



5A_737/2018

Urteil vom 3. Februar 2021
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter von Werdt, Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Schnyder,
Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. René Bussien,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Klage auf Ergänzung eines ausländischen Urteils,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des
Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 6. August 2018
(LC180012-O/U).

Sachverhalt:

A.

Die rubrizierten Parteien haben den 2010 geborenen Sohn C._____. Mit Urteil des Amtsgerichtes Gostivar/Nordmazedonien vom 27. September 2016 wurde ihre Ehe geschieden. Für die Regelung des Unterhaltes, des Vorsorgeausgleichs und des Besuchsrechts wurde ein separates Verfahren in der Schweiz vorbehalten. Aus der Beziehung des Ehemannes mit seiner neuen Partnerin bzw. heutigen Ehefrau ging 2017 die Tochter D._____ hervor.

B.

Im schweizerischen Verfahren auf Ergänzung des nordmazedonischen Urteils konnten sich die Parteien bezüglich elterlicher Sorge und Obhut sowie in Bezug auf die AHV-Gutschriften und den Vorsorgeausgleich einigen. Mit Entscheid vom 6. Februar 2018 regelte das Bezirksgericht Winterthur die verbleibenden Punkte, indem es den Ehemann zu Unterhaltsleistungen für C._____ von Fr. 810.-- ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis Dezember 2016, von Fr. 1'840.-- (davon Fr. 1'030.-- Betreuungsunterhalt) ab Januar bis 21. Oktober 2017, von Fr. 1'200.-- (davon Fr. 390.-- Betreuungsunterhalt) ab 22. Oktober 2017 bis Dezember 2018 und von Fr. 1'200.-- ab Januar 2019 sowie zu nahehelichem Unterhalt von Fr. 1'071.-- ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis Dezember 2016 und von Fr. 41.-- ab Januar bis August 2017 verpflichtete.

Die hiergegen erhobene Berufung des Ehemannes wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 6. August 2018 ab.

C.

Gegen dieses Urteil hat der Ehemann am 9. September 2018 beim Bundesgericht eine Beschwerde eingereicht mit den Begehren, in diesbezüglicher Aufhebung der kantonalen Entscheide und Ergänzung des Scheidungsurteils des Amtsgerichtes Gostivar/Nordmazedonien vom 27. September 2016, in Rechtskraft seit 17. Oktober 2016, sei er zu Kindesunterhaltsbeiträgen von Fr. 810.-- ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis Dezember 2016, von Fr. 1'840.-- (davon Fr. 1'030.-- Betreuungsunterhalt) ab Januar bis 21. Oktober 2017, von Fr. 1'200.-- (davon Fr. 390.-- Betreuungsunterhalt) ab 22. Oktober 2017 bis Dezember 2018 sowie von Fr. 854.-- ab Januar 2019 zu verpflichten und es sei festzustellen, dass der ungedeckte gebührende Kindesunterhalt ab Januar 2019 Fr. 339.-- betrage (statt wie kantonal festgestellt ab 22. Oktober 2017 bis Dezember 2018 Fr. 640.--). Ferner wird die un-

entgeltliche Rechtspflege verlangt. Mit Vernehmlassung vom 25. Oktober 2018 hat die Ehefrau auf Abweisung der Beschwerde geschlossen. Ferner verlangt auch sie die unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid auf Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils mit Fr. 30'000.-- übersteigendem Streitwert (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. b, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen erweist sich als zulässig. Vor Bundesgericht umstritten ist nur noch die Höhe des Kindesunterhaltes für C._____ ab Januar 2019.

2.

