

ZH_OBERGERICHT LC130024 vom 2. April 2014

ZH Obergericht, 2014-04-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC130024

FR: ZH_OBERGERICHT LC130024 du 2 avril 2014

IT: ZH_OBERGERICHT LC130024 del 2 aprile 2014

Erwägungen

E. 1

Die Klage wurde am 18. Juli 2011 vor Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 1). Das Rechtsbegehren Ziff. 2 wurde im Laufe des Verfahrens zurückgezogen (Urk. 47). Für den weiteren Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann auf das angefochtene Urteil vom 8. März 2013 verwiesen werden (Urk. 87 S. 3 f.). Gegen dieses Urteil hat der Kläger mit Eingabe vom 2. Mai 2013 rechtzeitig Berufung eingelegt (Urk. 86). Die Berufungsantwort datiert vom 17. Juni 2013 (Urk. 94). Die Beklagte hat Anschlussberufung erhoben. Mit Beschluss vom 25. Juni 2013 wurde dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (Urk. 96). Am 29. August 2013 ging die Anschlussberufungsantwort ein (Urk. 99). Ein Doppel wurde der Gegenpartei zugestellt (Urk. 103). Ein weiterer Schriftenwechsel wurde nicht durchgeführt.

E. 2

Mit Erlass des vorliegenden Endentscheids wird das von der Beklagten gestellte Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung (Urk. 94 S. 2) gegenstandslos und ist abzuschreiben.

E. 3

Mit Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt der Untersuchungs- und Officialgrundsatz (Art. 296 ZPO). Entsprechend ist der Richter nicht an die Parteianträge gebunden und kann Entscheide auch ohne entsprechende Anträge treffen. Er muss zudem von Amtes wegen den Sachverhalt abklären und alle Elemente in Betracht ziehen, die wichtig sein können, um einen Entscheid zu fällen, der den

- 6 - Kindesinteressen Rechnung trägt, auch wenn es in erster Linie Sache der Parteien ist, im Prozess die wesentlichen Tatsachen vorzutragen und die Beweismittel zu bezeichnen (BGer 5A_194/2012, E. 4.2; Schweighauser, in: Sutter-Somm/-Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 296 N 10 und 38 f.).

E. 4

Gemäss Art. 4 des Haager Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973, dem sowohl die Schweiz als auch Deutschland angehören, ist vorliegend das am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltende innerstaatliche Recht massgebend, also schweizerisches Recht. III. 1. Gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB kann das Gericht bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes den Unterhaltsbeitrag für ein Kind neu festsetzen oder aufheben. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen zur Abänderung des

Unterhaltsbeitrags zutreffend angeführt, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 87 S. 6). Entscheidend ist, ob eine unvorhergesehene, dauerhafte und wesentliche Veränderung der Grundlagen des früheren Entscheids gegeben ist. Kinderunterhaltsbeiträge unterliegen grundsätzlich der Abänderbarkeit, weil die beiden massgeblichen Elemente der Unterhaltsverpflichtung – der Bedarf des Unterhaltsberechtigten und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten – regelmässig unvorhersehbare Schwankungen unterworfen sind. 2. a) Der Kläger hatte vom 10. Mai 2011 bis 28. Oktober 2011 als Fahrer bei der Firma D._____, Inhaber E._____, in D... gearbeitet. Am 28. Oktober 2011 wurde ihm fristlos gekündigt. Die Vorinstanz erwog dazu, der Kläger habe diese Kündigung angefochten und vergleichsweise hätten sich er und E._____ – zu ergänzen ist: vor dem Arbeitsgericht Heilbronn – geeinigt, dass ihr Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher, fristgerechter Kündigung des Arbeitgebers vom 28. Oktober 2011 mit Ablauf des 11. Oktober [recte: November] 2011 geendet habe. Der Kläger habe demnach seine Stelle nicht freiwillig aufgegeben – im Gegenteil: er habe sich mit der Anfechtung weiter um sie bemüht. Ferner ergäben sich aus den

