

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ160014-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss und Urteil vom 7. Dezember 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Kläger, Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge C. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Unterhalt (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 27. Oktober 2016 (FK160032-K)

Rechtsbegehren:

des Klägers, Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (Urk. 7/1 S. 2, Prot. Vi S. 4 f.):

Es sei der Beklagte ab dem 13. Juli 2016 für die Dauer des Prozesses zu verpflichten, dem Kläger monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 830.– zuzüglich gesetzliche und allfällige vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen.

des Beklagten, Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 7/7 S. 1):

Es sei festzustellen, dass der Beklagte nicht in der Lage ist, einen Unterhaltbeitrag zu bezahlen.

Eventualiter sei ein maximaler Unterhaltsbeitrag von Fr. 100.– pro Monat festzusetzen, solange die derzeitige Betreuungsregelung Bestand hat.

Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren, vom 27. Oktober 2016 (Urk. 7/9 = Urk. 2):

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der gesetzlichen Vertretung des Klägers (derzeit die Kindsmutter) rückwirkend seit dem 13. Juli 2016 und für die weitere Dauer des Unterhaltsverfahrens einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von Fr. 880.–, zuzüglich allfällige gesetzliche und vertragliche Kinderzulagen, zu bezahlen.
2. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Dem Kläger wird in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ und dem Beklagten in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ je ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid festgesetzt.
4. ... (Mitteilungssatz)
5. ... (Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners, Beklagten und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom 27. Oktober 2016 (FK160032-K/Z01) sei aufzuheben.
2. es sei festzustellen, dass der Beklagte und Berufungskläger nicht in der Lage ist, einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen;

Eventuell: Er sei zu verpflichten, einen Unterhaltsbeitrag von maximal Fr. 500.00 zu bezahlen.

3. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt) zulasten des Klägers und Berufungsbeklagten.

Prozessualer Antrag:

5. Es sei dem Beklagten und Berufungskläger auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihm [in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____] eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zur Seite zu stellen."

Erwägungen:

1.a) Der Kläger, Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) kam am tt.mm 2015 als gemeinsames Kind von C. _____ und dem Beklagten, Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter) zur Welt. Die Kindseltern waren nie verheiratet und haben keine Vereinbarung über die Unterhaltspflicht des Beklagten getroffen (Urk. 7/4/2 S. 3; Urk. 7/4/6). Die Regelung des persönlichen Verkehrs und der Obhut sind Gegenstand eines Kindesschutzverfahrens bei der KESB Winterthur-Andelfingen (Urk. 7/1 S. 3; Urk. 7/4/4+5).

b) Am 17. März 2016 liess der Kläger ein Schlichtungsgesuch beim Friedensrichteramt D. _____ einreichen (Urk. 7/4/2; Urk. 7/3) und erhob mit Eingabe vom 13. Juli 2016 beim Bezirksgericht Winterthur, Einzelgericht im vereinfachten Verfahren (Vorinstanz), gegen den Beklagten Unterhaltsklage (Urk. 7/1). Gleichzeitig beantragte er die Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit dem eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (Urk. 7/1 S. 2). Der Beklagte schloss auf Abweisung des Massnahmebegehrens, eventualiter auf Festsetzung eines monatlichen Unterhaltsbeitrages von maximal Fr. 100.- (Urk. 7/7 S. 1). Mit Verfügung vom 27. Oktober 2016 verpflichtete die Vorinstanz den Beklagten, der gesetzlichen Vertretung des Klägers rückwirkend seit dem 13. Juli 2016 und für die weitere Dauer des Unterhaltsverfahrens einen monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von Fr. 880.- zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen (Urk. 7/9 = Urk. 2 S. 17 f.). Überdies wurde beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und je ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (Urk. 2 S. 18).

c) Gegen diese Verfügung erhob der Beklagte mit Eingabe vom 10. November 2016 innert Frist (Urk. 7/10; Briefumschlag zu Urk. 1) Berufung mit den vorstehend zitierten Anträgen (Urk. 1 S. 2).

d) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung - wie nachstehend zu zeigen ist - sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Berufungsentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 316 Abs. 1 ZPO).

e) Während der Beklagte mit seiner Berufung die integrale Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt (Berufungsantrag Ziff. 1; Urk. 1 S. 2), ist aufgrund seiner Ausführungen in der Berufungsschrift vielmehr davon auszugehen, dass sich die Berufung einzig gegen Dispositiv-Ziffer 1 (Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen, Urk. 2 S. 17 f.) wendet, während Dispositiv-Ziffer 2 (Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, Urk. 2 S. 18) unangefochten bleibt.

