

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ160009-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss und Urteil vom 28. November 2016

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin X._____

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge D._____

1, 2 vertreten durch Beistand lic. iur. E._____,

Amt für Jugend und Berufsberatung

betreffend **Unterhalt**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 23. August 2016 (FK150045-K)

Rechtsbegehren:

der Kläger (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten:
 - zur Bezahlung angemessener Unterhaltsbeiträge für beide Kläger ab dem 01.07.2015, bzw. einem vom Gericht festzulegenden Zeitpunkt, bis zur Mündigkeit und darüber hinaus bis zum Abschluss einer angemessenen Berufsausbildung, zahlbar monatlich im Voraus an die Mutter der Kinder, nach Erreichen der Mündigkeit an jedes Kind persönlich;
 - zur Geltendmachung und zusätzlichen Bezahlung der für ihn allenfalls erhältlichen gesetzlichen oder vertraglichen Kinderzulagen oder dergleichen, sofern diese nicht durch die Mutter oder eine andere berechnigte Person bezogen werden.
2. Die Unterhaltsbeiträge seien gerichtsüblich zu indexieren.
3. Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.
4. Es sei den Klägern bzw. deren Mutter die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren."

des Beklagten (Urk. 15 S. 1):

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Die Kosten des Verfahrens seien den Klägern aufzuerlegen.
3. Dem Beklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Urteil und Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 23. August 2016 (Urk. 32):

Es wird verfügt:

1. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Dem Beklagten wird in der Person von Rechtsanwältin X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. a) Der Beklagte wird verpflichtet, der gesetzlichen Vertreterin der Kläger 1 und 2 an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder einen monatlichen Beitrag von je Fr. 145.- (total

Fr. 290.–) zu entrichten, zahlbar monatlich im voraus seit 1. September 2015 bis zur Volljährigkeit.

Diese Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik zum Stande von Ende Juli 2016 (100,3 Punkte; Basis Dezember 2015 = 100 Punkte). Sie werden jeweils mit Wirkung ab 1. Februar jeden Jahres der seit Ende Juli 2016 eingetretenen Indexveränderung nach folgender Formel angepasst, erstmals per 1. Februar 2018:

Neuer Unterhaltsbeitrag =

$$\frac{\text{Unterhaltsbeitrag gemäss Urteil} \times \text{Indexstand Ende Vorjahr}}{\text{Indexstand Ende Juli 2016 (100,3)}}$$

Eine Reduktion des Index führt zu keiner Reduktion der Unterhaltsbeiträge.

Allfällige vom Beklagten seit dem 1. September 2015 bereits geleistete Unterhaltsbeiträge sind auf die vorstehend festgelegten Beiträge anzurechnen.

- b) Der Beklagte wird darüber hinaus zur Geltendmachung und zusätzlichen Bezahlung der für ihn allenfalls erhältlichen gesetzlichen und/oder vertraglichen Kinderzulagen oder dergleichen verpflichtet, sofern diese nicht durch die gesetzliche Vertreterin der Kläger oder eine andere berechnigte Person bezogen werden.
2. Im darüberhinausgehenden Umfang wird die Klage abgewiesen.
3. Die Entscheidgebür wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Kosten des gerichtlichen Verfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. ... (Mitteilungssatz)
7. ... (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Beklagten (Urk. 31B S. 2):

- "1. Unter Abänderung des Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 23.08.2016, Geschäfts-Nr.: FK150045-K/U/us wird der Beklagte

verpflichtet, der gesetzlichen Vertreterin der Kläger 1 und 2 an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder einen monatlichen Betrag in Höhe von je Fr. 37.– (total Fr. 74.–) zu entrichten, zahlbar monatlich im Voraus seit 1. September 2015 bis zur Volljährigkeit.

2. Im darüberhinausgehenden Umfang wird die Klage abgewiesen.
3. Dem Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und ihm Rechtsanwältin X. _____ zur unentgeltlichen Rechtsvertreterin bestellt."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Der Kläger und Berufungsbeklagte 1 (fortan Kläger) kam am tt.mm.2006 als Sohn von D. _____ in F. _____ (Deutschland) zur Welt und wurde am 25. Oktober 2006 vom Beklagten und Berufungskläger (im Folgenden Beklagter) als sein Kind anerkannt (Urk. 2/2 und Urk. 2/3). Die Klägerin und Berufungsbeklagte 2 (nachstehend Klägerin) wurde am tt.mm.2008 als Tochter von D. _____ in G. _____ (Deutschland) geboren und am 27. August 2008 ebenfalls vom Beklagten als sein Kind anerkannt (Urk. 2/2 und Urk. 2/4). Am 25. Oktober 2006 bzw. am 27. August 2008 gaben der Beklagte und D. _____ für den Kläger resp. für die Klägerin die Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge ab (Urk. 2/3 und Urk. 2/4). Die Kindseltern waren nie verheiratet und haben bislang keine Vereinbarung über die Unterhaltungspflicht des Beklagten für die Kläger getroffen.

