

ZH_OBERGERICHT LC110069 vom 15. Juni 2012

ZH Obergericht, 2012-06-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC110069

FR: ZH_OBERGERICHT LC110069 du 15 juin 2012

IT: ZH_OBERGERICHT LC110069 del 15 giugno 2012

Erwägungen

E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

E. 1.1

Die Parteien heirateten am tt.mm.1987 in Aus der Ehe hervorgegangen sind die beiden Kinder F._____, geb. tt.mm.1989 und C._____, geb. tt.mm.1995 (act. 38/4).

E. 1.2

Die Ehe der Parteien wurde mit Urteil des Einzelrichters in Ehesachen am Bezirksgericht Winterthur vom 23. April 1999 getrennt und mit Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 4. Februar 2003 geschieden (act. 38/35 = act. 3). Gemäss Scheidungsurteil wurden die Kinder unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt und wurde der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für beide Kinder in der Höhe von monatlich je Fr. 1'700.-- zuzüglich Kinderzulagen, und für die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) bis am 31. Juli 2005 in der Höhe von monatlich Fr. 2'600.--, bis am 31. Juli 2011 in der Höhe von monatlich Fr. 2'400.--

- 5 - bzw. ab 1. August 2011 bis zum Eintritt in die AHV-Berechtigung in der Höhe von monatlich Fr. 2'000.-- verpflichtet (act. 3, Dispositiv Ziffern 2, 4 und 5 lit. a). Mit Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur vom 27. Februar 2007 wurden die Unterhaltsbeiträge abgeändert. Der Kläger wurde mit Wirkung ab 15. September 2005 verpflichtet, der Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der beiden Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'300.-- und für die Beklagte selbst bis zu deren Eintritt in die AHV-Berechtigung monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'700.-- zu entrichten (act. 4 = act. 39/26, Dispositiv Ziffern 1 und 2).

E. 1.3

Mit Eingabe vom 30. Mai 2010 (act. 1) erhob der Kläger beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur erneut Klage auf Abänderung des mit Urteil vom 27. Februar 2007 abgeänderten Scheidungsurteils vom 4. Februar 2003. Am 15. September 2010 beantragte er den Erlass vorsorglicher Massnahmen. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. November 2010 erhob die Beklagte Widerklage mit dem eingangs zitierten Rechtsbegehren (Prot. I S. 4 bzw. 7). Der Kläger änderte sein ursprüngliches Rechtsbegehren anlässlich der Fortsetzung der Hauptverhandlung vom 24. Juni 2011 entsprechend den eingangs zitierten Rechtsbegehren (Abänderung ab 1. August statt ab 1. Mai 2010) und anerkannte die Widerklage teilweise im Umfang der beantragten (herabgesetzten) Unterhaltsbeiträge für den Sohn (act. 27). Zur Prozessgeschichte vor Vorinstanz kann im Übrigen auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen

werden (act. 47 S. 3 f.). Der Einzelrichter fällte am 30. September 2011 das oben aufgeführte Urteil, mit welchem er die Klage abwies und die Widerklage guthiess (act. 47 S. 27 ff.). Mit Verfügung gleichen Datums bewilligte er beiden Parteien die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung und schrieb das Mass- nahmebegehren zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt ab (act. 47 S. 27).

E. 1.4

Gegen das Urteil vom 30. September 2011 erhob der Kläger mit Eingabe vom 9. November 2011 rechtzeitig Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen (act. 45). Mit Beschluss vom 5. Dezember 2011 trat die Kammer auf den (vorsorglichen) prozessualen Antrag auf Aufrechterhaltung der aufschieben- den Wirkung sowie auf eine allfällige Berufung gegen die Abschreibungsverfü-

- 6 - gung vom 30. September 2011 nicht ein und bewilligte dem Kläger die unentgelt- liche Rechtspflege unter Bestellung von Rechtsanwalt X. _____ als unentgeltli- chem Rechtsvertreter. Ferner wurde der Beklagten Frist zur Beantwortung der Berufung und des Eventual-Massnahmebegehrens angesetzt (act. 48). Mit Ein- gabe vom 13. Januar 2012 beantwortete die Beklagte das Eventualmassnahme- begehren innert erstreckter Frist. Gleichzeitig liess sie ein Gesuch um unentgeltli- che Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren stellen (act. 52). Ein Fristerstreckungsgesuch der Beklagten für die Berufungsantwort (act. 53) wurde mit Verfügung vom 31. Januar 2012 abgewiesen. Mit derselben Verfügung wurde der Beklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (act. 55). Die Berufungsantwort wurde mit dem eingangs zitierten Antrag fristgemäss mit Eingabe vom 31. Januar 2011 erstattet (act. 58). Mit Schreiben vom 1. Februar 2012 zog der Kläger das Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zurück (act. 59A), wovon mit Verfügung vom 2. Feb- ruar 2012 Vormerk genommen wurde. Gleichzeitig wurde dem Kläger die Beru- fungsantwort zur Kenntnis gebracht (act. 60). Mit Schreiben vom 23. April 2012 (act. 63) reichte der Kläger – nach vorgängiger telefonischer Ankündigung (act. 62) – kommentarlos neue (aktualisierte) Unterlagen zu seinen finanziellen Ver- hältnissen zu den Akten (act. 64/1-6). Sie wurden der Beklagten am 24. April 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 65) und von dieser am 2. Mai 2012 in Empfang genommen (act. 66).

E. 1.5

Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

E. 2

Anwendbares Recht

E. 2.1

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das bezirksgerichtliche Verfahren zwischen den Parteien war am 1. Januar 2011 bereits rechtshängig. Für dieses gilt daher das bisherige Verfah- rensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Dementsprechend ist im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens zu prüfen, ob die für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Bestimmungen der zürcherischen

- 7 - Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) etc. korrekt angewendet wur- den.

E. 2.2

Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da das angefochtene Urteil vom 30. September 2011 nach dem 1. Januar 2011 eröffnet wurde, beurteilt sich die Zulässigkeit des Rechtsmittels nach der ZPO. Ebenso sind deren Bestimmungen für das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht massgebend.

E. 2.3

Hinzuweisen ist insbesondere auf die Novenbeschränkung im Berufungsverfahren. Art. 317 Abs. 1 ZPO ist anwendbar und das Vorbringen neuer Tatsachen und/oder Beweismittel ist beschränkt in denjenigen Verfahren, in welchen die Verhandlungsmaxime gilt. Dies trifft insbesondere zu für den nahehelichen Unterhalt, auch im Abänderungsverfahren (Art. 277 Abs. 1 ZPO; ZK-Kobel, Art. 277 N 8). In Verfahren, in denen die Untersuchungsmaxime gilt, insbesondere hinsichtlich Kinderbelangen (Art. 296 Abs. 1 ZPO), gilt demgegenüber ein offenes Novenrecht (ZK-Reetz/Hilber, Art. 317 N 13 ff.). Die vom Kläger im Berufungsverfahren am 23. April 2012 nachgereichten Urkunden datieren alle zwischen dem 28. November 2011 und Ende März 2012 (ausgenommen diverse Beilagen zur Steuererklärung 2010 in act. 64/1) und damit nach dem angefochtenen Entscheid, so dass sie nicht vor erster Instanz eingereicht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b). Fraglich erscheint, ob sie alle ohne Verzug vorgebracht wurden (Art. 317 Abs. 1 lit. a), da sie erst am 23. April 2012 nachgereicht wurden (act. 63 und act. 64/1-6). Die mit der Berufungsschrift vom 9. November 2011 (act. 45) eingereichten Belege datieren zwischen dem 4. April und dem 25. Oktober 2011 und damit teilweise vor und teilweise nach dem erstinstanzlichen Entscheid vom 30. September 2011 (act. 46/2-6), so dass sie teilweise noch vor Vorinstanz hätten eingereicht werden können. Da vorliegend auch eine Abänderung des Kinderunterhaltsbeitrages beantragt ist und diesbezüglich die Unterhaltsmaxime zur Anwendung gelangt, sind die nachgereichten Unterlagen aber grundsätzlich alle zu berücksichtigen. Auf eine Ausnahme wird zurückzukommen sein.