- 7 - Akten keine Hinweise, dass der Kläger böswillig gehandelt habe. Der Verlust seiner Arbeitsstelle könne dem Kläger somit nicht angelastet werden (Urk. 87 S. 7 f.). b) Die Beklagte wiederholt im Berufungsverfahren ihren Standpunkt, wonach sich der Kläger gegenüber dem Kunden F._____ eine schwere Pflichtverletzung habe zuschulden kommen lassen. Als Beweis für den Verlust der Arbeitsstelle durch grobes Selbstverschulden sei vor Vorinstanz die Edition des Schreibens des Kunden F._____ an E._____ vom 28. November [recte: Oktober] 2011 und die Befragung von E._____ als Zeuge beantragt worden. Die Vorinstanz habe diese Beweise nicht abgenommen und sich in ihrer Begründung nicht mit der Argumentation der Beklagten auseinandergesetzt, was eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs darstelle. Es werde daher mit der Anschlussberufung beantragt, dass diese Beweise durch die Berufungsinstanz abgenommen werden (Urk. 94 S. 3 f.). Mit diesem Vorbringen setzt sich die Beklagte nicht mit den – zutreffenden – Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Eine Veränderung der Verhältnisse kann auf einer Abnahme des Einkommens des Unterhaltsverpflichteten beruhen. Als Regel gilt, dass entsprechende Veränderungen nicht beachtlich sind, wenn sie von ihm freiwillig oder gar in der Absicht, den Unterhaltsanspruch zu schmälern, herbeigeführt wurden (Spycher/Hausheer, in: Hausheer et al., Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, S. 657 Rz 09.131; BGE 128 III 4, E. 4 a; BGer 5A_618/2009, E. 2). Weder das eine noch das andere wurde von der Beklagten behauptet. Unwidersprochen blieb auch, dass sich aus den Akten keine Hinweise ergeben, wonach der Kläger böswillig handelte, d.h. den Verlust seiner Arbeitsstelle durch pflichtwidriges Verhalten zumindest in Kauf genommen hätte, um seiner Unterhaltspflicht nicht mehr nachkommen zu müssen. Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen darauf verzichtete, Beweise zu den Gründen für die fristlose Kündigung abzunehmen, ist nicht zu beanstanden. Der Anschlussberufung, mit der die vollumfängliche Klageabweisung verlangt wird, ist daher kein Erfolg beschieden.

- 8 - 3. a) Der Kläger wendet sich dagegen, dass ihm die Vorinstanz ab dem 1. Juli 2013 ein hypothetisches Einkommen angerechnet hat. Die Vorinstanz hat sich zu den Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zutreffend geäussert; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 87 S. 8). b) Gemäss Vorinstanz verfügt der Kläger nach seinen Angaben über eine Ausbildung als Privatdetektiv, welche jedoch in Deutschland nicht anerkannt ist. Er sei 47 Jahre alt, habe keine gesundheitlichen Probleme

und sei uneingeschränkt arbeitsfähig. Er habe zuletzt als Fahrer und kurzzeitig als Detektiv gearbeitet. Aus dem Urteil vom 23. Juli 2004 lasse sich schliessen, dass er auch schon auf dem Bau gearbeitet habe. Die Vorinstanz mutete dem Kläger auch eine Stellensuche in den Bereichen Reinigungsarbeiten und Gastgewerbe zu (Urk. 87 S. 9 f. und S. 11). Der Kläger hat diesen Ausführungen im Berufungsverfahren nicht widersprochen. Er hat eingeräumt, in der Schweiz einige Zeit als Küchenhilfe im Gastgewerbe gearbeitet zu haben. In Deutschland habe er vorerst als Wachmann gearbeitet und danach eine Tätigkeit als Bauunternehmer für Baustahl-Armierungen aufgenommen. Er habe aber lediglich einen Auftraggeber und entsprechend nur sporadisch Arbeit gehabt (Urk. 86 S. 5 f.). c) Zum Aufenthaltsstatus des Klägers erwog die Vorinstanz, dieser habe bis 30. Juni 2012 in Deutschland lediglich eine Duldungsbescheinigung gehabt, was kein Aufenthaltstitel, sondern eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung sei. Damit habe der Kläger seinen Kreis nicht verlassen dürfen. Eine Aufenthaltsbewilligung sei deshalb nicht erteilt worden, weil der Kläger der Registrierungspflicht seiner früheren Ehe und Scheidung im Libanon (Ehefähigkeitszeugnis) noch nicht nachgekommen sei. Die (jetzige) Ehe des Klägers mit G._____ sei in Deutschland anerkannt. Seit Ende Mai 2012 habe er eine auf ein Jahr befristete Aufenthaltsbewilligung. Für mit Deutschen verheiratete Ausländer gälten aufenthaltsrechtliche Sonderregeln, die dem Grundrechtsschutz von Ehe und Familie bei tatsächlich bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaften Rechnung trügen. Nichts aus den Ausführungen der Rechtsvertreterin des Klägers anlässlich der