Im Juli 2010 zogen der Beklagte und D. _____ mit den Klägern in die Schweiz, wo Ersterer bei der ... eine Anstellung fand, mit der er ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 5'000.– erzielte (Urk. 1 S. 3 und Urk. 15 S. 2). Nach knapp fünf Jahren Aufenthalt in der Schweiz trennten sich die Eltern der Kläger. Der Beklagte zog im Sommer 2015 aus der gemeinsamen Wohnung in H. _____ aus und kehrte auf die I. _____ (Deutschland) zurück. Dort nahm er per 1. September 2015 eine Stelle bei der J. _____ mbH an, die ihm einen Bruttomonatslohn von € 1'811.95 einbringt (Urk. 1 S. 3; Urk. 15 S. 2; Urk. 27 S. 1; Urk. 16/1). Seit

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

1.2. Am 24. November 2015 errichtete die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen für die Kläger eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB und beauftragte die "Beistandsperson", die Kinder bei der Wahrung ihrer Unterhaltsansprüche gegenüber dem Beklagten zu vertreten (Urk. 2/1). In der Folge erhob der Beistand der Kläger mit Eingabe vom 2. Dezember 2015 beim Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren (Vorinstanz), gegen den Beklagten Unterhaltsklage mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (Urk. 1). Nach Eingang der schriftlichen Stellungnahme zur Klage vom 3. Februar 2016 (Urk. 15) verzichteten die Parteien im Sinne von Art. 233 ZPO auf die Durchführung der Hauptverhandlung (Urk. 19-20). Stattdessen erstatteten sie mit Datum vom 4. resp. 25. April 2016 ihre schriftliche Replik (Urk. 23) und Duplik (Urk. 27). Am 23. August 2016 fällte die Vorinstanz das Urteil, mit dem sie den Beklagten verpflichtete, der gesetzlichen Vertreterin der Kläger an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kläger ab 1. September 2015 bis zu deren Volljährigkeit einen monatlichen (indexierten) Beitrag von je Fr. 145.– (total Fr. 290.–) zu bezahlen (Urk. 29 = Urk. 32 S. 23 ff.). Mit gleichzeitig ergangener Verfügung wurde den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und dem Beklagten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin bestellt (Urk. 32 S. 23). Für weitere Einzelheiten der Prozessgeschichte sei auf die Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen (Urk. 32 S. 3 ff. E. I/2.1-2.2).

1.3. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Beklagte mit – vorab per Fax und anschliessend per Post übermittelter – Eingabe vom 20. September 2016 Berufung mit den vorstehend zitierten Anträgen (Urk. 31A+B). Mit Verfügung vom 29. September 2016 wurde ihm Frist zur Beibringung von Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen angesetzt (Urk. 34). Dieser Aufforderung kam der Beklagte innert erstreckter Frist (vgl. Urk. 35B) nach (Urk. 36-38/6). Weitere prozessuale Anordnungen sind nicht ergangen.

2. Prozessuales

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

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

2.3. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 S. 414 m.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 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 anfechtet, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375 f.; BGer 5A_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 417 m.w.Hinw.; BGer 5A_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

Soweit in der vorliegenden Berufungsschrift pauschal "auf das gesamte erstinstanzliche Vorbringen des Beklagten Bezug genommen" und das angefochtene Urteil ohne konkrete Beanstandungen "in vollem Umfang der Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt" wird (Urk. 31B S. 3 und S. 2), genügt die Berufung diesen formellen Begründungsanforderungen nicht. Insoweit ist auf sie nicht einzutreten.

2.4. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h., wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016, E. 4.1.1; 5A_86/2016 vom 5. September 2016, E. 2.1; 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, je m.w.Hinw.). Diese Novenbeschränkung gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch in Verfahren, die – wie das vorliegende – der (unbeschränkten) Untersuchungsmaxime im Sinne von Art. 296 Abs. 1 ZPO unterstehen. Danach regelt Art. 317 Abs. 1 ZPO die Möglichkeit der Parteien, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, auch in diesen Fällen abschliessend und ist eine sinngemässe Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ausgeschlossen (BGE 138 III 625 E. 2.2 S. 626 f.; 142 III 413 E. 2.2.2 S. 415; BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2; 5A_541/2015 vom 14. Januar 2016, E. 5.2; 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016, E. 2; 5A_117/2016 vom 9. Juni 2016, E. 3.2.1). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz 1214 und Rz 2414 f.).