2.a) 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) unter anderem voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, und sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt (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).

b) 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_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1, 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 (BGE 142 III 413 E. 2.2.2 S. 415). 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. Die Vorinstanz bezifferte im angefochtenen Massnahmeentscheid den Barbedarf des Klägers anhand der Richtwerte der Tabelle der Bildungsdirektion des Kantons Zürich, Amt für Jugend und Berufsberatung (Stand per 1. Januar 2016) mit monatlich Fr. 1'283.– (Urk. 2 S. 7). Was die Leistungsfähigkeit der Mutter des Klägers anbelange, sei ohne Weiteres davon auszugehen, dass sie aktuell und für die weitere Dauer des Verfahrens nicht in der Lage sei, einen namhaften finanziellen Beitrag an den Unterhalt des Klägers zu erbringen (Urk. 2 S. 7). Zur Ermittlung der Leistungsfähigkeit des Beklagten stellte die Vorinstanz dessen monatlichen Bedarf von Fr. 2'434.20 (Urk. 2 S. 8 ff.) seinem monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 3'318.– (Urk. 2 S. 11 ff.) gegenüber und errechnete daraus den Unterhaltsbeitrag an den Kläger von (gerundet) Fr. 880.–. Aufgrund der demnach lediglich teilweisen Deckung seines Barbedarf ging die Vorinstanz von einem sogenannten Mankofall aus (vgl. Urk. 2 S. 16).

4.a) Der Beklagte beanstandet mit seiner Berufung lediglich seine von der Vorinstanz festgestellte Leistungsfähigkeit. Sämtliche übrigen Feststellungen im angefochtenen Entscheid, namentlich die Festsetzung des Barbedarfs des Klägers sowie die fehlende Leistungsfähigkeit der Mutter, blieben unangefochten. Der Be-

klagte rügt berufsungsweise, die Vorinstanz habe ihm lediglich Fr. 100.– für auswärtige Verpflegung angerechnet. Er sei Handwerker im Baugewerbe, eine Tätigkeit, die mit grosser körperlicher Anstrengung verbunden und zudem nicht ganz ungefährlich sei. Ihm unter diesen Umständen zuzumuten, dass er die Mittagspause nutzen könne, um mit dem Fahrrad nach Hause zu fahren und sich da etwas zu essen zu kochen, sei lebensfremd. Vielmehr seien ihm pro Woche 3 mal Fr. 15.–, mithin monatlich Fr. 200.–, im Bedarf anzurechnen (Urk. 1 S. 4).

Diese Vorbringen des Beklagten sind neu. Zwar machte er bereits vor Vorinstanz einen Betrag von monatlich Fr. 200.– für auswärtige Verpflegung geltend (Urk. 7/7 S. 5), führte jedoch weder näher aus, worauf sich dieser stützt, noch reichte er Belege für die entsprechenden Ausgaben ins Recht (Urk. 7/7 S. 5 f., Prot. VI S. 5, 7 f.). Folgerichtig rechnete ihm die Vorinstanz mangels Nachweises von Mehrauslagen lediglich den vom Kläger anerkannten Betrag von monatlich Fr. 100.– an (Urk. 2 S. 8, 10). Mit seiner Berufung legt der Beklagte nun nicht dar, inwiefern die neuen Behauptungen zur auswärtigen Verpflegung vor zweiter Instanz zulässig seien, mithin weshalb sie nicht schon vor Vorinstanz geltend gemacht werden konnten. Gründe dafür sind denn auch nicht ersichtlich, ist doch davon auszugehen, dass die Umstände für den behaupteten Aufwand für das Mittagessen im Zeitpunkt der Massnahmeverhandlung vom 6. Oktober 2016 hinreichend bekannt waren und bei zumutbarer Sorgfalt bereits damals hätten dargetan und mit Beweismitteln, namentlich Quittungen der Auslagen, belegt werden können. Die entsprechenden neuen Vorbringen (unechte Noven) finden daher im Berufungsverfahren keine Beachtung (vgl. vorstehend E. 2.b). Insofern ist die Berufung abzuweisen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass selbst wenn die neuen Vorbringen vorliegend beachtlich wären, diese den Mehraufwand für die auswärtige Verpflegung des Beklagten nicht nachzuweisen vermöchten. Die üblichen Kosten für Nahrung sind bereits im Grundbetrag enthalten. So sind 50% des Grundbetrags für die Nahrungskosten vorgesehen (Kreisschreiben, Ziffer V.), vorliegend somit Fr. 600.–. Davon wiederum sind circa 55%, mithin Fr. 330.– pro Monat, d.h. Fr. 11.– pro Tag für das Mittagessen zu verwenden (ZR 84 [1985]