Nach den vom Obergericht stillschweigend übernommenen Feststellungen des bezirksgerichtlichen Entscheides betragen die Nettoeinkommen beim Beschwerdeführer Fr. 5'360.-- und bei der Beschwerdegegnerin (zufolge Erwerbsaufnahme nach Ausbildungsabschluss) Fr. 4'300.--. Aus den tabellarischen Zusammenstellungen des bezirksgerichtlichen Entscheides in Verbindung mit den punktuellen Erwägungen des obergerichtlichen Urteils lässt sich sodann erschliessen, dass das Obergericht von einem betriebsrechtlichen Existenzminimum des Beschwerdeführers von Fr. 2'355.-- (Grundbetrag Fr. 850.--, Wohnkostenanteil Fr. 612.40, Krankenkasse Fr. 249.55, Versicherungen Fr. 13.50, Billag Fr. 19.--, Kommunikationskosten Fr. 90.--, Mobilitätskosten Fr. 300.--, auswärtige Verpflegung Fr. 220.--), von einem gebührenden Barunterhalt von C._____ von Fr. 1'393.65 (Grundbetrag Fr. 400.--, Wohnkostenanteil Fr. 497.--, Krankenkasse Fr. 96.65 sowie Fremdbetreuungskosten Fr. 400.--; sodann ab 27. August 2020 Erhöhung des Grundbetrages auf Fr. 600.--, aber dafür Reduktion der Fremdbetreuungskosten auf Fr. 200.--) und von einem gebührenden Unterhalt von D._____ von Fr. 2'679.40 (Grundbetrag Fr. 400.--, Wohnkostenanteil Fr. 306.20, Krankenkasse Fr. 70.20, mithin Barbedarf Fr. 776.40, sowie Fr. 1'903.-- Betreuungsunterhalt) ausgegangen ist. Es hat sodann befunden, dass der Barbedarf von C._____ im Umfang von Fr. 200.-- durch die Kinderzulage finanziert und der verbleibende Betrag im Umfang von Fr. 1'200.-- durch den Beschwerdeführer zu decken sei. Der gleiche Betrag müsse im Sinn der Gleichbehandlung auch D._____ zukommen, nicht jedoch ein den gesamten Betreuungsbedarf einschliessender Beitrag, wie der Beschwerdeführer dies fordere. Solches würde sich insbesondere auch vor dem

Hintergrund nicht rechtfertigen, dass die Beschwerdegegnerin bereits den ganzen Naturalunterhalt für C._____ leiste und sie überdies ab Januar 2019 einem Vollzeitwerb nachgehe, mithin einer ausgesprochenen Doppelbelastung ausgesetzt sei, während die neue Ehefrau des Beschwerdeführers sich ausschliesslich der Betreuung von D._____ widme, obwohl sie zu Zeiten, in welchen der Beschwerdeführer zu Hause weile, problemlos einem Teilzeiterwerb z.B. im Gastgewerbe oder der Reinigungsbranche nachgehen könnte.

3.

Der Beschwerdeführer erachtet es vor dem Hintergrund des neu eingeführten Betreuungsunterhaltes als stossend, dass er selbst zur Bestreitung eines Dreipersonenhaushaltes Fr. 4'350.-- und die Gegenseite für einen Zweipersonenhaushalt Fr. 5'700.-- zur Verfügung haben solle. Er sieht darin Art. 276 und 285 ZGB sowie Art. 8 und 9 BV verletzt. Es seien nicht die Umstände des Einzelfalles betrachtet worden, welche dadurch gekennzeichnet seien, dass D._____ wegen des Betreuungsunterhaltes einen viel höheren Bedarf habe; es gehe nicht an, dass er bei C._____, der im Übrigen viel älter sei, die vollen Fremdbetreuungskosten tragen müsse, während bei D._____ fast der ganze Betreuungsunterhalt gestrichen werde, er mithin darauf sitzen bleibe. Im Übrigen müssten beide Elternteile nach ihren Kräften und damit nach ihrer Leistungsfähigkeit für das gemeinsame Kind sorgen, welche bei der Beschwerdegegnerin im Ergebnis viel günstiger aussehe als bei ihm, da ihr ein Betrag über ihrem eigenen Existenzminimum von Fr. 1'000.-- verbleibe. Richtigerweise wäre so vorzugehen, dass von seinem eigenen Überschuss von Fr. 2'995.-- (Einkommen Fr. 5'360.-- ./ . eigenes Existenzminimum Fr. 2'365.--) der Unterhaltsbedarf der beiden Kinder (Fr. 1'193.65 und 2'479.40) abzuziehen und das resultierende Manko von Fr. 678.05 nach dem Gleichheitsprinzip hälftig auf beide Kinder aufzuteilen wäre; somit würde er einen Unterhaltsbeitrag an C._____ von Fr. 854.-- schulden (Bedarf Fr. 1'193.65 ./ . Mankoanteil Fr. 339.--) und die Beschwerdegegnerin hätte den anderen Mankoanteil von Fr. 339.-- selbst zu tragen.

Die Beschwerdegegnerin bringt in ihrer Vernehmlassung vor, für D._____ sei zur Gleichbehandlung ebenfalls ein Barunterhalt von Fr. 1'200.-- einzusetzen. Ein Betreuungsunterhalt entfalle, weil deren Mutter nicht erwerbstätig sei. Damit seien beide Kinder gleich behandelt. Im Übrigen könne keine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten angerufen werden, weil dies nur mit staatsrechtlicher Beschwerde möglich sei.

4.

Zu Recht stellt der Beschwerdeführer die Grundsätze bei der Berechnung seines eigenen betriebsrechtlichen Existenzminimums vor Bundesgericht nicht in Frage; die Vorgehensweise entspricht den Vorgaben in BGE 137 III 59 und BGE 144 III 502 und ist im Ergebnis sogar (zu) grosszügig festgelegt, insofern als Versicherungs- und Kommunikationspauschalen nicht zum betriebsrechtlichen, sondern zum familienrechtlichen Existenzminimum gehören (zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_311/2019 vom 11. November 2020 E. 7.2). Ebenso wenig wird die Berechnung des gebührenden Unterhaltes von C._____ und D._____ in Frage gestellt. Schliesslich bleibt unbeanstandet, dass die Zürcher Gerichte vorliegend die zweistufige Methode angewandt haben, welche zwischenzeitlich vom Bundesgericht in Abkehr vom vorher geduldeten Methodenpluralismus als verbindlich vorgegeben worden ist (Urteil 5A_311/2019 vom 11. November 2020 E. 6.6). Vielmehr werden einzig die obergerichtlichen Erwägungen im Zusammenhang mit der Verteilung des Unterhaltes von C._____ in Frage gestellt.

Diesbezüglich sieht Art. 276 ZGB vor, dass beide Elternteile, ein jeder nach seinen Kräften, für den in Form von Pflege, Erziehung und Geld zu erbringenden Unterhalt sorgen. Steht das Kind unter der alleinigen Obhut des einen Elternteils, indem es in dessen Haushalt lebt und den anderen Elternteil nur im Rahmen des Besuchs- und Ferienrechts sieht, so leistet der obhutsberechtigte Elternteil seinen Unterhaltsbeitrag bereits vollständig in natura, indem er dem Kind Pflege und Erziehung erweist (sog. Naturalunterhalt). Diesfalls ist der Geldunterhalt vor dem Hintergrund der Gleichwertigkeit von Geld- und Naturalunterhalt (BGE 114 II 26 E. 5b S. 29; 135 III 66 E. 4 S. 71; 144 III 481 E. 4.4 S. 489 und 4.6.3 S. 493) im Grundsatz vollständig vom anderen Elternteil zu tragen (Urteile 5A_727/2018 vom 22. August 2019 E. 4.3.2.1; 5A_311/2018 vom 11. November 2020 E. 5.5 und 8.1), soweit dieser entsprechend leistungsfähig ist, was vorliegend zu bejahen ist, weil die Differenz zwischen dem Erwerbseinkommen und dem eigenen Existenzminimum ausreichend ist (Urteile 5A_273/2018 vom 25. März 2019 E. 6.3.1.1; 5A_743/2017 vom 22. Mai 2019 E. 5.3.2).

Entgegen den vehementen Vorbringen des Beschwerdeführers ändert der Grundsatz, wonach Kinder gleich zu behandeln sind, in der vorliegenden Konstellation nichts daran: Der Barunterhalt des Kindes genießt gegenüber dem Betreuungsunterhalt Vorrang (BGE 144 III 481 E. 4.3 S. 489; Urteil 5A_311/2018 vom 11. November 2020 E. 7.3).

Insofern kann der Betreuungsbedarf von D._____ nicht zulasten von C._____ gehen, welcher nur einen Barbedarf hat. Zwar ist allenfalls eine Korrektur in dem Sinn nötig, als die Fremdbetreuungskosten zum Barbedarf gehören (BGE 144 III 481 E. 4.3 S. 487; Urteil 5A_435/2019 vom 19. Dezember 2019 E. 4.3.2), sie aber gleich wie der Betreuungsunterhalt der Betreuung des Kindes dienen und fremdbetreute Kinder nicht besser gestellt werden dürfen als persönlich betreute (Urteil 5A_708/2017 vom 13. März 2018 E. 4.9; vgl. ferner Urteil 5A_553/2018 vom 2. Oktober 2018 E. 6.1, nicht publ. in BGE 144 III 502, wo allerdings mangels entsprechender Vorbringen keine nähere Prüfung erfolgte). Dies hat das Obergericht aber keineswegs übersehen; vielmehr hat es diesem Umstand Rechnung getragen, indem es festhielt, dass im Umfang der Fremdbetreuungskosten von C._____ auch der Betreuungsunterhalt bei D._____ zu berücksichtigen sei, und es ihr in der Folge rechnerisch ebenfalls einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'200.-- zugestanden hat. Im Übrigen steht vom Ergebnis her für den Unterhalt von D._____ sogar ein Betrag von über Fr. 1'800.-- und damit deutlich mehr als für C._____ zur Verfügung (siehe sogleich).

Eine Abweichung vom vorstehend beschriebenen Grundsatz, dass der alleinige Obhutsinhaber seine Unterhaltspflicht bereits durch die Leistung von Erziehung und Pflege erfüllt, kann sich aber allenfalls dann rechtfertigen, wenn er überproportional leistungsfähiger ist als der nicht betreuende Elternteil (Urteile 5A_727/2018 vom 22. August 2019 E. 4.3.2.2; 5A_311/2018 vom 11. November 2020 E. 5.5 und 8.1). Dass dem vorliegend so wäre, macht der Beschwerdeführer nicht direkt geltend, wohl aber sinngemäss, indem er anführt, dass dem Haushalt der Beschwerdegegnerin mehr Geld zur Verfügung stehe als seinem eigenen. Indes kann es nicht der Beschwerdegegnerin angelastet werden, wenn sich der Beschwerdegegner neu verheiratet und entsprechende finanzielle Lasten auf sich genommen hat, umso weniger als der Kindesunterhalt dem ehelichen Unterhalt vorgeht (Art. 276a Abs. 1 ZGB). Der Beschwerdeführer verdient absolut gesehen mehr als die Beschwerdegegnerin. Nach Abzug seines eigenen Existenzminimums sowie der Bestreitung der Kindesunterhaltsbeiträge von je Fr. 1'200.-- verbleibt ihm rechnerisch noch ein Betrag von Fr. 605.--. Für die Beschwerdegegnerin liegen keine kantonalen Feststellungen vor; der Beschwerdeführer geht bei ihr von einem Überschuss von Fr. 1'000.-- aus. Vor diesem Hintergrund lässt sich – auch wenn der Beschwerdeführer den ihm rechnerisch verbleibenden Betrag nicht für sich selbst zur Verfügung hat, sondern ihn für den im D._____ zugedachten Betrag von Fr. 1'200.-- noch nicht enthaltenen Anteil am

Betreuungsunterhalt verwenden muss, und deshalb andere Lösungen als die vom Obergericht getroffene ebenfalls denkbar wären – noch nicht von einer überproportional höheren Leistungsfähigkeit der Beschwerdegegnerin sprechen, welche es zwingend gebieten würde, dass auch sie an den Barunterhalt von C._____ beitragen müsste. Jedenfalls bleibt das Resultat des angefochtenen Entscheides innerhalb des Ermessens, welches den kantonalen Instanzen bei der Unterhaltsfestsetzung zusteht (Art. 4 ZGB; BGE 134 III 577 E. 4 S. 580; 135 III 59 E. 4.4 S. 64; 138 III 289 E. 11.1.1 S. 292) und bei dessen Überprüfung das Bundesgericht Zurückhaltung übt (BGE 141 III 97 E. 11.2 S. 98; 142 III 612 E. 4.5 S. 617), zumal das Obergericht hierfür Gründe angeführt hat – mit welchen sich der Beschwerdeführer im Übrigen nicht auseinandersetzt (zur Begründungspflicht gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f.; 140 III 115 E. 2 S. 116) –, nämlich dass die Beschwerdegegnerin eine Doppelbelastung auf sich nehme, welche der Beschwerdegegner nicht habe und welcher sich auch dessen neue Ehefrau trotz gegebener Möglichkeit nicht aussetze.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist. Somit wird der Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG). Beide Parteien haben ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt und sind prozessarm, weshalb die Gesuche gutzuheissen und beide Seiten durch die sie vertretenden Rechtsanwälte zu verbeiständen sind (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Die unentgeltliche Rechtspflege gilt nur für die eigenen Parteikosten; das bedeutet, dass die dem Beschwerdeführer erteilte die der Gegenseite geschuldete Entschädigung nicht umfasst. Indes ist angesichts der weiteren familienrechtlichen Verpflichtungen des Beschwerdeführers von vornherein nicht zu sehen, inwiefern er die Parteikosten der Gegenseite zu bestreiten vermöchte, weshalb es sich rechtfertigt, die betreffenden Kosten im Rahmen der der Beschwerdegegnerin gewährten unentgeltlichen Rechtspflege ebenfalls ab initio aus der Bundesgerichtskasse zu zahlen. Bei deren Höhe ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Vernehmung äussert rudimentär ausgefallen ist und entsprechend wenig Zeit in Anspruch genommen hat.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege erteilt und sie werden je durch den sie vertretenden Rechtsanwalt verbeiständet.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.

4.

Rechtsanwalt Martin Schnyder wird aus der Bundesgerichtskasse mit Fr. 2'000.-- und Rechtsanwalt René Bussien mit Fr. 1'000.-- entschädigt.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. Februar 2021

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Herrmann

Möckli