3. Materielle Beurteilung

3.1. Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz ging unangefochten und zutreffend davon aus, dass sie zur Beurteilung der vorliegenden Klage zuständig sei, auf die Klage schweizerisches Recht Anwendung finde und die Klage als Klage im Sinne von Art. 279 ZGB zu qualifizieren sei (Urk. 32 S. 5 f. E. II und S. 10 E. IV/1). Im Rahmen der Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ging sie von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beklagten von € 1'328.– bzw. – gestützt auf den aktuellen Wechselkurs (1€ = 1.08 Fr.) – von Fr. 1'434.– aus; die Anrechnung eines höheren hypothetischen Einkommens lehnte sie ab (Urk. 32 S. 12 ff. E. IV/5.1-6.4). Den Bedarf

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

3.2. Nichtberücksichtigung der Kreditraten

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

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

3.2.2. Der Beklagte unterlässt es, diejenigen Stellen in den vorinstanzlichen Akten zu bezeichnen, auf die er seinen Einwand stützt. Die Berufungsschrift enthält keinen einzigen konkreten Hinweis auf eine bestimmte Aktenstelle. Da er mit seinen Vorbringen in materieller Hinsicht ohnehin keinen Mangel im Sinne von Art. 310 ZPO darzutun vermag (vgl. nachstehende E. 3.2.3-3.2.6), kann offenbleiben, ob die Beschwerde diesbezüglich den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügt (vgl. vorne, E. 2.3).

3.2.3. Die Vorinstanz hatte den Beklagten in ihren prozessleitenden Verfügungen vom 19. Januar 2016 und 5. April 2016 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er seine eigenen Tatsachenbehauptungen aufzustellen und die Beweismittel dazu (Zeugen, Urkunden, Augenschein, Gutachten, schriftliche Auskünfte, Parteibefragungen oder Beweisaussage) genau zu bezeichnen habe und dass verfügbare Urkunden, welche als Beweismittel dienen sollten, zusammen mit der Stellungnahme zur Klage resp. mit der Duplik einzureichen seien; nach der Duplik könnten grundsätzlich keine Tatsachenbehauptungen und Beweismittel mehr vorgebracht werden (Urk. 11 und Urk. 25, je Disp.-Ziff. 2). Ungeachtet dieser expliziten Aufforderungen unterliess es der Beklagte, den Kreditvertrag zwischen ihm und seinem Vater vom 7. Februar 2016 vor Vorinstanz einzureichen. Dass dessen Beibringung nicht möglich gewesen wäre, z.B. weil diese Urkunde für ihn nicht verfügbar gewesen sei, macht er nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Gegenteil lässt sich aus seinen Ausführungen (Urk. 31B S. 2 unten) schliessen, dass er trotz der unmissverständlichen Anordnungen der Vorinstanz absichtlich auf deren Einreichung verzichtet hat. Die erst mit der Berufung beigebrachte Kopie des Kreditvertrags (Anhang zu Urk. 31B) hätte bei zumutbarer Sorgfalt somit schon vor erster Instanz eingereicht werden können (und angesichts der gerichtlichen Aufforderungen auch müssen). Es handelt sich demnach um ein unzulässiges neues Beweismittel, das bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt werden

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

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

3.2.5. In seiner Stellungnahme zur Klage führte der Beklagte bei der Zusammenstellung seiner monatlichen Lebenshaltungskosten unter anderem eine Position "Wohnkosten 200,00 €" und ohne nähere Begründung eine Position "Kredit für Wohnung 200,00 €" auf. Diese beiden Positionen, welche er offenbar bereits in einer früheren Aufstellung aufgeführt hatte, waren von den Klägern bereits in der Klagebegründung "mangels Belegen in der Höhe und im Bestand ... im Grundsatz bestritten" worden (Urk. 1 S. 5). Als Beweis für sämtliche von ihm geltend gemachten Bedarfspositionen offerierte er dabei pauschal die "Vorlage der entsprechenden Nachweise im Bestreitensfall" (Urk. 15 S. 2). Die Kläger hielten dem in der Replik entgegen, dass die Wohnung bis auf einen vernachlässigbar kleinen Rest von deutlich weniger als € 10'000.– abbezahlt worden sei, und akzeptierten deshalb nur die effektiv anfallenden Wohnkosten von € 200.–. Die Kreditraten seien vom Vater des Beklagten nach dessen Wegzug aus der Schweiz

