamer elterlicher Sorge wird nebst dem übereinstimmenden Willen der beiden Eltern sowie der Wahrung des Kindeswohls vorausgesetzt, dass sich die Eltern über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten verständigt haben. Der Beklagte widersetzt sich seit Beginn des Verfahrens betreffend die gemeinsame elterliche Sorge, einen klar bezifferten Betrag an den Unterhalt des Kindes zu nennen (Urk. 3 S. 2, 3). Auch im Berufungsverfahren lautet sein Antrag auf Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils, was nicht anders verstanden werden kann, als dass der Beklagte neben seinen persönlichen Betreuungsauslagen keinen weiteren Unterhalt bezahlen will. Daher muss auch offen bleiben, ob die Vormundschaftsbehörde das Gesuch um ge-

meinsame elterliche Sorge wird genehmigen können, sieht doch das Gesetz eine Genehmigungspflicht für die Unterhaltsverträge vor (Art. 287 Abs. 1 ZGB). Im vorliegenden Fall ist jedenfalls auf den gegenwärtigen rechtlichen Zustand abzustellen: Gemäss Art. 298 Abs. 1 ZGB steht die elterliche Sorge der Mutter zu, wenn die Eltern nicht verheiratet sind. Damit kann dem Beklagten auch nicht die Obhut im Rechtssinne zukommen, welche u.a. bedeutet, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Zwar ist ihm während einem Teil der Woche die tatsächliche Obhut überlassen, da unbestritten ist, dass die Klägerin während dreier Tage beim Beklagten lebt. Von der Einvernahme der beantragten Zeugen (Urk. 21 S. 4) ist abzusehen. Der Umstand der faktischen Verhältnisse ist indes im Rahmen des Bedarfs zu berücksichtigen (unten Ziff. 10).

9. Der Beklagte kritisiert die erstinstanzlichen Ausführungen des Vertreters der Klägerin zum Einkommen der Kindsmutter. Der Betrag von Fr. 2'870.– könne nicht stimmen. Nach eigenen Angaben gehe die Kindsmutter an drei Wochentagen und vereinzelt auch an Samstagen der Arbeit nach. Sie verdiene dadurch den wesentlichen Teil ihres Lebensunterhalts selber. Es könne festgehalten werden, dass die Kindsmutter mit ihrer Ausbildung bei einem 100 % Pensum mit Sicherheit Fr. 4'200.– erzielen könne. Der vom Gericht festgehaltene Netto-Stundenlohn von Fr. 22.30 entspreche dem Verdienst einer 20-jährigen Neueinsteigerin ohne Erfahrung. Die Kindsmutter habe dazu im Gegensatz eine langjährige Erfahrung in diesem Bereich (Urk. 21 S. 3f.).

Die Kindsmutter ist derzeit Sozialhilfeempfängerin. Die Vorinstanz hat davon abgesehen, der Kindsmutter ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (oben Ziff. 3). Die Kindsmutter selbst geht von einem monatlichen Einkommen von Fr. 3'750.– aus, hochgerechnet auf 100 % (Urk. 20 S. 7, Urk. 30 S. 2). Der Beklagte substantiiert nicht näher, wie sich ein monatliches Einkommen von Fr. 4'200.– realisieren liesse. Seinen Angaben zufolge hat die Kindsmutter nämlich vor der Geburt der Tochter netto ca. Fr. 2'000.– bis Fr. 3'000.– verdient und dies - laut Protokoll - bei wöchentlich 20 bis 25 Stunden oder an anderer Stelle "an fünf Tagen von 09.00 bis 17.00 in der Woche" (Beizugsakten FE050460, Prot. S. 81 f.). Doch selbst wenn von Fr. 4'200.- pro Monat ausgegangen würde, könnte die Kindsmut-

ter mit einem 60 % Pensum den eigenen Bedarf nicht decken, auch nicht, wenn mit dem vom Beklagten zugestandenen Bedarf von Fr. 3'093.– (Urk. 23/5) gerechnet würde.

10. Die Vorinstanz veranschlagte den Bedarf des Beklagten mit Fr. 4'889.– (Urk. 20 S. 8). Im Berufungsverfahren verlangt der Beklagte einen Betrag von Fr. 5'868.– bzw. ohne Frauenalimente von Fr. 5'218.– (Urk. 23/5). Es sei beiden Eltern als Grundbetrag je Fr. 1'275.– zuzugestehen. Auch der Grundbetrag für das Kind sei je zur Hälfte anzurechnen (Urk. 21 S. 4). Weiter seien auch ihm die Krankenkassenprämien für die Klägerin zuzubilligen und die Unterhaltsbeiträge für die beiden andern Kinder würden wegen der Indexierung mehr als Fr. 1'500.– ausmachen (Urk. 21 S. 4).

Wie ausgeführt, ist auf die rechtliche Situation abzustellen, wonach die Klägerin Inhaberin der elterlichen Sorge und der Obhut im Rechtssinne ist. Dem Beklagten ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der Grundbetrag von Fr. 1'200.– anzurechnen. In Bezug auf die tatsächliche Obhut erscheint es indessen angemessen, dem Beklagten im Sinne eines erweiterten Besuchsrechts einen Betrag für Auslagen in der Höhe des hälftigen Grundbedarfs der Klägerin zuzubilligen, also Fr. 200.–. Weitere Korrekturen sind indes nicht vorzunehmen. Die Krankenkassenprämien der Klägerin fallen nur bei der Kindsmutter an. Es liegt kein Beleg vor, dass der Beklagte die Prämien bezahlt. Die Unterhaltsverpflichtung für die beiden älteren Kinder beträgt indexiert Fr. 1'548.– (Urk. 13/75). Damit erhöht sich der Bedarf um Fr. 248.– auf Fr. 5'137.–.