Nr. 68). Bei der Position "Auslagen für auswärtige Verpflegung" können daher nur darüber hinausgehende *Mehrkosten* berücksichtigt werden, die vom Anspruchsberechtigten nachzuweisen sind (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 16. September 2009, Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums, Ziffer III. 3.2.). Da der Beklagte auch im Berufungsverfahren weder nähere Angaben zu den behaupteten Mehrkosten für seine Mittagsverpflegung macht, noch diese belegt (Urk. 1 S. 4), würde sich deren Anrechnung selbst bei materieller Beurteilung der entsprechenden Position nicht rechtfertigen.

b) Ferner will der Beklagte in seinem Bedarf die tatsächlich von ihm zu bezahlenden Steuern von monatlich Fr. 266.35 (Urk. 7/7 S. 5) berücksichtigt wissen, statt der vom Kläger anerkannten und von der Vorinstanz angerechneten Fr. 90.– (Urk. 2 S. 8, 10). Es sei schlicht nicht möglich, bei den Lebenshaltungskosten im Kanton Zürich die Steuern aus dem für den Grundbedarf eingesetzten Betrag zu berappen (Urk. 1 S. 4).

Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid aus, Steuern seien nur dann im Bedarf des Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen, wenn kein Mankofall vorliege. Es bestehe daher keine Grundlage, dem Beklagten mehr als die seitens des Klägers anerkannten Fr. 90.– zuzusprechen (Urk. 2 S. 8, 10). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Beklagte in seiner Berufungsschrift mit keinem Wort auseinander, was umso mehr erstaunt, als die vorinstanzliche Argumentation der herrschenden Bundesgerichtspraxis bei Mankofällen entspricht (vgl. BGE 140 III 337 E. 4.3, 4.4. m.w.Hinw.; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, S. 781, Rz 12.71). Dass ein solcher vorliegt, blieb zu Recht unbestritten. Die Berufung genügt daher in diesem Punkt nicht den formellen Begründungsanforderungen (vgl. vorstehend E. 2.a), weshalb insoweit auf sie nicht einzutreten ist.

c) Weiter rügt der Beklagte, die Vorinstanz habe von ihm getätigte Einzahlungen auf ein Sparen 3-Konto bei der Zürcher Kantonalbank nicht bei der Berechnung seines Einkommens berücksichtigt, wodurch sie ihr Ermessen überschritten habe. Beim fraglichen Konto handle es sich um eine gebundene Vorsorge, was gerichtsnotorisch sein müsse, weshalb Einzahlungen auf dieses Konto gleich zu

behandeln seien wie Einlagen in eine gebundene Lebensversicherung. Ausgehend von einem Einkommen des Beklagten von Fr. 3'318.– sei somit ein Abzug von 20% entsprechend Fr. 663.60 vorzunehmen, mithin sei von einem Nettoeinkommen von Fr. 2'655.– auszugehen (Urk. 1 S. 4 f.).

Vor Vorinstanz machte der Beklagte betreffend Ausgaben für die Vorsorge 3a monatlich Fr. 400.– (10-20%) und unter dem Titel "Vorsorge 3b" monatlich Fr. 89.10 geltend (Urk. 7/7 S. 4). Zur Begründung führte er an, da er keiner Pensionskasse angeschlossen sei, müsse er selbst für seine Altersvorsorge sorgen, weshalb die entsprechenden Beiträge von seinem Einkommen in Abzug zu bringen seien (Urk. 7/7 S. 4 f.; Prot. Vi S. 8). Als Belege reichte er eine "Versicherungspolice - freie Vorsorge 3B" der E._____, Zweigniederlassung ..., ins Recht (Urk. 7/8/5) sowie eine Umsatzanzeige eines auf ihn lautenden ZKB Sparen 3 Kontos (Urk. 7/8/6). Die Vorinstanz erwog dazu, aufgrund dieser Belege könnten die Beiträge nicht der gebundenen Vorsorge zugeordnet werden. Dies trifft zu, zumal es vor erster Instanz auch an entsprechenden Behauptungen des Beklagten fehlte (Urk. 7/7; Prot. Vi S. 5 ff.). Erst mit der Berufung bringt er vor, beim Konto Sparen 3 der Zürcher Kantonalbank handle es sich um eine gebundene Vorsorge (Urk. 1 S. 5; Urk. 5/3). Diesbezüglich Gerichtsnotorietät anzunehmen, wie der Beklagte berufsweise geltend macht (Urk. 1 S. 5), geht fehl, ist doch angesichts der Vielfalt der verschiedenen privaten Sparangebote der 3. Säule nicht ohne Weiteres davon auszugehen, ein Richter habe aufgrund seiner beruflichen Tätigkeit über entsprechendes Wissen zu verfügen. Vielmehr wäre Solches vom Beklagten bei zumutbarer Sorgfalt vor Vorinstanz zu behaupten gewesen, zumal es - wie bereits im angefochtenen Entscheid zutreffend festgehalten (Urk. 2 S. 5) - auch in Verfahren mit uneingeschränkt geltendem Untersuchungsgrundsatz Sache der Parteien ist, den wesentlichen Sachverhalt substantiiert darzulegen.