- 9 - Verhandlung vom 29. Januar 2013 lasse auf etwas anderes als eine intakte Ehe schliessen. Die Situation des Klägers habe sich demnach mit Bezug auf seinen Aufenthaltsstatus und damit verbunden auf seine Arbeitsmöglichkeiten in Deutschland im Laufe dieses Verfahrens verbessert (Urk. 87 S. 20). Im Berufungsverfahren bestätigte der Kläger, dass seine Aufenthaltsbewilligung am 28. Mai 2013 auslaufe. Ob die Aufenthaltsbewilligung im Falle der Verlängerung wiederum nur befristet erteilt werde, sei ungewiss, aber wahrscheinlich. Erst ab 2015, nach Ablauf von drei Jahren befristeten Aufenthalts, habe er Anspruch auf eine unbefristete Aufenthaltsbewilligung (Urk. 86 S. 8). In seiner Eingabe vom 28. August 2013 hat der Kläger ausgeführt, seine Aufenthaltsbewilligung sei zwischenzeitlich verlängert worden, und zwar befristet für zwei Jahre bis 10. April 2015 (Urk. 99 S. 4). Es ist daher davon auszugehen, dass er anschliessend eine unbefristete Aufenthalts- oder gar eine Niederlassungserlaubnis erhalten wird (§ 28 Abs. 2 AufenthaltsgG). Eine erhebliche Erschwerung der Arbeitssuche aufgrund des Aufenthaltsstatus ist daher zumindest im heutigen Zeitpunkt nicht mehr ersichtlich. d) aa) Die Vorinstanz wirft dem Kläger vor, nicht nachgewiesen zu haben, dass er sich mit dem ihm zumutbaren Einsatz und der von ihm zu erwartenden Sorgfalt ernsthaft um den Erhalt einer Arbeitsstelle bemüht habe. Sie verwies dazu auf die vom Kläger bei der Vorinstanz eingereichten Zusammenstellungen und resümierte, er habe sich in rund 13 Monaten für insgesamt 106 Stellen beworben, was einem Durchschnitt von zirka acht Bewerbungen pro Monat entspreche. Dies könne nicht als aussergewöhnlich bezeichnet werden. Der geforderte Grad der Bemühungen angesichts der Unterhaltspflicht für unmündige Kinder werde damit nicht erreicht. In den fünf Monaten, nachdem der Massnahmenentscheid ergangen sei (vom 8. August 2012 bis 10. Januar 2013), seien von den 48 Bewerbungen 19 bloss telefonisch erfolgt. Die dazu eingereichte handschriftliche und zum Teil schwer lesbare Liste sei wenig geeignet, um angemessene Suchbemühungen darzutun. Es falle weiter auf, dass die Mail-Begleitschreiben – der Kläger habe es unterlassen, die Motivationsschreiben einzureichen – einige Orthografie- und

Flüchtigkeitsfehler enthielten (z.B. falsch geschriebene Namen der Ansprechpartner: Herr H. _____ statt Herr H. _____, Frau I. _____ statt Frau I. _____,