- 8 -

E. 3

Vorsorgliche Massnahmen

E. 3.1

Mit seinen Berufungsanträgen stellte der Kläger den Antrag, es seien die schon vor dem Einzelgericht am 15. September 2010 beantragten vorsorglichen Massnahmen anzuordnen (act. 45 S. 2). Die Kammer erwog mit Beschluss vom

E. 3.2

Eventualiter verlangte der Kläger die Anordnung entsprechender vorsorglicher Massnahmen "ab jetzt", d.h. vom Zeitpunkt der Einreichung der Berufung an (act. 45 S. 3). Dieses Begehren hat er mit Schreiben vom 1. Februar 2012 (auch soweit es als Rechtsmittelantrag erscheine) zurückgezogen, wovon mit Verfügung vom 2. Februar 2012 Vormerk genommen wurde. 4. Grundlagen des Abänderungsverfahrens und Voraussetzungen für die Abänderung Der Vorderrichter hat die Grundlagen des Abänderungsverfahrens und die Voraussetzungen für die Abänderung zutreffend dargelegt und ist zum Schluss gekommen, dass die Voraussetzungen für eine Abänderung erfüllt seien. Es liege aktuell eine Einkommensverminderung auf Seiten des Klägers von 30% -

50% im Vergleich zum Jahr 2007, und damit ein Abänderungsgrund vor. Das blieb im Berufungsverfahren unangefochten, weshalb auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann (act. 47 S. 4-8). Umstritten ist hingegen die gestützt darauf erfolgte neue Unterhaltsberechnung, insbesondere die Bestimmung des Einkommens und des betriebsrechtlichen Existenzminimums des Klägers, worauf nachfolgend einzugehen ist.

- 9 -

E. 5

Einkommen des Klägers

E. 5.1

Im Zeitpunkt der Scheidung betrug das Nettoeinkommen des Klägers Fr. 12'000.-- (act. 3 Dispositiv Ziff. 5), im Zeitpunkt der ersten Abänderung der Unterhaltsbeiträge am 27. Februar 2007 Fr. 10'700.-- inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulage (act. 4 Dispositiv Ziff. 2). Per 1. April 2009 wurde der Kläger arbeitslos und bezog Arbeitslosentaggelder (durchschnittlich Fr. 7'700.-- pro Monat; act 17/1+2). Seit August 2010 hat er eine 80%-Anstellung bei der D._____ AG in G._____ inne. Der monatliche Nettolohn beträgt gemäss angefochtenem Urteil einschliesslich Pauschalspesen von Fr. 290.-- gerundet Fr. 5'600.-- (act. 47 S. 8 ff.; 28/3). Der Vorderrichter ist allerdings von einem höheren hypothetischen Einkommen von Fr. 7'000.-- ausgegangen, entsprechend einem auf 100% hochgerechneten gegenwärtigen Monatslohn (act. 47 S. 10 ff.).

E. 5.2

Der Kläger beanstandet im Berufungsverfahren das Abstellen auf ein hypothetisches Einkommen und die verweigernde Berücksichtigung des aktuellen Einkommens des Klägers, wie auch die Nichtanerkennung von Berufsspesen von Fr. 290.-- in Bezug auf das Nettoeinkommen (act. 45 S. 3 und S. 4 ff.).

E. 5.3

Gemäss Lohnausweis für das Jahr 2010 betrug das Nettoeinkommen des Klägers bei der D._____ AG ab 1. August 2010 bis 31. Dezember 2010 Fr. 26'807.-- oder monatlich Fr. 5'361.40. Zusätzlich wurden ihm Pauschalspesen von Fr. 1'880.-- ausbezahlt (act. 28/2). Wie sie sich zusammensetzen, ist nicht ersichtlich und wurde nicht dargetan. Gemäss den Lohnabrechnungen für die Monate Oktober bis Dezember 2010 betrug die Pauschalspesen jeweils Fr. 290.-- monatlich (act. 28/3). Das Gesamtnettoeinkommen im Jahr 2010 betrug (ohne Kinder- und Familienzulagen und ohne Spesen) Fr. 92'320.-- oder monatlich gerundet Fr. 7'700.-- netto (vgl. Steuererklärung 2010 act. 64/1). Gemäss dem im Berufungsverfahren neu eingereichten Lohnausweis für das Jahr 2011 betrug das Nettoeinkommen des Klägers im Jahre 2011 bei der D._____ AG Fr. 64'307.-- oder monatlich Fr. 5'358.90. Zusätzlich wurden ihm Pauschalspesen von Fr. 3'480.-- oder monatlich Fr. 290.-- ausbezahlt (act. 64/2). Werden diese zum Einkommen hinzugerechnet, betrug das Nettoeinkommen des Klägers im Jahre 2011 monatlich rund Fr. 5'650.--.

- 10 -

E. 5.4

Bezogen auf Spesenentschädigungen gilt der Grundsatz, dass diese nur dann nicht zum Einkommen gehören, wenn damit Auslagen ersetzt werden, die dem Unterhaltsschuldner bei seiner Berufsausübung tatsächlich entstehen. Ist das nicht der Fall, muss der

Spesenersatz unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung wie ein Lohnbestandteil behandelt werden (FamPra.ch 2009 S. 469 mit zahlreichen Hinweisen).

E. 5.4.1

Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, er verwende die Spesen grösstenteils zur Deckung seiner geschäftlichen Mobiltelefon- und Internetkosten, nämlich Fr. 165.-- Kosten für "Business Natel", Fr. 59.-- Kosten für "Business Modem" sowie Fr. 45.-- Kosten für "Internet f. Geschäft". Er reichte zwar verschiedene Zahlungsbelege ins Recht (act. 16/8), die aber – mit Ausnahme des Internetanschlusses über Fr. 45.-- pro Monat – nicht mit den geltend gemachten Beträgen übereinstimmen. Der Vorderrichter erwog ferner (act. 47 S. 10), ebenso wenig sei erwiesen, dass es sich bei den ausgewiesenen Kosten tatsächlich um diejenigen der geschäftlichen und nicht der privaten Internet- bzw. Mobiltelefonanschlüsse handle. Überdies könne aus den wenigen eingereichten Zahlungsbelegen auch kein aussagekräftiger monatlicher Durchschnitt errechnet werden. Inwiefern der Kläger die Spesen von Fr. 290.-- tatsächlich zur Deckung der genannten Aufwendungen verwende, bleibe somit unklar, weshalb die Spesen nicht abgezogen werden könnten und als Einkommensbestandteil anzurechnen seien. Hingegen berücksichtigte der Vorderrichter im Existenzminimum des Klägers einen Betrag von Fr. 200.-- pro Monat für die Kosten von Telefon/Radio/TV/Internet, worin ein Mehrbetrag von Fr. 50.-- für einen gesteigerten Gebrauch von Telefon und Internet aufgrund der beruflichen Tätigkeit enthalten sei (act. 47 S. 14).

E. 5.4.2

Der Kläger hält im Berufungsverfahren an seinen Ausführungen vor Vorinstanz fest und legt diverse Mobilkommunikations-Rechnungen von ... ins Recht (act. 45 S. 8 f. und act. 46/6, act. 64/1 Beilagen). Was die behaupteten Internetkosten von Fr. 45.-- pro Monat betrifft, liegen (Zahlungs-)Belege für die Monate August bis Dezember 2010 bei den Akten (act. 16/8 letzte Seite, Beilagen zur Steuererklärung act. 64/1). Dass es sich dabei um einen Internetanschluss für das Geschäft handeln soll, ergibt sich daraus jedoch nicht.