Sodann sind die Einzahlungen des Beklagten für die berufliche Vorsorge auch aus folgenden Überlegungen nicht bei der Festsetzung des vorliegenden Unterhalts zu berücksichtigen: Zwar sind Beiträge für Lebensversicherungen im Rahmen von Unterhaltsberechnungen anzurechnen, wenn und soweit die Versicherung an die Stelle der obligatorischen beruflichen Vorsorge (2. Säule) tritt.

Dies wird von der herrschenden Praxis und Doktrin bei Selbständigerwerbenden in Ehescheidungen regelmässig bejaht (vgl. statt vieler BGer 5A_226/2010 vom 14. Juli 2010, E. 8.4; BGer 5C.50/2004 vom 13. Mai 2004 E.3.3.2; Hausheer/Spycher, a.a.O., S. 61, Rz 02.41; Annette Spycher, Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden, Diss. Bern 1996, S. 160). Fehlen hingegen die Mittel für den Aufbau einer ausreichenden Altersvorsorge, so wird die Auffassung vertreten, dass die Anrechnung von Lebensversicherungsprämien weder beim Schuldner noch beim Gläubiger erfolgen dürfe (vgl. Hausheer/Spycher, a.a.O., S. 62, Rz 02.41). Zwar werde dadurch ein selbständigerwerbender Schuldner schlechter gestellt als ein über eine obligatorische 2. Säule verfügender Unselbständigerwerbender. Da dem Unterhaltsschuldner selbst dann der familienrechtliche Grundbedarf garantiert wird, wenn der Restbetrag nicht einmal für den laufenden Unterhalt (Existenzminimum) des Gläubigers ausreicht, sei es jedoch unbillig, den Grundbedarf des Schuldners auf Kosten des Gläubigers auch noch zugunsten seiner ausreichenden Altersvorsorge aufzustocken (Annette Spycher, a.a.O., S. 161). Diese Auffassung überzeugt auch für die Festsetzung des klägerischen Kindesunterhalts, zumal vorliegend ebenfalls ein Mangelfall zu beurteilen ist, bei welchem dem Unterhaltsschuldner (Beklagten) das Existenzminimum belassen wird, während der Barbedarf des Kindes (Klägers) zu rund einem Drittel ungedeckt bleibt. Eine weitere Reduktion des Unterhaltsbeitrages zugunsten des Aufbaus einer ausreichenden Altersvorsorge des Beklagten erscheint vor diesem Hintergrund und für die begrenzte Dauer des Unterhaltsprozesses als unbillig, ist doch der klägerische Anspruch auf möglichst weitgehende Deckung seines Barbedarfs klar übergeordnet. Dass die Vorinstanz somit die Beiträge des Beklagten für die freiwillige Vorsorge - sei es für die gebundene Säule 3a oder die Säule 3b - nicht von seinem unangefochten gebliebenen Einkommen von Fr. 3'318.- in Abzug brachte, erweist sich als den vorliegenden Umständen angemessen und sachgerecht. Die Berufung ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen. Da nach dem Gesagten ein Abzug für die geleisteten Vorsorgebeiträge gänzlich entfällt, erübrigen sich Ausführungen dazu, inwiefern eine reduzierte Vorsorgeeinzahlung des Beklagten zu berücksichtigen wäre (vgl. Urk. 1 S. 5).

5.a) Insgesamt erweist sich demnach die Berufung des Beklagten hinsichtlich Dispositivziffer 1 der vorinstanzlichen Verfügung als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist.

b) Entsprechend wird sein prozessualer Antrag, es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Urk. 1 S. 2), gegenstandslos.

6. Der Beklagte stellte auch für das zweitinstanzliche Verfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2, 5). Die Berufung war aus den vorstehend dargelegten Gründen von vornherein aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO, weshalb es vorliegend an einer der beiden Grundvoraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt. Folglich ist das entsprechende Gesuch des Beklagten abzuweisen.

7. Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert rund Fr. 21'000.– (Unterhaltsbeiträge während einer mutmasslichen Prozessdauer von zwei Jahren). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1-3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Sie ist ausgangsgemäss vollumfänglich dem im Berufungsverfahren unterliegenden Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteienschädigungen sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine zuzusprechen: Dem Kläger sind im Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden (Art. 95 Abs. 3 ZPO), der Beklagte hat aufgrund seines Unterliegens keinen Anspruch auf Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsvertretung) für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Der Antrag des Beklagten auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Berufung wird abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird, und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 27. Oktober 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 Kläger unter Beilage der Doppel von Urk. 1, Urk. 4 und Urk. 5/3, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 7. Dezember 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
sf