von zuvor € 400.– auf derzeit € 200.– reduziert worden. Es sei dem Beklagten ohne Weiteres zuzumuten, die Rückzahlung des kleinen Rests des innerfamiliären Kredits ganz zu stoppen, da ja offenbar auch eine Halbierung der Amortisationsraten problemlos möglich gewesen sei. Selbst wenn man – so die Kläger weiter – von einer Verzinsungspflicht ausgehen würde, wären die entsprechenden Zinszahlungen marginal und zu vernachlässigen. Und selbst dann, wenn man eine weitere Amortisation des restlichen familiären Darlehens akzeptieren würde, müssten die Unterhaltsbeiträge abgestuft bzw. nach deren Wegfall im entsprechenden Umfang erhöht werden (Urk. 23 S. 5 f. Ziff. 5.3).

Mit diesen Ausführungen stellten die Kläger zwar nicht in Abrede, dass der Beklagte allenfalls noch eine betragsmässig bescheidene Restschuld gegenüber seinem Vater hat und die Darlehensparteien Rückzahlungsraten von € 200.– vereinbart haben. Sie bestritten jedoch, dass diese Raten zwingend, unaufschiebbar und auf längere Zeit hin geleistet werden müssen. Stattdessen behaupteten sie, dass die – anzahlmässig wenigen – restlichen Raten aufgrund der innerfamiliären Natur des Darlehens und der den neuen finanziellen Verhältnissen des Beklagten angepassten Rückzahlungsvereinbarung ohne Weiteres gestundet werden könnten und deshalb nicht in dessen Bedarf zu berücksichtigen seien. Damit bestritten sie die Notwendigkeit, die geltend gemachten Raten zurzeit und über die gesamte Dauer der Unterhaltspflicht zurückzuzahlen. Entgegen den Vorbringen in der Berufungsschrift wurde die vom Beklagten als Bedarfsposition behauptete (langfristige) Verpflichtung zur Rückzahlung des Kredits in der Höhe von € 200.– pro Monat somit durchaus bestritten. Im Übrigen ist das Gericht im Anwendungsbereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime (im Unterschied zur Verhandlungsmaxime) ohnehin nicht an unbestrittene Tatsachen gebunden, weshalb allenfalls auch solche zu beweisen sind. Dessen ungeachtet beschränkte sich der (anwaltlich vertretene) Beklagte in der Duplik auf die Behauptung, dass er "sehr wohl den noch ausstehenden Restkredit auch weiterhin zu tilgen" habe und es unerheblich sei, dass es sich um einen innerfamiliären Kredit handle. Auch ein solcher stelle einen Vertrag dar, dessen Bedingungen einzuhalten seien, und es spiele insoweit keine Rolle, wer Vertragspartner sei (Urk. 27 S. 3). Beweismittel nannte er dabei keine, und er reichte auch den Kreditvertrag nicht ein. Wenn die Vorinstanz unter

diesen Umständen annahm, der Beklagte habe es in Missachtung seiner Mitwirkungspflicht bei der Erstellung des Sachverhalts unterlassen, konkrete Beweismittel zur geltend gemachten Kreditschuld einzureichen oder zu bezeichnen, weshalb die behauptete und bestrittene Pflicht zur Rückzahlung von Kreditraten unbewiesen geblieben und der entsprechende Betrag folglich nicht im Bedarf anzurechnen sei, ist dies nicht zu beanstanden. Insoweit ist die Berufung unbegründet.

Bloss nebenbei sei angemerkt, dass die monatlichen Raten gemäss Angabe des Beklagten in der Zwischenzeit auf € 100.– reduziert wurden (Urk. 36 S. 2). Dieser Umstand stützt die klägerische Behauptung, wonach sich die Rückzahlungsverpflichtung stunden lasse, und bekräftigt den Entscheid, die Kreditraten nicht im beklagischen Bedarf zu berücksichtigen.

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

pen finanziellen Verhältnissen und – angesichts des Vorrangs des Kinderunterhalts – bei der Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen geboten (vgl. FamKomm Scheidung IWullschleger, Art. 285 ZGB N 42; BGer 5C.53/2005 vom 31. Mai 2005, E. 5.4.1 und 5.4.2).