11. Bei einem anrechenbaren Einkommen von Fr. 6'000.– und einem Bedarf von Fr. 5'137.– resultiert ein Überschuss von Fr. 863.–, weshalb es dem Beklagten möglich ist, ohne Eingriff in das Existenzminimum einen Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 850.– zu leisten.

12. Weiter moniert der Beklagte, der Grundsatz des Verbots der rückwirkenden Annahme eines hypothetischen Einkommens sei einzuhalten. Die Erstinstanz hat einlässlich begründet, weshalb im zu beurteilenden Fall vom erwähnten Grundsatz abzuweichen ist (Urk. 20 S. 11). Der Beklagte setzt sich mit diesen zutreffen-

den Erwägungen - auf die verwiesen werden kann - nicht auseinander. Weiter wird geltend gemacht, wenn die Eltern sich seit Geburt einvernehmlich geeinigt und ihre Lebenssituation über Jahre hinweg danach ausgerichtet hätten, so könnten beide Eltern in gutem Glauben davon ausgehen, dass sie mit ihrer persönlichen Betreuungsleistung und finanzieller Beteiligung an den Auslagen ihren Pflichten vollumfänglich nachgekommen seien und sie beide mit keinen Nachforderungen rechnen müssten (Urk. 21 S. 5). Dieser gute Glaube ist dem Beklagten abzusprechen. Seit Beginn des Verfahrens um Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge wurde er (und die Kindsmutter) klar auf die gesetzliche Bestimmung hingewiesen, dass eine Vereinbarung auch einen bezifferten Unterhaltsbeitrag beinhalten müsse, und wie erwähnt weigert sich der Beklagte, einen solchen zu beziffern (Urk. 3 S. 3, Urk. 9/2).

13. Gerügt wird auch, dass es unter dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nachvollziehbar sei, weshalb die Unterhaltsverpflichtung für ein Kleinkind, das man 50 % betreue, höher sein solle als die Unterhaltsverpflichtung für jugendliche Gymnasialschüler, die man deutlich weniger als 50 % betreue (Urk. 21 S. 5). Mit diesem Einwand trägt der Beklagte nicht vor, die Unterhaltsbeiträge für G._____ und H._____ (gegenwärtig je Fr. 774.–) seien zu tief bemessen worden und würden deren Bedarf – zu dem der Beklagte keine weiteren Ausführungen macht – nicht abdecken. Vielmehr versucht er mit dem Vergleich einzig seine Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Klägerin zu minimieren. Zu diesem Zweck ist der Gleichbehandlungsgrundsatz indes nicht aufgestellt worden. Wie bereits ausgeführt, entspricht ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 850.– sowohl den Bedürfnissen der Klägerin als auch der finanziellen Lage des Beklagten. Erst wenn die Unterhaltsverpflichtung gegenüber G._____ und H._____ erhöht würde, wofür keine Anzeichen bestehen (faktisch bezahlt der Kläger ohnehin nur Fr. 250.– pro Kind; Prot. S. 8), wäre eine Senkung des Unterhaltsbeitrags an die Klägerin zu prüfen.

14. Dass der Beklagte letztlich die verfassungsmässig garantierte Gleichberechtigung, das Diskriminierungsverbot sowie die UNO-Kinderrechts- und Europäische Menschenrechtskonvention anruft (Urk. 21 S. 6), vermag am Ausgeführten nichts zu ändern.

15. Nach dem Gesagten sind die Vorbringen in der Berufung unbegründet und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziff. 3-5) zu bestätigen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem Kostenvorschuss zu verrechnen. Er ist zudem zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO zu bezahlen. Für das Verfahren vor Obergericht kommt die Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 zur Anwendung. Für den Streitwert ist auf die von der Erstinstanz zugesprochenen Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 130'000.–, deren Aufhebung beantragt wurde, abzustellen (Urk. 20 S. 14).
3. Da die Klägerin nach dem Gesagten keine Gerichtskosten zu tragen hat, wird ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren gegenstandslos und ist abzuschreiben.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Prozessführung wird abgeschrieben.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus je auf den Ersten eines jeden Monats an den jeweiligen gesetzlichen Vertreter des Kindes und nach Erreichen der Mündigkeit an das Kind selber:
 - Fr. 500.– vom 5. Juni 2009 bis 31. Mai 2010,
 - Fr. 850.– vom 1. Juni 2010 bis zum Abschluss der Ausbildung, mindestens jedoch bis zur Mündigkeit.

Gesetzliche oder vertragliche Kinder- und/oder Familienzulagen sind zusätzlich zu bezahlen.

Es wird auf die Möglichkeit der Abänderung gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB hingewiesen.

3. Diese Unterhaltsbeiträge passen sich dem Landesindex für Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Oktober 2010 mit 103.9 Punkten (Indexbasis im Monat Dezember 2005 bei 100 Punkten) an. Die Anpassung erfolgt jeweils auf den 1. Januar eines Kalenderjahres, ausgehend vom jeweiligen Indexstand per Ende November des Vorjahres, erstmals auf den 1. Januar 2013, und zwar nach folgender Formel:

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

4. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziff. 3-5) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 100.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. 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 Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 130'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 22. Juni 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. G. Pfister

lic. iur. S. Notz

versandt am: js