- 11 - Ebenso gut könnte es sich dabei um den privaten Internetzugang handeln. Immerhin liegt es nahe, dass der Kläger zur Ausübung seines Berufes einen Internetzugang benötigt, und es kann nicht verlangt werden, zwei getrennte Internetzugänge zu haben. Es scheint deshalb gerechtfertigt, die Kosten für den Internetzugang durch die Spesen zu decken. Da der Internetzugang aber auch privat benutzt werden kann, sind dafür im Bedarf des Klägers keine weiteren Kosten zu berücksichtigen. Der Kläger belegt ferner neu die Kosten für ein Abonnement ... in Höhe von Fr. 165.-- monatlich. Hinzu kommen monatliche Verbindungskosten in unterschiedlicher Höhe (act. 46/6). In den Monaten März bis August 2011 betragen die Abonnement- und Verbindungskosten insgesamt durchschnittlich Fr. 182.70 monatlich. Die Rechnungen lauten auf den Kläger, als Inhaber vermerkt ist aber die Firma D. _____ AG. Es handelt sich damit ersichtlich um das Geschäfts-Natel des Klägers, dessen Kosten durch die Spesen zu decken sind. Überdies belegt der Kläger neu auch die Kosten für ein Abonnement ... in Höhe von Fr. 59.-- monatlich (act. 46/6). Dabei handelt es sich um ein Daten-Abo für den mobilen Austausch grosser Datenmengen und erlaubt, jederzeit und überall auf das Internet und die E-Mails zuzugreifen (vgl. dazu www....). Der Kläger arbeitet auch von unterwegs oder bei Kunden und dürfte daher geschäftlich auf einen Zugriff auf Daten von überall angewiesen sein, weshalb auch diese Kosten durch die Spesen zu decken sind. Insgesamt betragen damit die

durchschnittlichen Kosten für geschäftliche Kommunikation Fr. 286.70 (Fr. 45.-- + Fr. 182.70 + Fr. 59.--), welche durch die Spesenentschädigung von Fr. 290.-- zu decken sind. Der Spesenersatz ist daher nicht als Lohnbestandteil zu behandeln, zumal die Verbindungskosten noch variieren können. Gemäss einem Vertragszusatz vom 25. Januar 2012 wurde die Spesenentschädigung per 1. Januar 2012 zudem geändert (act. 64/3). Danach entfällt die Spesenentschädigung von Fr. 290.-- pro Monat. Die D._____ übernimmt – wie bisher – die Kosten für ein Monats-Generalabonnement 1. Klasse. Weitere Spesen sind gemäss Mitarbeiterhandbuch nach Aufwand abzurechnen. Der Vertragszusatz ist zwar nur vom Kläger, nicht aber von der Arbeitgeberin un-

- 12 - terzeichnet. Nachdem die Spesenentschädigung ohnehin nicht als Lohnbestandteil zu behandeln ist, kommt es darauf aber nicht entscheidend an.

E. 5.5

Auszugehen ist damit von einem tatsächlichen monatlichen Nettoeinkommen des Klägers von gerundet Fr. 7'700.-- für das Jahr 2010 und – für seine 80%-Anstellung – von gerundet Fr. 5'360.-- für das Jahr 2011. Gemäss Vertragszusatz vom 25. Januar 2012 beträgt sein Bruttoeinkommen ab 1. Januar 2012 neu Fr. 6'361.-- anstelle von Fr. 6'267.-- (act. 64/3, act. 16/1). Netto erhält der Kläger Fr. 5'376.40 ausbezahlt (act. 64/4), d.h. nur wenig mehr als im Vorjahr. Der Vorderrichter erwog, der Kläger habe sich ein hypothetisches Einkommen anrechnen zu lassen. Er hielt im Wesentlichen fest, der Kläger habe sich um eine Vollzeitstelle zu bemühen, was er unzureichend getan habe. Die Frage, weshalb sich das Arbeitspensum nicht auf 100% ausdehnen lasse, bleibe im von der Arbeitgeberin eingeholten Bericht im Grundsatz unbeantwortet. Es sei auch unwahrscheinlich, dass seine psychische Verfassung den Kläger an der Ausübung einer Vollzeittätigkeit hindere. Zusammengefasst hielt der Vorderrichter fest, im allgemeinen lasse sich feststellen, dass die Ausführungen des Klägers, weshalb eine Nebenbeschäftigung bzw. die Suche nach einer Vollzeitstelle nicht möglich sein solle, nicht zu überzeugen vermöchten. Vielmehr könne davon ausgegangen werden, dass der Kläger nicht alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen habe, um mehr zu verdienen. Es könne unter den gegebenen Umständen vom Kläger, welcher immerhin über einen Hochschulabschluss verfüge, erwartet werden, mehr als Fr. 5'600.-- pro Monat zu verdienen, weshalb die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gerechtfertigt sei. Er erachtete die Anrechnung eines Betrages von Fr. 7'000.--, entsprechend 100% des gegenwärtigen Lohns (einschliesslich Spesenentschädigung), als gerechtfertigt. Auf diese Ausführungen kann grundsätzlich – ausgenommen die Höhe des hypothetischen Einkommens, das sich ohne Spesenentschädigung gerechnet auf (gut) Fr. 6'700.-- beliefe – zustimmend verwiesen werden (act. 47 S. 10 ff., insb. S. 12 f.).

E. 5.5.1

Der Kläger erachtet es als willkürlich und unhaltbar, dass der Vorderrichter sein Verhalten analog den Feststellungen des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) in act. 28/5 werte. Aus der Sicht der Arbeitsmarktbehörde hätte er

- 13 - schlimmstenfalls sogar eine weitere Arbeitslosigkeit und baldige Fürsorgeabhängigkeit riskieren müssen. Gehe es aber um mehrfache Unterhaltspflichten, sei es die Pflicht des Betroffenen, eine drohende totale Erwerbslosigkeit zu vermeiden (act. 45 S. 5 f.). Der Vorderrichter hielt fest, rechtlich seien die Feststellungen des AWA für das Gericht nicht bindend, trügen aber ebenso wenig zur Überzeugungskraft der Ausführungen des Klägers

bei. Vielmehr deutet die Entscheidung darauf hin, dass der Kläger tatsächlich nur ungenügende Anstrengungen unternommen habe, um eine Vollzeitstelle zu finden. Da von einem Unterhaltsschuldner grundsätzlich erwartet werde, ein Arbeitspensum von 100% zu bewältigen, könne und müsse vom Kläger verlangt werden, dass er sich – neben seiner Tätigkeit bei der D._____ AG – auch um eine Vollzeitstelle mit einem Pensum von 100% bemühe (act. 47 S. 12). Dem ist zuzustimmen. Nachvollziehbar erscheint zwar, wenn der Kläger nach längerer Arbeitslosigkeit zunächst eine 80%-Stelle annahm. Dies entband ihn aber – gerade unter Berücksichtigung seiner mehrfachen Unterhaltspflichten – nicht davon, weiterhin Anstrengungen zu unternehmen, um eine Vollzeitstelle zu finden. Das hat er nicht getan.

E. 5.5.2

Der Kläger bemängelt weiter, der Vorderrichter habe zwar einen Bericht der heutigen Arbeitgeberin eingefordert, stelle aber nicht 1 zu 1 darauf ab (act. 45 S. 6). Es treffe nicht zu, dass die Arbeitgeberin die Frage, weshalb sich das Arbeitspensum des Klägers nicht auf 100 Prozent ausdehnen lasse, nicht vollständig beantwortet habe. Sie habe berichtet, in Bezug auf die dem Kläger obliegenden Aufgaben habe sie keinen höheren Bedarf als einen 80%-Einsatz. Auch die psychische Verfassung des Mitarbeiters würde kaum eine Mehrbelastung zulassen. Jedenfalls bestehe ihrerseits aktuell und bis auf Weiteres keine Möglichkeit für eine Erhöhung des Arbeitspensums. Es sei im Übrigen Sache der Arbeitgeberin, was für Stellen sie in welchem Bereich wem offeriere. Sie sei auch nicht gehalten, zu 80 Prozent angestellte Personen auf einen Posten wechseln zu lassen, für den sie andere Personen suche (act. 45 S. 6). Der Vorderrichter forderte am 27. Juni 2011 bei der D._____ AG einen Bericht zu verschiedenen Fragen an (act. 30), u.a. auch dazu, weshalb der Kläger lediglich

- 14 - zu einem 80 Prozent Pensum eingestellt sei, ob sich sein Pensum auf 100 Prozent ausdehnen lasse, ggf. weshalb nicht, und ob es für den Kläger in der Firma die Möglichkeit einer Anstellung zu 100 Prozent gäbe. Die D._____ AG antwortete wie folgt: "Entsprechend dem Anforderungsprofil und den spezifischen Ausgestaltungen der Berater/Consultant-Tätigkeit in unserer Firma hatten und haben wir lediglich Bedarf für ein 80% Pensum. Dies steht auch im Einklang mit den durch ihn betreuten Kundenprojekten. Im übrigen dürfte auch die psychische Verfassung von Herrn A._____ kaum eine Mehrbelastung zulassen. Jedenfalls besteht seitens der D._____ AG aktuell und bis auf weiteres keine Möglichkeit für eine Erhöhung des Arbeitspensums" (act. 32). Zu Recht hält der Vorderrichter fest, die Frage, weshalb sich das Arbeitspensum des Klägers nicht auf 100% ausdehnen lasse, bleibe im Grundsatz unbeantwortet (act. 47 S. 12). Die Arbeitgeberin äusserte sich nur bezogen auf die aktuelle Beschäftigung des Klägers, nicht aber zur Frage, ob es für den Kläger in der Firma die Möglichkeit einer Anstellung zu 100% geben würde. Angesichts des Vorbringens der Beklagten in der Verhandlung vom 24. Juni 2011, es seien auf der Website der Arbeitgeberin des Klägers zur Zeit drei Stellen im Informatikbereich und davon zwei als Senior Consultant, beides 100-Prozent-Anstellungsverhältnisse, ausgeschrieben (Prot. I S. 35), was belegt ist (act. 29/1), erscheint die Antwort der D._____ AG als ausweichend oder jedenfalls als wenig umfassend und konkret. Was den Hinweis der Arbeitgeberin auf die psychische Verfassung des Klägers betrifft, erfolgt diese nur am Rande und im Konjunktiv ("dürfte kaum"); es scheint sich dabei nicht um eine eigene Feststellung der Arbeitgeberin zu halten, sondern um eine blosser Mutmassung. Zu Recht erachtet der Vorderrichter eine solche Aussage einer

Arbeitgeberin als seltsam und hält fest, dass wer in der Lage sei, 80% zu arbeiten, aller Wahrscheinlichkeit nach auch in der Lage sei, einer Vollzeittätigkeit nachzugehen. Zwar ist die Arbeitgeberin, wie der Kläger zu Recht festhält, nicht verpflichtet, ihm eine Vollzeitstelle anzubieten. Dies entbindet ihn aber nicht von weiteren Suchbemühungen. Wie die Beklagte vor Vorinstanz zutreffend dargetan hat, boomt die Informatik-Branche, und zeigt ein Blick auf die einschlägigen Stellenportale, dass unzählige Stellenangebote für eine Vollzeitbeschäftigung bestehen.

- 15 -

E. 5.5.3

Der Kläger moniert weiter, zwar anerkenne das Einzelgericht, dass es für den Kläger, unter Berücksichtigung des Konkurrenzverbotes, "schwierig sein" dürfte, "eine Teilzeitstelle in seinem Spezialisierungsgebiet" zu finden. Trotzdem mute es ihm zu, eine solche Stelle zu finden. Auch die Suche nach einer anderen Stelle mute es ihm zu. Da der Kläger offensichtlich für die Arbeitgeberin schon auffällig und wie ihr bekannt, erheblich psychisch krank sei, käme der Versuch eines Stellenwechsels der Provokation einer Kündigung gleich (act. 45 S. 6 f.). Es trifft nicht zu, dass der Vorderrichter dem Kläger zumutet, eine Teilzeitstelle zu 20% zu finden. Vielmehr geht er davon aus, dass das tatsächlich auf dem Spezialisierungsgebiet des Klägers nicht möglich sei (act. 47 S. 11). Von einer Teilzeitstelle auf einem anderen Gebiet ist nirgends die Rede. Hingegen hält er zu Recht fest, dies entbinde den Kläger nicht von der Pflicht, eine Vollzeitstelle zu suchen, zumal ihm hierfür ein ganzer Arbeitstag zur Verfügung stehe (und mithin die Arbeit bei der heutigen Arbeitgeberin nicht beeinträchtigt wird). Es leuchte auch nicht ein, weshalb die D. _____ AG mit einem solchen Vorgehen einverstanden sein müsste, da es das gute Recht eines jeden Arbeitnehmers sei, sich nach neuen Stellen umzusehen (act. 47 S. 11 und 12). Inwiefern die Stellensuche am freien Arbeitstag der Provokation einer Kündigung gleichkommen sollte, ist nicht ersichtlich, zumal, wie bereits ausgeführt, die psychische Verfassung des Klägers jedenfalls im Rahmen der 80%-Anstellung kein Problem für die Arbeitgeberin darstellt. Soweit der Kläger neu den CEO und den COO der Arbeitgeberin als Zeugen offeriert (act. 45 S. 7), ist schon nicht ersichtlich, was genau sie bezeugen sollen. Sollten sie, wie vermutet werden könnte, angerufen sein, um zu bezeugen, dass die Suche eines ergänzenden 20 Prozent-Erwerbs nicht nur schwierig, sondern aussichtslos sei, erübrigt sich eine Zeugeneinvernahme mangels Relevanz der Behauptung.

E. 5.5.4

Der Kläger beanstandet sodann die Erwägung des Vorderrichters, dass es unwahrscheinlich sei, dass der Kläger aufgrund seines psychischen Zustandes nur zu 80 Prozent arbeiten könne, dies unter Einlegung eines Arztzeugnisses, wonach er seit 2010 wegen rezidivierenden depressiven Störungen (ICD-10 F33.11) in Behandlung stehe und aus ärztlicher Sicht nur zu 80% arbeitsfähig sei.

- 16 - Schon an der Verhandlung vom 24. Juni 2011 habe er um Beizug eines Berichtes der Ärztin ersucht. Er erneuert diesen Antrag unter Hinweis darauf, dass die handelnde Ärztin nach voraussichtlicher Dauer der Krankheit und der Dauer der mit ihr verbundenen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu einem Bericht aufgefordert werden könne, diese ihn aber voraussichtlich verweigern werde, da solche Berichterstattungen des behandelnden Arztes die Behandlung erheblich beeinträchtigen und gefährden könnten. Er offeriert zudem die Anordnung einer amtsärztlichen Untersuchung (act. 45 S. 7). Der Kläger hat

vor Vorinstanz nie behauptet, aus gesundheitlichen Gründen nur zu 80 Prozent arbeitsfähig zu sein. Die Abänderungsklage leitete er zunächst nur mit Bezug auf die Unterhaltsbeiträge an die Beklagte ein, weil er seit längerem arbeitslos sei und damit über ein verringertes Einkommen verfüge (act. 1). Erst mit Eingabe vom 15. September 2010 beantragte er auch die Herabsetzung des Kinderunterhaltsbeitrages und führte aus, angesichts der Vorschriften der Arbeitslosenversicherung habe er die einzige ihm schliesslich real angebotene Stelle annehmen müssen, obwohl diese nur einen Arbeitsumfang von 80 Prozent aufweise (act. 12 S. 2). Gleich argumentierte er anlässlich der Hauptverhandlung vom

E. 5.5.5

Soweit der Kläger wiederholt geltend macht, die Erwerbsminderung auf das heutige Einkommen sei aller Voraussicht nach dauernd (act. 45 S. 7 f.), wurde bereits erwogen, dass der Suche einer Vollzeitstelle nichts im Wege steht. Selbst wenn die geltend gemachte psychische Erkrankung auch bei fachgerechter Behandlung bestehen bliebe und erschwerend hinzu käme, kann daraus nicht abge-

- 19 - leitet werden, dass es dem Kläger bei genügenden Suchbemühungen nicht möglich war und wäre, eine Vollzeitstelle zu finden.

E. 5.6

Es bleibt damit dabei, dass die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gerechtfertigt erscheint. Rechnet man den gegenwärtigen Monatslohn ohne Spesenentschädigung auf 100 % hoch, so ergibt sich ein Nettoeinkommen von (gut) Fr. 6'700.--. Davon ist auszugehen. 6. Bedarf des Klägers 6.1. Den Bedarf des Klägers bezifferte der Vorderrichter mit Fr. 2'900.-- (act. 47 S. 13 ff.) wie folgt: Grundbetrag Fr. 850.-- Mietzinsanteil Fr. 1'100.-- Telefon/Radio/TV/Internet Fr. 200.-- Hausrat- und Haftpflichtversicherung Fr. 40.-- Krankenkasse Fr. 293.-- Auswärtige Verpflegung Fr. 210.-- Steuern Fr. 200.-- Total Fr. 2'893.-- massgebend Fr. 2'900.-- Auf die einzelnen Positionen ist nachfolgend einzugehen. 6.2. Der Grundbetrag von Fr. 850.-- wie auch der Mietzinsanteil von Fr. 1'100.-- sind unbestritten. 6.3. In den Kosten für Telefon/Radio/TV/Internet ist – wie bereits erwogen – ein Mehrbetrag von Fr. 50.-- für die berufliche Tätigkeit enthalten. Werden die beruflichen Aufwendungen durch die Spesen gedeckt, entfällt dieser Mehrbetrag. Der Kläger möchte demgemäss den Betrag von Fr. 150.-- berücksichtigen (act. 45 S. 9). Gemäss den schweizerischen Richtlinien und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind indes Kommunikationskosten, wie Radio-, Fernseh- und Telefongebühren sowie Kosten im Zusammenhang mit einem Internetzugang - 20 - bereits im Grundbetrag enthalten und können nicht zusätzlich berücksichtigt werden (BGE 126 III 353, E. 1.a)aa) S. 357). Das betriebsrechtliche Existenzminimum wird, wenn es um Kinderunterhaltsbeiträge geht, nur bei dafür ausreichenden finanziellen Verhältnissen um gewisse Beträge erhöht. Die Nichtberücksichtigung dieser Position rechtfertigt sich aber auch deshalb, weil die durch die Spesen abgedeckten Kommunikationskosten auch eine private Nutzung erlauben (Internet, Natel) und die Kosten für Radio/TV pro Haushalt anfallen und vom Kläger ohnehin höchstens anteilmässig zu tragen und mit den von ihm getragenen Kosten etwa für Internet zu verrechnen wären. 6.4. Die Hausrat- und Haftpflichtversicherung möchte die Beklagte, im Gegensatz zum Kläger (act. 45 S. 10), nur im Umfang von Fr. 20.-- berücksichtigen. Andernfalls verlangt sie, der Kläger sei aufzufordern, die behauptete eigene Versicherungspolice seiner Lebenspartnerin vorzulegen (act. 58 S. 9). Der Betrag von gerundet

Fr. 40.-- pro Monat ist mit der auf den Kläger allein als Versicherungsnehmer lautenden Versicherungspolice belegt (act. 16/14 und act. 28/9). Dass auch der Hausrat der Lebenspartnerin bzw. von ihr verursachte Drittschäden versichert wären, lässt sich, wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat (act. 47 S. 14), den Akten nicht entnehmen. Allerdings liegt die Versicherungspolice nicht in vollständiger Kopie bei den Akten. Während es sich bei act. 16/14 nur um das Deckblatt handelt, ist in act. 28/9 die Seite 4 blank, weshalb nicht zuverlässig beurteilt werden kann, welche Leistungen eingeschlossen sind. Nachdem die Versicherung per 1. Juli 2009 neu abgeschlossen wurde, kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch die Lebenspartnerin des Klägers mit eingeschlossen sein könnte, wie die Beklagte geltend macht (vorher betrug die Prämie denn auch nur Fr. 26.-- pro Monat, vgl. act. 15 S. 5). Auch im Rahmen des Pfändungsvollzugs wurden durch das Betreibungsamt nur noch Fr. 20.-- anerkannt (vgl. act. 64/6 bzw. act. 28/7 gegenüber act. 16/4), was auf eine bloss hälftige Kostentragung durch den Kläger hinweist. Es sind daher unter dieser Position nur Fr. 20.-- im Bedarf zu berücksichtigen. 6.5. Die Kosten der Krankenkasse von Fr. 293.-- monatlich sind unbestritten (act. 45 S. 9 und act. 58 S. 9) und vom Kläger belegt (act. 46/3+4). Zwar ist ge-

- 21 - mäss Versicherungsausweis für das Jahr 2012 (act. 46/3) auch eine Unfalldeckung enthalten, die der Kläger aber selber zu Recht unberücksichtigt lässt, nachdem er ja bereits über seine Arbeitgeberin auch für Nichtbetriebsunfälle (NBU) versichert ist. Per 1. Mai 2012 wurde die Monatsprämie für die KVG-Leistungen erhöht (vgl. act. 64/5). Anstelle von Fr. 373.-- (ohne Unfalldeckung) beträgt sie nunmehr Fr. 395.40. Abzüglich der Umweltabgabe von Fr. 3.50 und der Prämienverbilligung von Fr. 76.-- verbleiben gerundet Fr. 316.--, welche ab 1. Mai 2012 in die Bedarfsrechnung einzusetzen sind. 6.6. An den Kosten für auswärtige Verpflegung hält der Kläger auch ausgehend von einer 80 Prozent-Tätigkeit fest, wobei er sich bei seinem Antrag, dafür Fr. 200.-- (anstatt Fr. 210.--) einzusetzen, behaften lasse (act. 45 S. 9 f.). Die Beklagte hält, ausgehend von einer Vollzeitstelle, einen Betrag von max. Fr. 100.-- als gerechtfertigt. Der Kläger habe nicht annähernd substantiiert vorgebracht, wie oft er sich auswärts verpflegen müsse und dabei keine Kantine in Anspruch nehmen könne. Mit den vor Vorinstanz eingesetzten Fr. 210.-- liege man beim Maximalbetrag, welcher angesichts der Umstände (Arbeitsort ..., Kantinenverpflegung etc.) gerade nicht angezeigt sei (act. 58 S. 9). Wie schon die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (act. 47 S. 16), werden mit dem Grundbetrag ebenfalls die Verpflegungskosten abgedeckt und ist der Zuschlag für die Deckung von anfallenden Mehrkosten bestimmt. Will der Unterhaltspflichtige den Zuschlag für die auswärtige Verpflegung beanspruchen, hat er darzutun und nachzuweisen, dass er auf auswärtige Verpflegung angewiesen ist und dass ihm entsprechende Mehrkosten erwachsen. Der Kläger macht zwar geltend, dass er zu mindestens 70 Prozent bei Kunden schweizweit arbeite und pro Woche mindestens einmal in G._____ im Einsatz sei (act. 27 S. 7). Dass der Kläger einen Grossteil seiner Arbeitszeit ausserhalb seines vertraglichen Arbeitsortes ... verbringt, wie die Vorinstanz erwogen hat (act. 47 S. 16 f.), bestreitet die Beklagte im Berufungsverfahren nicht. Es trifft aber zu, dass nie dargetan worden ist, wie häufig das konkret der Fall ist. Der Kläger hat sodann bestätigt, dass er zum Teil in Kantinen essen kann, nicht jedoch in G._____ (Prot. I S. 43). Es ist auch gerichtsnotorisch, dass das Essen in Arbeitgeberkantinen günstig ist und die im

- 22 - Grundbetrag enthaltenen Verpflegungskosten nicht oder nur geringfügig übersteigt. Mangels konkreter Behauptungen durch den Kläger rechtfertigt sich bei der geschilderten

Ausgangslage, im Rahmen einer Vollzeitstelle nur die von der Beklagten anerkannten Fr. 100.-- als Zuschlag für auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen. 6.7. Nicht berücksichtigt hat der Vorderrichter die Position Kleider-Mehraufwand in Höhe von Fr. 50.-- monatlich (act. 47 S. 18 f.), was vom Kläger beanstandet wird (act. 45 S. 10). Nicht ersichtlich ist, was an den Ausführungen der Vorinstanz verwunderlich sein soll, und auch deren Auffassung, dass das Gericht im Abänderungsverfahren betreffend Unterhaltsbeiträge keineswegs an Entscheide des Beitreibungsamtes betreffend das Existenzminimum gebunden sei, ist entgegen der Ansicht des Klägers (act. 45 S. 10) nicht zu beanstanden. Absolut unrealistisch und unglaublich erscheint, dass der Kläger die Hose täglich chemisch reinigen lasse, was rund Fr. 10.-- koste (act. 45 S. 10). Wäre dem tatsächlich so, wäre ihm entgegenzuhalten, dass das völlig unnötig ist und wären solche Kosten ohnehin nicht zu berücksichtigen. Das tägliche Bügeln des Anzuges wie auch das tägliche Waschen und Bügeln von Hemden verursacht zwar Aufwand, aber keine massgeblichen Kosten, die nicht vom Grundbedarf gedeckt wären. Hingegen dürfte ein tägliches Waschen und Bügeln sowie eine gelegentliche chemische Reinigung tatsächlich zu einer rascheren Abnutzung der Kleider führen, die den Ersatz von Hemden und Anzügen in rascherer Kadenz als üblich erfordert. Nachdem der Kläger dazu keine konkreten Behauptungen macht, rechtfertigt es sich, im Zusammenhang mit einem überdurchschnittlichen Kleiderverbrauch Mehrkosten im mittleren Betrag von Fr. 30.-- pro Monat (vgl. dazu das Kreisschreiben Ziff. III./3.3) im Bedarf des Klägers zu berücksichtigen. 6.8. Schliesslich hat der Vorderrichter im Bedarf des Klägers, obwohl es sich um einen Mankofall handle, pro Monat auch Fr. 200.-- für laufende Steuern berücksichtigt, weil dem Kläger nach Abzug aller anderen Positionen und aller von ihm bisher zu leistenden Unterhaltsbeiträge von seinem hypothetischen Einkommen Fr. 200.-- verbleiben würden (act. 47 S. 17 f.). Der Kläger hält dafür, sofern die Beklagte ein etwas erhöhtes Minimum an Erwerbsarbeit erbringe, bestehe auch

- 23 - bei Gutheissung seiner Anträge kein Manko, weshalb auch die Berücksichtigung der Steuern gerechtfertigt sei (act. 45 S. 10). Die Beklagte hält dafür, angesichts der knappen Verhältnisse seien diese ausser Acht zu lassen, soweit man von einem Abänderungsanspruch des Klägers ausgehen würde (act. 58 S. 10). Bei knappen finanziellen Verhältnissen darf die Steuerlast im Grundbedarf grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (vgl. Ziff. VI des Kreisschreibens mit Hinweisen und insbesondere BGE 127 III 289, 292 sowie Urteil 5C.282/2002 vom 27. März 2003, Erw. 2.1). Davon geht sinngemäss auch der Kläger aus. Unbehelflich ist seine Argumentation, sofern die Beklagte ein etwas erhöhtes Minimum an Erwerbsarbeit erbringe, bestehe kein Manko. Die Abänderungsklage bezweckt keine Revision des Scheidungsurteils (BGE 131 III 189 E. 2.7.4 S. 199). Es ist somit nicht zu prüfen, welcher Unterhaltsbeitrag auf Grund der aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse als angemessen erschiene. Ausgangspunkt bildet vielmehr das Scheidungsurteil, das massgebend dafür ist, welche Lebenshaltung der Bemessung des Unterhaltsbeitrags zugrunde gelegen hat. Daran ist der Abänderungsrichter gebunden, selbst wenn sich die Annahmen des Scheidungsrichters im Nachhinein als unrichtig erweisen sollten. Dieser im Scheidungszeitpunkt gegebenen Lebensstellung hat das Abänderungsgericht die aktuelle gegenüberzustellen und zu prüfen, ob und in welchem Umfang sich die wirtschaftlichen Verhältnisse erheblich, dauernd und unvorhersehbar verändert haben (BGer 5C.197/2003 vom 30. April 2004, E. 2.1; BGer 5C.112/2005 vom 4. August 2005, E. 3.1.4). Im Scheidungszeitpunkt erzielte die Beklagte kein Einkommen. Ihr gebührender Unterhalt war nicht gedeckt. Eine Reduktion der

Unterhaltsbeiträge an die Klägerin wurde für den Fall vorgesehen, dass sie ein jährliches Nettoerwerbseinkommen von mehr als Fr. 18'000.-- erzielt (act. 3 = act. 38/36: Scheidungsurteil vom 4. Februar 2003, Dispositiv-Ziff. 5). Gemäss Abänderungsurteil vom 27. Februar 2007 sollten sich die herabgesetzten Unterhaltsbeiträge um die Hälfte des Fr. 3'000.-- pro Monat übersteigenden Nettoeinkommens oder Ersatzeinkommens der Beklagten des Vorjahres reduzieren (act. 4, Dispo.Ziff. 2). Die Beklagte erzielt kein solches Einkommen (vgl. nachstehend Ziff. 7). Der Kläger kann nicht verlangen, dass die Beklagte mehr arbeiten muss, damit kein Man-

- 24 - ko entstehe. Dementsprechend ist ein Betrag für Steuern im Notbedarf nicht zu berücksichtigen. 6.9. Zu Recht hat der Vorderrichter den vom Kläger seiner Tochter I. _____ aus zweiter Ehe geschuldeten monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'100.-- nicht in seinem Bedarf berücksichtigt. Es kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 47 S. 19 f.). Was der Kläger dagegen vorträgt, ist nicht stichhaltig. Es trifft zwar zu (act. 45 S. 10), dass die Kinder aus beiden Ehen des Klägers gleich zu behandeln sind. Gerade um eine Ungleichbehandlung zu verhindern, ist bei der Berechnung des Unterhalts für das eine Kind der Unterhalt für das andere Kind im Bedarf des Rentenschuldners nicht zu berücksichtigen. Entgegen der Behauptung des Klägers wurde ferner das von der Vorinstanz herangezogene Urteil des Bundesgerichts 5A_272/2010 vom 30. November 2010 E. 4.2.2. und 4.2.3 in die amtliche Sammlung aufgenommen (vgl. BGE 137 III 59, E. 4.2.2 und 4.2.3). Dass sich das Urteil nicht wirklich auf einen analogen Fall beziehe (act. 45 S. 10), ist unerheblich; die Grundsätze treffen ausdrücklich in gleicher Weise zu, wenn, wie vorliegend, die Gleichbehandlung der älteren Kinder aus der ersten Ehe mit den jüngeren Halbgeschwistern aus der zweiten Ehe desselben Vaters in Frage steht (BGE 137 III 59, Erw. 4.2.4 mit Hinweis). 6.10. Zusammenfassend ist von folgendem Notbedarf des Klägers auszugehen: Grundbetrag Fr. 850.-- Mietzinsanteil Fr. 1'100.-- Telefon/Radio/TV/Internet Fr. --- Hausrat- und Haftpflichtversicherung Fr. 20.-- Krankenkasse Fr. 293-- Auswärtige Verpflegung Fr. 100.-- Mehrkosten Kleiderverbrauch Fr. 30.-- Steuern Fr. --- Total Fr. 2'393.-- massgebend Fr. 2'400.--

- 25 - Aufgrund der Erhöhung der Krankenkassenprämie auf Fr. 316.-- beträgt der massgebende Bedarf ab Mai 2012 gerundet Fr. 2'420.--. 7. Einkommen und Bedarf der Beklagten 7.1. Was den Bedarf der Beklagten betrifft, ist der Vorderrichter von den Zahlen gemäss Abänderungsentscheid aus dem Jahre 2007 ausgegangen, wonach sich ihr Existenzminimum auf Fr. 5'365.-- beläuft. Das Einkommen der Beklagten bezifferte er auf Fr. 535.-- pro Monat (act 47 S. 21). Dies blieb unbestritten. Der Kläger beanstandet einzig das Nichteingehen des Einzelgerichts auf seinen Einwand, dass die Beklagte keinem ins Gewicht fallenden Erwerb nachgehe (act. 45 S. 4). Er habe darauf aufmerksam gemacht, dass die Beklagte längst einer ausgedehnten Erwerbstätigkeit nachgehen könnte und müsste (act. 45 S. 11). 7.2. Der Abänderung der Unterhaltsrente liegt regelmässig eine erhebliche und dauernde Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zumindest eines der Beteiligten zugrunde. Hingegen ist das Abänderungsverfahren, wie bereits vorstehend in Ziff. 6.8 festgehalten, keine Revision und ermöglicht keine umfassende Neubeurteilung der Rechtslage. Obwohl sich infolge der Notwendigkeit, die (veränderten) wirtschaftlichen Verhältnisse zu würdigen, im Abänderungsverfahren oftmals dieselben Fragen stellen, welche bereits im ursprünglichen Entscheid zu beantworten waren, dürfen nur gerade die veränderten Tatsachen und ihre voraussichtliche Weiterentwicklung, nicht

aber die gerichtlichen Feststellungen und Wertungen des früheren Prozesses neu beurteilt werden (Spycher/Hausheer, Handbuch des Unterhaltsrechts, S. 595, Rz 09.14). Im Scheidungszeitpunkt erzielte die Beklagte – wie bereits ausgeführt – kein Einkommen. Ihr gebührender Unterhalt war nicht gedeckt. Eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge an die Klägerin wurde für den Fall vorgesehen, dass sie ein jährliches Nettoerwerbseinkommen von mehr als Fr. 18'000.-- erzielt (act. 3 = act. 38/36: Scheidungsurteil vom 4. Februar 2003, Dispositiv-Ziff. 5). Im ersten Abänderungsverfahren erzielte die Beklagte immer noch kein Einkommen und es war ihr gebührender Unterhalt weiterhin nicht gedeckt. Gemäss Abänderungsurteil vom 27. Februar 2007 sollten

- 26 - sich die herabgesetzten Unterhaltsbeiträge um die Hälfte des Fr. 3'000.-- pro Monat übersteigenden Nettoeinkommens oder Ersatzeinkommens der Beklagten des Vorjahres reduzieren (vgl. act. 4, Dispo.Ziff. 2). Diese Voraussetzungen für eine Reduktion sind zur Zeit unbestritten nicht gegeben. Der Kläger kann darüber hinaus nicht verlangen, dass die Beklagte mehr arbeiten müsse. Da weder im Scheidungsurteil noch im Abänderungsurteil eine den gebührenden Bedarf deckende Rente an die Beklagte festgesetzt werden konnte, könnte eine Verbesserung ihrer Verhältnisse ohnehin nicht (Art. 129 Abs. 1 ZGB) bzw. nur im in den Entscheiden vorgesehenen Umfang berücksichtigt werden.

E. 8

Unterhaltsbeiträge

E. 8.1

Es ist damit von folgenden Faktoren auszugehen: Einkommen: Kläger hypothetisch (100 %-Pensum) Fr. 6'700.-- Beklagte Fr. 535.-- Total Fr. 7'235.-- Anzufügen bleibt, dass das effektive Nettoeinkommen des Klägers im Jahre 2010 (inkl. Arbeitslosentaggelder) noch Fr. 7'693.-- monatlich betrug. Existenzminimum: Kläger Fr. 2'400.-- / 2'420.-- Beklagte Fr. 5'365.-- Total Fr. 7'765.-- / 7'785.-- Es resultiert ein Manko von Fr. 530.-- / Fr. 550.-- (bzw. bezogen auf das effektive Einkommen im Jahre 2010 von Fr. 72.--), weshalb die Leistungsfähigkeit des Klägers zu ermitteln ist. Diese beträgt Fr. 4'300.--, ab Mai 2012 Fr. 4'280.-- (bzw. bezogen auf das effektive Einkommen im Jahre 2010 Fr. 5'293.--).

E. 8.2

Die bisherigen Unterhaltsbeiträge an die Beklagte (Fr. 1'700.--), den gemeinsamen Sohn C._____ (Fr. 1'300.--) und die Tochter I._____ aus zweiter Ehe

- 27 - (Fr. 1'100.--) betragen insgesamt Fr. 4'100.--. Der Kläger ist damit in der Lage, die gemäss Abänderungsurteil vom 27. Februar 2007 geschuldeten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Er wäre sogar in der Lage, seiner Tochter ebenfalls einen Unterhaltsbeitrag von (nahezu) Fr. 1'300.-- zu bezahlen. Der Vorderrichter hat die Abänderungsklage daher zu Recht abgewiesen.

E. 9

Anweisung an den Schuldner

E. 9.1

Der Kläger ist mit der Schuldneranweisung in Bezug auf den Kinderunterhaltsbeitrag ausdrücklich einverstanden (act. 45 S. 11). Schon vor Vorinstanz anerkannte er die Widerklage hinsichtlich des Kinderunterhaltsbeitrages im Umfang von Fr. 1'100.-- (act. 27 S. 11). Hingegen bestreitet er ein Verschulden an der (teilweisen) Nichterbringung des

nachehelichen Unterhaltsbeitrages an die Beklagte. Er habe stets geleistet, was er im Rahmen des Notbedarfs leisten können (act. 45 S. 11). Insoweit sei die Widerklage abzuweisen.

E. 9.2

Bezüglich der Voraussetzungen für die Anordnung einer Anweisung kann auf Art. 132 Abs. 1 ZGB (und Art. 291 ZGB) sowie auf die zutreffenden Ausführungen des Vorderrichters verwiesen werden (act. 47 S. 23 f.). Ein Verschulden ist nicht vorausgesetzt, doch muss die Pflichtvergessenheit eine gewisse Schwere aufweisen. Zusätzlich muss befürchtet werden, der Unterhalt werde auch künftig nicht oder nur unpünktlich bezahlt. Eine Vernachlässigung der Unterhaltspflicht liegt bereits dann vor, wenn der Unterhaltsbeitrag wiederholt nicht vollständig und/oder unpünktlich bezahlt wird und zu befürchten ist, dass dies auch in Zukunft geschehen wird (THOMAS SUTTER/DIETER FREIBURGHHAUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, Art. 132 N 7).

E. 9.3

Der Vorderrichter hat erwogen, es liege mit dem Abänderungsurteil vom 27. Februar 2007 ein vollstreckbarer Rechtstitel vor, zumal auch die vorliegende Abänderungsklage abgewiesen werden. Es bestünden ferner keine Zweifel daran, dass der Kläger seine Unterhaltspflicht vernachlässigt habe. Es sei bereits ein Verfahren bezüglich Schuldneranweisung geführt worden, welches als gegenstandslos abgeschrieben worden sei. In den betreffenden Entscheiden des Bezirks- und Obergerichts sei indes detailliert umschrieben, inwieweit der Kläger

- 28 - seine Zahlungspflicht vernachlässigt habe. (act. 47 S. 24 f. i.V. mit S. 5 f. und act. 17/1-2). Auch beim eingereichten Zahlungsbeleg für den November 2010 (act. 16/7) falle auf, dass kein einziger Unterhaltsbeitrag im vollen Umfang bezahlt worden sei (act. 47 S. 24). Aufgrund seiner Äusserungen sei zudem davon auszugehen, dass der Kläger die von ihm geschuldeten Unterhaltsbeiträge weiterhin nur in reduziertem Umfang bezahlen werde (act. 47 S. 25).

E. 9.4

Der Kläger wendet ein, dass kein einziger Unterhaltsbeitrag vollumfänglich bezahlt worden sei, ergebe weder ein schuldhaftes Verhalten noch einen Hinweis auf die Gefahr dauerhafter Mangelzahlung. Seit dem Beginn der Arbeitslosigkeit hätten ihm die Mittel für eine volle Zahlung nicht zur Verfügung gestanden. Die von ihm beantragten Verpflichtungen könne er aber erfüllen. Unzulässig seien die Hinweise auf die Entscheide von Bezirks- und Obergericht in act. 17/1-2. Das Kassationsgericht habe diese aufgehoben (act. 45 S. 11).

E. 9.5

Es trifft zu, dass das Kassationsgericht den Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 11. Juni 2010 in Gutheissung der Beschwerde aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen hat (act. 20 Dispo.-Ziff. 1). Allerdings wurden in diesem Beschluss jene Erwägungen nicht beanstandet, welche feststellten, in welchem Umfang der Kläger seine Unterhaltsbeiträge an die Beklagte und seinen Sohn nicht geleistet hat. Unter Verweis auf die Tabelle auf S. 11 im angefochtenen Entscheid (vgl. vorliegend act. 17/2 S. 11 f.) hielt das Kassationsgericht fest, dass der Kläger von April 2009 bis Januar 2010 (zehn Monate) Unterhaltszahlungen im Umfang von Fr. 7'828.-- für die Beklagte und Fr. 12'724.-- für

Sohn C._____, total also Fr. 20'552.-- geleistet habe, währenddem jedoch Fr. 31'800.-- (Fr. 18'020.-- für die Beklagte und Fr. 13'780.-- für C._____) zu leisten gewesen wären. Somit habe er in diesen zehn Monaten Fr. 11'248.-- zu wenig geleistet (act. 20 S. 20). Mit den Beilagen zur nachgereichten Steuererklärung 2010 (act. 64/1) legte der Kläger sodann eine eigene Liste der Zahlungen von Unterhaltsbeiträgen an die Kinder und die Ex-Ehefrauen samt Zahlungsbelegen ins Recht. Danach leistete er im Jahre 2010 folgende Unterhaltsbeiträge an die Be- klagte:

- 29 - 14.01.2010 Fr. 314.95 (für Dezember 2009) 20.01.2010 Fr. 1'126.70 (für Januar 2010) 05.03.2010 Fr. 655.80 (für Februar 2010) 23.03.2010 Fr. 300.40 (für März 2010) 16.04.2010 Fr. 1'196.55 (für April 2010) 11.05.2010 Fr. 1'283.10 (für Mai 2010) 08.06.2010 Fr. 887.70 (für Juni 2010) 09.07.2010 Fr. 1'201.35 (für Juli 2010) 09.08.2010 Fr. 1'183.45 (für August 2010) 08.09.2010 Fr. 400.00 (für September 2010) 29.10.2010 Fr. 200.00 (für November 2010) 01.12.2010 Fr. 200.00 (für Dezember 2010) 29.12.2010 Fr. 100.00 (für Januar 2011) Insgesamt leistete der Kläger damit für das Jahr 2010 Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'735.05 an die Beklagte, anstelle von Fr. 21'624.-- (12 x Fr. 1'802.-- = UB gemäss Abänderungsurteil indexiert). Die Unterhaltsbeiträge wurden damit wiederholt unvollständig und immer unpünktlich bezahlt; für Oktober 2010 erfolgte überhaupt keine Zahlung. Selbst wenn man nur den Zeitraum vor der beantragten Abänderung (d.h. Januar bis Juli 2010) berücksichtigt (davon ausgehend, nach Ansicht des Klägers sei ab diesem Zeitpunkt nichts mehr oder zumindest weniger zu leisten gewesen), ergibt sich kein anderes Bild. Anstelle von geschuldeten Fr. 12'614.-- leistete der Kläger in diesem Zeitraum in gänzlich unterschiedlichen Beträgen und unpünktlich Fr. 6'651.60. Den gemäss Abänderungsurteil geschuldeten Betrag hat er jedenfalls seit April 2009 nie geleistet. Dass sich die Situation im Jahre 2011 geändert hätte, behauptet er selber nicht. Damit kann festgestellt werden, dass der Kläger die Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten in erheblichem Umfang und über geraume Zeit nicht erfüllt hat. Die Gründe dafür sind unerheblich, und es kommt nicht auf ein Verschulden an, weshalb eine Vernachlässigung zu bejahen ist. Ebenso wenig zu beanstanden ist, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, es müsse zudem befürchtet werden, dass der Kläger auch in Zukunft seine Unterhaltspflicht vernachlässigen werde. Zutreffend folgert sie, dass der Kläger aufgrund seiner Äusserungen wohl davon ausgeht, dass er die Unterhaltsbeiträge nicht bezahlen können wird, falls er mit seinen Begehren nicht durchdringt. Auch im Berufungsverfahren hält er daran fest, dass er die Unter-

- 30 - haltsbeiträge (nur) dann bezahlen können wird, wenn sie seinen beantragten Begehren entsprechen, wobei er eine Aufhebung der nahehelichen Unterhaltsbeiträge an die Beklagte fordert. Da seinen Begehren nicht entsprochen wird, muss angenommen werden, dass er die geschuldeten Unterhaltsbeiträge auch weiterhin nur in einem reduzierten Umfang bezahlen wird.

E. 9.6

Sind die Voraussetzungen für eine Anweisung somit erfüllt, ist die Anordnung der Vorinstanz zu bestätigen.

E. 10

Ergebnis Die Berufung erweist sich insgesamt als unbegründet und der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen.

E. 11

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 11.1

Ausgangsgemäss ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen (Dispositiv-Ziff. 3-5), und hat der Kläger auch die Prozesskosten für das Berufungsverfahren zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese umfassen die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Bei der Festsetzung ist auch im Berufungsverfahren von einem Streitwert von ca. Fr. 194'000.-- (vgl. zur Berechnung das angefochtene Urteil act. 47 S. 27) auszugehen.

E. 11.2

Die Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 sowie § 4 Abs. 1-3 GebV OG auf Fr. 4'500.-- anzusetzen, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aber einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

E. 11.3

Überdies erscheint eine Parteientschädigung für das Rechtsmittelverfahren von Fr. 4'000.-- als angemessen (§ 13 Abs. 1 und 2 i.V. mit § 4 Abs. 1-3 und § 11 Abs. 1 AnwGebVO). Der Ersatz der Mehrwertsteuer wurde verlangt, weshalb ein solcher zuzusprechen ist (vgl. act. 58 S. 2). Da die Parteientschädigung angesichts der finanziellen Lage des Klägers von diesem voraussichtlich nicht ein-

- 31 - bringlich sein wird, ist sie Rechtsanwalt lic.iur. Y._____ direkt aus der Gerichtskasse auszubehalten; der Anspruch geht mit der Zahlung auf die Gerichtskasse über (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Es wird erkannt: 1. Die Klage wird abgewiesen. 2. In Gutheissung der Widerklage wird die Arbeitgeberin des Klägers, die D._____ AG, ... [Adresse], angewiesen, ab Erhalt dieses Urteilsauszuges vom jeweiligen monatlichen Gehalt des Klägers A._____ den Betrag von Fr. 3'000.-- direkt auf das Konto der Beklagten B._____ bei der E._____ (IBAN CH...) zu überweisen, unter Androhung doppelter Zahlungspflicht im Unterlassungsfalle. Diese Anweisung gilt solange, als der Kläger von der D._____ AG ein Salär erhält oder kein anderslautender gerichtlicher Entscheid ergeht. 3. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffer 3-5) wird bestätigt. 4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'500.-- und dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 5. Der Kläger wird verpflichtet, dem Rechtsvertreter der Beklagten, Rechtsanwalt lic. iur Y._____, eine Parteientschädigung von Fr. 4'320.-- (inkl. MWST) zu bezahlen. Die Parteientschädigung wird Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ direkt aus der Gerichtskasse ausbezahlt; der Anspruch geht auf die Gerichtskasse über. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur und an die Obergerichtskasse,

- 32 - sowie hinsichtlich Urteilsdispositiv Ziffer 2, 6 und 7 an die D._____ AG, ... [Adresse], je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück. 7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 194'000.--. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. K. Wili versandt am:

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