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

3.3. Kosten für die Kinderbesuche

3.3.1. Neu macht der Beklagte in der Berufung geltend, in seinem Bedarf seien zusätzlich Kosten für die Besuche der Kinder in Deutschland zu berücksichtigen. Bislang hätten die Eltern die Kosten von € 300.– pro Besuch hälftig geteilt. Nach Abschluss des vorinstanzlichen Verfahrens habe die Kindsmutter dem Beklagten aber mitgeteilt, dass sie künftig nicht mehr bereit sei, den hälftigen Betrag der Fahrtkosten zu übernehmen. Bringe er den Betrag nicht alleine auf, könnten die Kinder ihren Vater letztlich nicht mehr besuchen (Urk. 31B S. 3).

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

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

3.3.4. Schliesslich ist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Berücksichtigung der Kosten für die Besuchsrechtsausübung hinzuweisen. Danach sind solche Kosten zwar grundsätzlich vom Besuchsrechtsberechtigten zu tragen. Die Berücksichtigung besonderer Umstände, insbesondere die finanzielle Lage der Eltern, können allerdings auch eine andere Verteilung rechtfertigen. Bei knappen finanziellen Verhältnissen der Eltern und insbesondere des Unterhaltspflichtigen, wie sie hier offenkundig vorliegen, können Kosten für die Besuchsrechtsausübung im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung jedoch nur dann Berücksichtigung finden, wenn dadurch nicht die Mittel fehlen, welche für die Deckung des Unterhalts der Kinder beim obhutsberechtigten Elternteil notwendig sind (BGer 5C.282/2002 vom 27. März 2003, E. 3.2; 5A_292/2009 vom 2. Juli 2009, E. 2.3.1.3; 5A_224/2016 vom 13. Juni 2016, E. 5.3.2-5.3.3; s.a. FamKomm Scheidung /Wullschleger, Art. 285 ZGB N 39a; Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz 2.46). Praxisgemäss kommt eine Anrechnung solcher Kosten im Bedarf des Unterhaltspflichtigen deshalb vorab bei guten finanziellen Verhältnissen in Frage; eine verbreitete dahingehende Praxis besteht allerdings nicht. Bei knappen finanziellen Mitteln und insbesondere in eigentlichen Mangelfällen, in denen beide Eltern wirtschaftlich schlecht dastehen, fällt die Anrechnung einer entsprechenden Bedarfsposition demgegenüber regelmässig ausser Betracht. In diesen Fällen würde eine Anrechnung nämlich mittelbar die Interessen der Kinder beeinträchtigen, indem die für den Kinderunterhalt notwendigen Mittel für die Kosten der Besuchsrechtsausübung verwendet würden, was es zu vermeiden gilt.

Im vorliegenden Fall würde eine Berücksichtigung von Kosten für die Ausübung des Besuchsrechts im Bedarf des Beklagten im Ergebnis zu einer Kürzung der ohnehin schon sehr bescheidenen, den notwendigen Unterhalt der Kinder bei Weitem nicht deckenden Kunderalimente führen. Im Lichte der vorstehenden Ausführungen könnten daher selbst dann keine derartigen Kosten im beklagtischen Bedarf angerechnet werden, wenn sie prozessrechtskonform behauptet worden wären. Dies umso weniger, als der Beklagte nach der Trennung von der Kindsmutter und den Kindern freiwillig in seine Heimat zurückgekehrt ist und die grosse Distanz zu den weiterhin in der Schweiz lebenden Kindern und die daraus resultierende beträchtliche Höhe der Kinderbesuchskosten letztlich selbst verursacht

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

3.4. Ergebnis

Weitere Mängel im Sinne von Art. 310 ZPO werden in der Berufungsschrift nicht geltend gemacht und sind auch nicht offensichtlich (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.3). Damit bleibt es mit Bezug auf die Höhe der Unterhaltsbeiträge beim vorinstanzlichen Entscheid. Die Berufung ist abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist, und die damit angefochtene Dispositiv-Ziffer 1 lit. a Abs. 1 des vorinstanzlichen Urteils ist zu bestätigen. Die übrigen Anordnungen im Dispositiv des angefochtenen Entscheids bleiben unberührt.

4. Unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren

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

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

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

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

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

5.2. Im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen ist die unangefochten gebliebene Regelung der Nebenfolgen des erstinstanzlichen Verfahrens (vgl. vorne, E. 2.3).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsvertretung) für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und Dispositiv-Ziffer 1 lit. a Abs. 1 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 23. August 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Beistand der Kläger in dreifacher Ausfertigung für sich und die beiden Kläger unter Beilage der Doppel bzw. von Kopien von Urk. 31A-B, 35A-B, 36, 37 und 38/1-6) sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 26'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

Dr. M. Nietlispach

versandt am: