

ZH_GERICHTE LC170001 vom 22. März 2010

Zh Gerichte, 2010-03-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_gerichte_LC170001

FR: ZH_GERICHTE LC170001 du 22 mars 2010

IT: ZH_GERICHTE LC170001 del 22 marzo 2010

Regeste

Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Dietikon ZH vom 22. März 2010 (Prozess Nr. FE090222)

Erwägungen

E. 1

Die Ehe der Parteien wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. März 2010 geschieden. Die elterliche Sorge über die beiden gemeinsamen Söhne C._____, geboren am tt. Januar 1998, und D._____, geboren am tt.mm.2001 wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) zuge- teilt. In der vom Gericht genehmigten Scheidungskonvention verpflichtete sich der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger), der Beklagten nachehelichen Unter- halt von Fr. 900.– pro Monat bis zum 28. Februar 2015 und für die beiden Söhne Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'200.– pro Monat bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung zu bezahlen (act. 5/26).

E. 2

Am 30. Januar 2013 reichte der Kläger bei der Vorinstanz Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils ein. Er verlangte mit Wirkung ab 1. Februar

- 6 - 2013 die Aufhebung der Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten (act. 1 und act. 27 S. 2). Im Verlauf des Prozesses nahm er eine Klageänderung bzw. -erwei- terung vor, welche er anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Mai 2014 konkre- tisierte: Er forderte zusätzlich die Reduktion der Unterhaltsbeiträge für die beiden Söhne um Fr. 1'050.– auf den Betrag von je Fr. 150.– pro Monat mit Wirkung ab 1. Juni 2014 sowie die vollständige Aufhebung der Unterhaltspflicht für C._____ für den Zeitraum vom 1. Oktober 2013 bis zum 31. März 2014, da C._____ wäh- rend dieser Monate bei ihm gewohnt habe (act. 59, act. 62 S. 1 und Prot. FP130004 S. 34). Er begründete die Abänderungsklage zum einen mit markanten Einkommensrückgängen aus seiner Erwerbstätigkeit als selbständiger ...- Fotograf und zum anderen mit der Zunahme seiner Lebenskosten, da er wieder verheiratet und Vater eines weiteren Sohnes, E._____, geboren am tt.mm.2013, geworden sei (act. 30).

Mit Urteil vom 27. Juni 2014 hiess die Vorinstanz die Klage insoweit gut, als sie die Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber C._____ für die Zeit vom 1. Dezember 2013 bis und mit 28. Februar 2014 aufhob. Im Übrigen wies sie die Klage ab (act. 65).

E. 3

Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger innert Frist Berufung. Er ver- langte eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge von nur noch je Fr. 937.50 (vor Vor- instanz Fr. 1'050.–) für C._____ und D._____ ab 1. Juni 2014. Eventualiter forder- te er die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (act. 74 S. 2).

Die Kammer merkte vor, dass das vorinstanzliche Urteil vom 27. Juni 2014 bezüglich der teilweisen Aufhebung der Unterhaltspflicht gegenüber C._____ und der Klageabweisung (soweit sie die Unterhaltspflicht gegenüber C._____ für die Monate Oktober bis November 2013 und März 2014 sowie die Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten betrifft) am 17. November 2014 in Rechtskraft erwachsen ist. Im Übrigen hob die Kammer das Urteil auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Sie erwog, die Vorinstanz habe das Durchschnittseinkommen des Klägers in der massgeblichen Bemessungsperiode inkl. eines allfälligen hypothetischen Ein-

- 7 - kommens und sein Existenzminimum namentlich unter Berücksichtigung der Geburt von E._____ sowie die finanziellen Verhältnisse seiner Ehefrau zu bestimmen und gegebenenfalls beweismässig zu erheben (act. 87 S. 10 ff.).

E. 4

Nachdem die Vorinstanz das Verfahren ergänzt hatte, hiess sie am 21. November 2016 die Klage teilweise gut. Sie verpflichtete den Kläger zur Zahlung von monatlich Fr. 481.– pro Kind ab 1. Juni 2014 bis 28. Februar 2015 und Fr. 819.– pro Kind ab 1. März 2015 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung (act. 136 S. 24 f.).

E. 5

Soweit der Kläger moniert, die Vorinstanz habe den für die Bestimmung seiner Leistungspflicht relevanten Zeitraum nicht laufend angepasst (act. 134 S. 5 ff., S. 8 ff.), ist ihm Folgendes entgegenzuhalten: Wie dargelegt stellte die Vorinstanz praxisgemäss für die Berechnung der Kinderunterhaltsbeiträge auf das Durchschnittseinkommen der drei Vorjahre ab, ausgehend vom

E. 7

Im Folgenden ist zu prüfen, ob das festgestellte Einkommen von neu Fr. 5'056.– zu einer Reduktion der durch die Vorinstanz festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge berechtigt. Bei der Bemessung der Kinderalimente ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Reicht dieses Einkommen nicht aus, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses bei gutem Willen zu erreichen zumutbar und möglich ist. Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Rechtsfrage ist, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint, Tatfrage hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist. Massgebend bei der Beurteilung der Anrechenbarkeit eines hypothetischen Einkommens sind die beruflichen Fähigkeiten, namentlich das Alter, die Ausbildung, die Berufserfahrung und allfällig absolvierte Weiterbildungen (zum Ganzen BGer 5A_964/2016 vom 19. Februar 2018; Hausheer/Spycher, a.a.O., S. 23 ff.; S. 274 ff.).

Wenn der Unterhaltsschuldner schon bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und seine vorbestehende Unterhaltspflicht – wenn auch wie hier nur unzureichend – erfüllt hat, bedarf er keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist, um eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder ausweiten und hierzu seine Lebensverhältnisse umstellen zu können. Vielmehr muss er alles in seiner Macht Stehende tun und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Begnügt er sich selbst bei einem unfreiwilligen Stellenwechsel wissentlich

mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit, so hat er sich anrechnen zu lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu erwirtschaften vermöchte. Versagt der Richter der unterhaltspflichtigen Partei aus diesen Gründen eine Übergangsfrist, muss sich diese Partei ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen gegebenenfalls von einem Zeitpunkt an anrechnen lassen, der in der Vergangenheit liegt. Ei-

- 16 - ner so verstandenen "rückwirkenden" Anrechnung eines höheren Einkommens steht nicht entgegen, dass der Unterhaltsschuldner die Verminderung seiner Leistungsfähigkeit für eine bereits verstrichene Zeitspanne nicht rückgängig und die in der Vergangenheit unterbliebene Erzielung des ihm zumutbaren Einkommens nicht ungeschehen machen kann. Hat er in einem bestimmten Abschnitt der Vergangenheit also nicht das Einkommen erzielt, das er bei gutem Willen hätte erwirtschaften können, und lässt sich sein Versäumnis für diese konkrete Zeitperiode auch nicht mit einer Anpassung an veränderte Verhältnisse rechtfertigen, so ist ihm zuzumuten, mit seinen künftig erzielten Einkünften nachzuholen, was er in der Vergangenheit zu verdienen verpasst hat (BGer 5A_59/2016 vom 1. Juni 2016 E. 3.2 f. m.w.H.; vgl. auch BGE 143 III 233 E. 3).

8.a) Der Kläger hat vom Umfang her eine Vollzeitstelle als ...-Fotograf inne. So erklärte er vor Vorinstanz, er sei sehr ausgelastet und arbeite durchschnittlich von 8.30/9.00 Uhr bis ca. 18.00 Uhr, oft auch länger. Ab und zu arbeite er auch samstags oder sonntags (Prot. FP130004 S. 23). Weder macht der Kläger im Berufungsverfahren eine Verschlechterung seiner Auftragslage geltend noch ergibt sich eine solche aus den Akten. Die Anrechnung eines Einkommens auf der Basis eines Vollzeiterwerbs ist damit ohne Weiteres zumutbar, sie verlangt keine Umstellung der Lebensverhältnisse des Klägers.

b) Im Verlaufe des Abänderungsverfahrens hat sich der Kläger wiederholt auf seine stetig rückläufigen Gewinne berufen (act. 27 S. 4 ff., act. 39 S. 4 ff., act. 122 S. 2 ff., Prot. FP130004 S. 19 ff., act. 134 S. 7 f.). Während er im Jahr 2010 ein durchschnittliches Monatseinkommen von Fr. 13'004.- erwirtschaftete, belief sich dieses 2015 nur noch auf Fr. 660.- (vgl. oben II. 1. und 6.b). Für diese massive Einbusse machte er in erster Linie die Überschwemmung des Schweizer ...-Marktes mit deutschen ...-Fotografen, welche ihre Dienstleistungen zu für Schweizer Verhältnisse nicht rentablen Preisen anbieten, verantwortlich. Dies habe er von der Firma F._____ AG so gehört. Er wisse aber nicht genau, was sie machen. Die Preise für ...-Fotos in der Schweiz seien deshalb in den letzten Jahren drastisch gesunken. So hätten z.B. seine grössten Kunden "G._____" und "H._____" eine Preisreduktion pro Katalogaufnahme von Fr. 40.- (Jahr 2011) auf

- 17 - Fr. 27.- (Jahr 2013) durchgesetzt. Als weiteren wesentlichen Grund nannte er die Aufgabe seines langjährigen Engagements bei der I._____ Hotel-Gruppe, weil er dieses nicht mehr mit den Aufträgen für seine Schweizer Stammkundschaft unter einen Hut habe bringen können. Seine Stammkunden würden ihm einen grösseren Umsatz als die I._____ -Gruppe garantieren (act. 27 S. 5 f., Prot. FP130004 S. 20 ff.). Dass im Verhältnis zu (bei Klageeinleitung) minderjährigen Kindern besonders hohe Anforderungen an die Ausnutzung der Erwerbskraft zu stellen sind und ein solcher Rückgang nicht unesehen hingenommen werden kann, liegt auf der Hand und muss auch dem Kläger bewusst gewesen sein. Vor Vorinstanz äusserte er sich nur vage dazu, wie er der negativen Entwicklung begegnen will. Er führte aus, er sei ständig dran. Er sei daran interessiert, andere Kunden zu gewinnen, es sei aber schwierig. Alle Bekannten würden ihn empfehlen (Prot. FP130004 S. 28). Obwohl nach seinen eigenen Aussagen ein Aufwärtstrend nicht in Sicht ist, macht er nicht rechtsgenügend geltend, sich konkret um eine Verbesserung

seiner Leistungsfähigkeit bemüht zu haben (act. 122 S. 4, act. 134 S. 8). Angesichts der ihm treffenden Unterhaltspflicht kann es nicht genügen, wenn der Kläger wissentlich und willentlich an der selbständigen Tätigkeit im bisherigen Rahmen mit einem seit Jahren sinkenden Gewinn festhält. Er legt nicht schlüssig dar, die Erzielung eines Einkommens, welches die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge an C._____ und D._____ zulässt, sei ihm nicht möglich. Ob der Schweizer ...-Markt durch Billigangebote von deutschen Fotografen im vom Kläger behaupteten Ausmass unter Druck geraten ist, kann offen bleiben. Jedenfalls wird damit der erneute sprunghafte – hier aber nicht relevante – Einbruch im Jahr 2015 nicht hinreichend erklärt. Der Kläger hat offenbar einen beachtlichen Kundenstamm, gab er doch deswegen sein Engagement bei der I._____ -Gruppe auf. Dass letztere ihn anfangs 2011 als einen ihrer drei Stamm-Fotografen zertifizieren wollte, was er aber wiederum zugunsten seiner Stammkunden ablehnte (act. 27 S. 5, Prot. FE130004 S. 28), spricht sodann für seine berufliche Qualifikation und Erfahrung sowie seine gute Auslastung. Unter diesen Voraussetzungen muss die Lage des Klägers in seiner Branche als intakt bezeichnet werden. Ernsthafte Anstrengungen zur Verbesserung seiner Einkommenssituation sind aber nicht ersichtlich. Namentlich legt er nicht substantiiert dar, weshalb er die durch die Auf-

- 18 - gabe seines Engagements bei der I._____ -Gruppe frei gewordene Kapazität nicht anderweitig gewinnbringend einsetzen konnte. Mit seinem allgemeinen Hinweis auf die schwierige Situation auf dem ...-Markt infolge der deutschen Konkurrenz hat er den erforderlichen Tatbeweis nicht erbracht. Das bedeutet zusammengefasst, dass sich der Kläger nicht auf seine tatsächliche Leistungsfähigkeit berufen kann und ihm als Konsequenz ein höherer Verdienst anzurechnen ist. Da ihm wie gesehen keine Übergangsfrist zu gewähren ist (vgl. hiervor II. 8.a), hat diese Anrechnung "rückwirkend" zu erfolgen.

c) Somit bleibt zu prüfen, welches Einkommen der Kläger bei gutem Willen effektiv zu generieren in der Lage bzw. was ihm anzurechnen ist. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass er in der massgeblichen Periode ein durchschnittliches Monatseinkommen von Fr. 5'280.– erzielte. Selbst wenn Erwerbsprognosen notwendigerweise mit Unsicherheiten behaftet sind, sind keine konkreten Gründe erkennbar, weshalb der Kläger als etablierter ...-Fotograf mit guten Qualifikationen nicht ein Einkommen in mindestens dieser Höhe generieren kann. Wenn er sich auf Druck der deutschen Konkurrenz zu Preisnachlässen von rund 30% veranlasst sieht (act. 27 S. 5, Prot. FP130004 S. 21), so sind auch Kürzungen auf der Kostenseite notwendig. Entsprechende Bemühungen macht der Kläger jedoch nicht ansatzweise geltend. Die Beklagte weist denn auch zutreffend darauf hin, dass der (grösstenteils bestrittene) Aufwand des Klägers im Verhältnis zum Ertrag seit 2012 stetig angestiegen ist (act. 139 S. 10). Im Jahr 2014 belief er sich auf 69% des Ertrages von knapp Fr. 120'000.– (act. 135/2), was mit Blick auf die Unterstützungspflichten des Klägers ein offenkundiges Missverhältnis darstellt. Im Jahr 2015 stieg der Aufwand gar auf 87% des Ertrages von noch Fr. 61'900.– (act. 135/3). Kürzt man etwa den Aufwand allein für das Jahr 2014 um lediglich 10%, so ergibt dies für die Monate Januar bis April 2014 ein monatliches Einkommen von immerhin Fr. 4'396.– (anstellen von Fr. 3'015.–) und für die massgebliche Zeitspanne ein solches von Fr. 5'209.– (vgl. oben II.6.c). Lässt sich der Aufwand nicht senken oder ist trotz Einsparungen eine Einkommenssteigerung nicht möglich, so hat der Kläger sein Geschäftsmodell anzupassen oder seine Selbständigkeit aufzugeben und eine einträglichere Anstellung anzutreten. Dass er solches vergeblich

versucht habe oder eine Neuausrichtung nicht reali-

- 19 - sierbar sei, legt er nicht hinreichend dar und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Auf entsprechende Frage des Vorderrichters erklärt er pauschal, er mache alles, dass es dazu komme (Prot. FP130004 S. 30). Im Wesentlichen begnügt sich der Kläger mit dem Hinweis auf die geradezu vorhersehbare stetige Verschlechterung seines Geschäftsganges. Umso weniger ist aus objektiver Perspektive im heutigen Zeitpunkt nachvollziehbar, weshalb er seine nicht rentable selbständige Tätigkeit unbesehen fortführt. Dieses Untätigsein ist ihm als leichtfertig vorzuwerfen und kann unter Hinweis auf die strengen Anforderungen an die Ausschöpfung seiner wirtschaftlichen Leistungskraft nicht akzeptiert werden. Keineswegs durfte er darauf vertrauen, dass seine Unterhaltspflicht wegfallen würde. Nach dem Gesagten ist es für den Kläger unter den gegebenen Umständen zumutbar und möglich, das von der Vorinstanz ermittelte Einkommen von monatlich Fr. 5'280.– zu erwirtschaften (vgl. auch act. 139 S. 10 ff.). Dieses ist ihm somit ohne Einräumung einer Übergangsfrist für die massgebliche Periode anzurechnen.

d) Offen bleiben kann somit, ob die Geschäftszahlen überhaupt verlässlich Aufschluss über das Einkommen des Klägers erteilen, was die Beklagte in Frage stellt. Der Kläger selbst äussert sich mit keinem Wort zur Plausibilität der Abschlüsse. Die Beklagte führt die fehlenden Anstrengungen des Klägers unter anderem darauf zurück, dass er den Aufwand für seinen Privathaushalt offensichtlich über das Geschäft abwickle und somit in Wirklichkeit mehr verdiene (act. 139 S. 10 und 14 f.). So wurden etwa für den Raumaufwand im Jahr 2014 Fr. 36'975.65 und im Jahr 2015 noch Fr. 21'040.– bilanziert (act. 135/2-3). Dies ist insofern auffällig, als gemäss Zeugenaussage seines ehemaligen Geschäftspartners J. _____ – weder wird dessen Glaubwürdigkeit angezweifelt noch die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz beanstandet – der Kläger für das Fotostudio eine Monatsmiete Fr. 2'329.– (und nicht Fr. 3'000.–) bezahlte. Das Mietverhältnis dauerte bis November 2015, wobei der Kläger ab August 2015 nicht mehr im Studio erschien. Im Zeitpunkt der Einvernahme im Mai 2016 waren die Mietzinse für Februar bis November 2015 in Höhe von Fr. 23'749.– offen (act. 115 S. 3 ff.). Im Jahresabschluss kann aber nur effektiv entstandener Aufwand berücksichtigt werden. Die Annahme der Beklagten, der Kläger verbuche einen Teil seiner privaten Wohnkosten als Geschäftsaufwand, lässt sich somit nicht gänzlich von der

- 20 - Hand weisen; dies umso weniger, als dem Geschäftskonto im Jahr 2016 regelmässig ein zumindest teilweise als "Miete" o.ä. bezeichneter Betrag von Fr. 2'250.– belastet wurde, was exakt den von der Vorinstanz in der Bedarfsrechnung veranschlagten Mietkosten entspricht (act. 135/5a, act. 136 S. 18). Dass ein Einkommen von Fr. 3'015.– im Jahr 2014 bzw. Fr. 660.– im Jahr 2015 bei einem festgestellten Bedarf von Fr. 3'997.–, nach Wegfall der ehelichen Unterhaltspflicht im März 2015 von Fr. 3'097.– nicht einmal zur Bestreitung des Lebensunterhaltes des Klägers reicht, ist sodann offenkundig. Wie dieser seinen familiären Bedarf deckt, ob er gegebenenfalls finanzielle Unterstützung erhalten oder sich verschuldet hat, führt er mit keinem Wort aus. Auch vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, von einem anrechenbaren hypothetischen Einkommen des Klägers von Fr. 5'280.– auszugehen.

E. 9

Ein Abänderungsgrund im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB ist zwar unter Hinweis auf die Einkommensverminderung zu bejahen. Der von der Vorinstanz festgestellte Notbedarf des

Klägers von Fr. 3'997.–, ab März 2015 von Fr. 3'097.– wird von diesem zur Berechnung der Kinderunterhaltsbeiträge ausdrücklich anerkannt (act. 134 S. 11). Für den Fall der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens macht er keine Ausführungen zu seinen monatlichen Lebenshaltungskosten. Ihren Einwand, für den Kläger würden keine Kinderbetreuungskosten anfallen, weshalb sein Bedarf Fr. 2'897.– betrage, substantiierte die Beklagte nicht näher, weshalb der klägerische Bedarf bei Fr. 3'097.– zu belassen ist; dies umso mehr, als die Beklagte selbst davon ausgeht, dass auch die Ehefrau des Klägers erwerbstätig ist (act. 139 S. 13 und 16 f.). Auf Seiten der Beklagten stellte die Vorinstanz auf den im Scheidungsverfahren ermittelten Bedarf von Fr. 6'370.– ab (act. 136 S. 20), was von keiner Seite bemängelt wurde. Bei einem anrechenbaren Einkommen in der von der Vorinstanz ermittelten Höhe von Fr. 5'280.– ändert sich somit nichts an den Berechnungsgrundlagen. Der darauf basierenden Unterhaltsberechnung der Vorinstanz ist sodann zu folgen, weshalb die Unterhaltsbeiträge nicht wie vom Kläger beantragt herabzusetzen sind.

Daran ändert nichts, dass C._____ im Januar 2016 volljährig geworden ist. Zwar unterstellt Art. 277 Abs. 2 ZGB die Festlegung eines Mündigenunterhaltes

- 21 - gewissen Kriterien und hat der Pflichtige gegenüber einem unmündigen Kind grössere Einschränkungen in seiner eigenen Lebenshaltung hinzunehmen als gegenüber einem mündigen unterhaltsberechtigten Kind. Wenn aber wie vorliegend vom Pflichtigen zusätzliche Anstrengungen verlangt werden können, ist ihm auch mit Bezug auf C._____ eine stärkere Einschränkung zuzumuten (BSK ZGB I-Breitschmid, 5. A., N 15 ff., insbes. N 17). Im Übrigen wurden die Unterhaltsbeiträge bereits im Scheidungsurteil vom 22. März 2010 im Wissen um die Einkommenschwankungen bei Selbständigerwerbenden über die Volljährigkeit der beiden Söhne hinaus festgelegt (vgl. hierzu auch BGE 139 III 401).

Schliesslich besteht aber auch kein Anlass, den Kläger im Rahmen der Offizialmaxime zu höheren Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten, namentlich den Überschuss vollumfänglich C._____ und D._____ zuzusprechen (vgl. act. 139 S. 13). Nur weil der Kläger den Natural- und Barunterhalt für E._____ (mit-)aufbringt, ist E._____ nicht von der Überschussbeteiligung auszuschliessen. Vielmehr ist dem Alter und den Bedürfnissen aller Kinder Rechnung zu tragen, was die Vorinstanz mit der Aufteilung des Überschusses im Verhältnis 3:3:2 getan hat.

E. 10

Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen. IV.

1.a) Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). b) Grundlage für die Festsetzung der Entscheidungsbüher bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichtes und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Sind wie vorliegend nur vermögensrechtliche Belange strittig, so berechnet sich die Entscheidungsbüher nach § 4 Abs. 1 bis 3 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG. Ausgehend von einem Streitwert von rund Fr. 82'400.– (strittige Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'630.– für beide Söhne vom 1. Juni 2014 bis 28. Februar 2015; Fr. 25'630.– für C._____ und

- 22 - Fr. 55'120.– für D._____ vom 1. März 2015 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, d.h. bis angenommen Februar 2018 [vgl. act. 139 S. 18] bzw. Februar 2021) ergibt sich eine Grundgebüher von Fr. 8'046.–. Diese kann bei Streitigkeiten über wiederkehrende Leistungen ermässigt werden (§ 4 Abs. 3 GebV OG). Es

rechtfertigt sich für das Berufungsverfahren eine Ent- scheidgebühr von Fr. 4'000.–. c) Für die Bemessung der Parteientschädigung sind §§ 2, 4, 5 und 13 Abs. 1 bis 3 AnwGebV massgeblich, wobei auch hier grundsätzlich die streitwert- abhängigen Tarife massgeblich sind, wenn es in einem Scheidungsverfahren le- diglich um Vermögensrechtliches geht. Weitere Kriterien nebst dem Streitwert sind der notwendige Zeitaufwand und die Verantwortung der Rechtsvertretung sowie die Schwierigkeit des Falles. Bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwi- schen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand wird die nach den ge- nannten Bestimmungen berechnete Gebühr entsprechend erhöht oder herabge- setzt (§ 2 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Diese Bestimmungen geben auch im Rechts- mittelverfahren den Rahmen der Entschädigung vor. Dabei wird die Gebühr im Vergleich zu jener für das erstinstanzliche Verfahren in der Regel auf einen Drittel bis zwei Drittel ermässigt, weil die Rechtsvertretung, anders als das Gericht, mit der Streitsache bereits vertraut und insoweit der Aufwand geringer ist (vgl. auch §12 Abs. 3 AnwGebV). In besonderen Fällen, namentlich bei starker Inanspruch- nahme des Novenrechts, kann auf die Herabsetzung verzichtet werden (§ 13 Abs. 2 und 3 AnwGebV). Auf Basis des Streitwertes von Fr. 82'400.– resultiert eine Grundgebühr von Fr. 9'844.–, welche nach § 13 Abs. 2 auf einen Drittel zu reduzieren ist. Das Ver- fahren beschlägt den gleichen Sachverhalt wie die früheren Abänderungs- bzw. Rechtsmittelverfahren, weshalb Synergieeffekte zum Tragen kommen. Eine Ent- schädigung von Fr. 3'300.– ist demnach angemessen. Für die weitere Eingabe der Rechtsvertreterin der Beklagten vom 11. September 2017 (act. 147: Nachrei- chung von Belegen für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege) ist ein Zu- schlag von Fr. 200.– zu berechnen (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Die Entschädigung erscheint auch unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes gerechtfertigt. Zudem

- 23 - ist der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag von 8% (für das Jahr 2017) zu gewäh- ren (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 über die Mehrwertsteuer, mit Ergänzung vom 17. September 2010). 2.a) Beide Parteien stellen ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 134 S. 13 ff., act. 139 S. 17 ff.). Massgebend sind die wirt- schaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung. Gemäss dem Effektiv- tätsgrundsatz dürfen in die Beurteilung nur Einkünfte und Vermögenswerte einbe- zogen werden, die effektiv vorhanden und verfügbar sind (ZK ZPO-Emmel, 3. A., Art. 117 N 4 f.). Somit sind hier weder die der Unterhaltsberechnung zugrunde ge- legte Zeitspanne (Mai 2011 bis April 2014) noch das dem Kläger angerechnete hypothetische Einkommen massgebend.

b) Der Kläger macht – unter Berücksichtigung eines Zuschlages von 20%, von Fahrzeugkosten und Steuern, aber ohne Unterhaltsbeiträge – einen erweiter- ten Bedarf von Fr. 3'705.20 pro Monat geltend. Mit seinem derzeitigen monatli- chen Einkommen von Fr. 2'940.– netto sei er nicht in der Lage, nebst seinen Le- bensehaltungskosten sowie den Unterhaltungspflichten gegenüber C._____ und D._____ für die Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen (act. 134 S. 13 ff.). Aus den nachgereichten Steuererklärungen und -rechnungen ergibt sich für das Jahr 2015 den bereits vorstehend genannten Gewinn von Fr. 7'923.– und für das Jahr 2016 einen solchen von minus Fr. 45.–. Seine Ehefrau wies einen Gewinn von rund Fr. 11'000.– aus. Entsprechend lauten die allerdings nur provisorischen Steuerrechnungen 2016 und 2017 auf lediglich Fr. 48.– für die Personalsteuern (act. 145/1-3). Selbst wenn die Geschäftszahlen des Klägers wie erwogen Fragen aufwerfen (vgl. oben II. 8.d), erlaubt ihm sein aktuelles Einkommen unter Berück- sichtigung seiner

Unterhaltspflichten nicht, die Kosten des Verfahrens und seiner anwaltlichen Vertretung in absehbarer Zeit zu bezahlen. Auch wenn dem Kläger durch den Wegfall seiner Unterhaltspflicht für C._____ infolge Abschlusses der Ausbildung (act. 139 S. 18) monatlich Fr. 819.– mehr verbleiben, dürfte er die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten nebst seinen anderen finanziellen Verpflichtungen innerhalb eines Jahres nicht aufbringen können. Die Ehefrau des Klägers ist sodann nicht in der Lage, mit ihrem Einkommen einen

- 24 - über ihren Anteil am Existenzminimum hinausgehenden Beitrag an die Unterstützungspflichten des Klägers zu leisten. Der Kläger hat gemäss den Steuererklärungen und Bankauszügen kein Vermögen (act. 145/1-2, act. 145/4-5), sondern häufte im Gegenteil beträchtliche Schulden, in erster Linie Alimentenschulden an. Es mussten denn auch mehrere Verlustscheine ausgestellt werden (act. 75/6, act. 93, act. 139 S. 6 f.). Seine Mittellosigkeit ist daher auch für das Berufungsverfahren zu bejahen (Art. 117 lit. a ZPO). Ferner ist die Berufung zwar im Ergebnis unbegründet geblieben, konnte aber im Zeitpunkt der Gesuchstellung nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO beurteilt werden, zumal es sich um Kinderbelange dreht. Die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung erscheint schliesslich aufgrund der Umstände als sachlich geboten (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem Kläger ist demnach die unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich der unentgeltlichen Vertretung für das Berufungsverfahren zu bewilligen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind somit einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Kläger ist auf die Bestimmung von Art. 123 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, wonach er zur Nachzahlung der Prozesskosten verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit ihn jedoch nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an die Beklagte (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO).

c) Seitens der Beklagten ist das Gesuch hinsichtlich der Bezahlung von Gerichtskosten gegenstandslos, da ihr keine Kosten auferlegt werden. Ihr Gesuch ist deshalb insoweit abzuschreiben. Es bleibt aber betreffend die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin zu prüfen. Die Beklagte macht für sich und ihre Kinder einen Bedarf von Fr. 6'079.55 geltend und verweist auf ihr Einkommen von Fr. 4'102.50 pro Monat (act. 139 S. 17 f., act. 140/2-15). Selbst mit den Unterhaltszahlungen von Fr. 819.– pro Kind vermag sie somit ihren Lebensunterhalt nicht zu decken. Mit dem Abschluss der Ausbildung von C._____ wird sich ihr Bedarf zwar verringern, aber es entfällt auch die Unterhaltspflicht des Klägers für C._____. Als Vermögenswerte nennt die Beklagte einzig zwei Lebensversicherungen, welche sie ausschliesslich zur Absicherung ihrer beiden Söhne abgeschlossen habe (act. 139 S. 18, act. 147

- 25 - S. 2). Die beiden Versicherungen weisen per 31. August 2017 einen Rückkaufswert von Fr. 8'465.90 und Fr. 8'929.60, total Fr. 17'395.50 auf (act. 148/1-2). Die Nutzbarmachung von Vermögenswerten muss dem Gesuchsteller zumutbar sein. Gemäss Bundesgericht ist der Rückkaufswert einer Lebensversicherung als Vermögen zu veranschlagen, sofern er den als Notgroschen anerkannten Freibetrag übersteigt und der aus dem Verkauf resultierende Verlust tragbar erscheint (BGer 5A_336/2007 vom 5. Oktober 2007 E. 3.4.2. i.V.m. E. 3.5.; BGer 4P.261/2003 vom 22 Januar 2004 E. 2.2.2.). Die Höhe des Notgroschens bemisst sich nach den konkreten Verhältnissen, namentlich dem Alter, der Gesundheit, den familiären Verpflichtungen, den Erwerbssaussichten sowie der Möglichkeit einer künftigen wirtschaftlichen Erholung. Die Kantone gewähren Freibeträge zwischen Fr. 5'000.– und Fr. 25'000.– (ZK ZPO-Emmel, a.a.O., Art. 117 N 7

m.w.H.; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. A., Art. 117 N 24). Der Betrag von Fr. 17'395.50 bewegt sich somit innerhalb der anerkannten Freibeträge, weshalb ein Verkauf der Lebensversicherungen vorliegend als unverhältnismässig erscheint. Deren Auflösung dürfte angesichts der Laufdauer von rund 20 Jahren ferner mit einem erheblichen Verlust einhergehen. Unter den gegebenen Umständen sind der Beklagten die Versicherungen zu belassen, zumal die von der Vorinstanz erkannte Reduktion der Unterhaltsbeiträge zu einer Rückzahlungspflicht von bereits Fr. 12'000.– für bevorschusste Alimente führte (act. 139 S. 19, act. 147 S. 3). Die Beklagte erweist sich daher ebenfalls als mittellos gemäss Art. 117 lit. a ZPO. Da ihr Standpunkt nicht aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO) und die anwaltliche Vertretung als notwendig erscheint (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist ihr Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Berufungsverfahren gutzuheissen. d) Die der Beklagten aufgrund ihres Obsiegens geschuldete Parteientschädigung steht infolge prozessrechtlicher Legalzession direkt ihrer unentgeltlichen Rechtsbeiständin zu (BK ZPO-Bühler, Art. 122 N 59). Allerdings sind beide Parteien nach dem Gesagten mittellos. Dies führt zur Annahme, dass die Parteientschädigung uneinbringlich ist. Sie ist der Rechtsvertreterin deshalb aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Der Anspruch auf die uneinbringliche Entschädigung geht dadurch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

- 26 - e) Über die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbestandes des Klägers wird erst nach Eingang seiner Aufstellung i.S.v. § 23 Abs. 2 AnwGebV zu entscheiden sein. Es wird beschlossen: 1. Dem Kläger wird für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 2. Das Gesuch der Beklagten um Befreiung von Gerichtskosten des Berufungsverfahrens wird abgeschrieben. 3. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 4. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 21. November 2016 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt. 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 4. Die vom Kläger der unentgeltlichen Rechtsbeiständin der Beklagten, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, geschuldete Parteientschädigung wird auf Fr. 3'500.– zuzüglich Fr. 280.– (8 % Mehrwertsteuer auf Fr. 3'500.–) also total Fr. 3'780.– festgesetzt.

- 27 - Die Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ zugesprochene Parteientschädigung von total Fr. 3'780.– wird der Rechtsbeiständin aus der Gerichtskasse ausbezahlt. Ihr Anspruch gegen den Kläger auf die uneinbringliche Parteientschädigung geht an den Kanton Zürich (Obergerichtskasse) über (Art. 122 Abs. 2 ZPO). 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 147, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 144, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse. 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 Streitigkeit. Der Streitwert beträgt Fr. 82'400.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.