- 10 - Herr J. _____ statt Herr J. _____, Firma K. _____ statt K. _____ und mehrfach "übersende ich Ihnen ... meine Bewerbung und meine Lebenslauf und Kopie von Führerschein", "Mit freundlichen Grüsse"). Da Bewerbungsschreiben Türöffner zu einer potentiellen Arbeitsstelle darstellten, sei es im Rahmen der vom Kläger zu erwartenden Suchbemühung von entscheidender Bedeutung, dass er seine Begleit- und Motivationsschreiben sorgfältig verfasse. Die zuständige Person mit dem richtigen Namen anzusprechen, sei eine Grundvoraussetzung. Ferner habe sich der Kläger bisher mehr oder weniger nur für Anstellungen als Fahrer oder Sicherheitsmitarbeiter beworben. Es fehlten Bewerbungen für Stellen auf dem Bau, im Bereich Reinigungsarbeiten oder im Gastgewerbe (Urk. 87 S. 10 f.). bb) Nach Darstellung des Klägers hat er ab Dezember 2011 bis 10. Januar 2013 108 Bewerbungen nachgewiesen, also mehr als acht Bewerbungen pro Monat (Urk. 86 S. 9). Es sind 8,1 Bewerbungen pro Monat, weshalb die Umschreibung der Vorinstanz mit "zirka acht Bewerbungen" durchaus zutrifft. Ab 9. August 2012 bis 14. Januar 2013 sind es rund neun Bewerbungen pro Monat (Urk. 86 S. 10). Für die Zeit vom 15. Januar 2013 bis 21. Juli 2013 hat der Kläger 67 Bewerbungen aufgelistet (Urk. 99 S. 4; Urk. 101/1); das sind 10 bis 11 Bewerbungen pro Monat. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass dies rein zahlenmässig zu wenige Bewerbungen sind. In der deutschen Rechtsprechung werden mindestens 20 gezielte und ernsthafte Bewerbungen pro Monat verlangt (Bamberger/Roth/Reinken BGB, 3. A., § 1603 N 15c bei Fn 60; Johannsen/Henrich/Büttner, Familienrecht,

E. 5

a) Die Vorinstanz hat den Notbedarf des Klägers auf Fr. 1'245.– beziffert. Dabei hat sie von den monatlichen Wohnkosten von € 680.– dem Kläger ein Drittel zugewiesen, weil die Wohnung vom Kläger, seiner Ehefrau und deren 15-jährigen Sohn bewohnt wird. Für den Arbeitsweg wurden Fr. 150.– und für auswärtige Verpflegung Fr. 100.– veranschlagt (Urk. 86 S. 13 f.). b) Nach klägerischer Darstellung rechtfertigt sich eine Aufteilung der Wohnkosten nach Köpfen nicht, zumal keinerlei Kosten für den minderjährigen Sohn der Ehefrau des Klägers in dessen Bedarf berücksichtigt worden seien. Die Wohnkosten seien zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau zu teilen (Urk. 86 S. 13). Die Beklagte hält dem entgegen, dass bei dieser Betrachtungsweise der Kläger die Hälfte des durch den Sohn seiner Ehefrau aus erster Ehe verursachten Mietaufwandes bezahlen und dadurch der Unterhaltsbeitrag an sein eigenes Kind zugunsten des für ihn fremden Kindes geschmälert würde, was nicht sein könne (Urk. 94 S. 6).

- 15 - Der Kläger hat seiner Ehefrau bei der Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht gegenüber dem in ihrer Hausgemeinschaft lebenden Sohn aus erster Ehe nur in angemessener Weise beizustehen, denn in Bezug auf seine Leistungspflicht ist er dem leiblichen Elternteil nicht gleichgestellt. Die Beistandspflicht ist subsidiär; die elterliche Unterhaltspflicht gegenüber den eigenen leiblichen Kindern geht vor (BGer 5C.112/2005, E. 3.2.1). Es ist daher richtig, wenn keine Kosten für den Stiefsohn des Klägers in dessen Bedarf berücksichtigt werden, wenn dieser nicht leistungsfähig ist. Umgekehrt bewirkt die Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber seinem Kind aus erster Ehe, dass sich seine wirtschaftliche Leistungskraft reduziert und er weniger an den ehelichen Haushalt beitragen kann (Hausheer/Brunner, in: Hausheer et al., Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, S. 94 Rz 03.28 f.). Somit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Wohnkosten nach Köpfen aufgeteilt hat

(vgl. die Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder, herausgegeben vom Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich, Zürich 2000, III/C; Spycher/Hausheer, in: Hausheer et al., Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, S. 574 Rz 08.73; Hegnauer, Berner Kommentar, N 37 zu Art. 285 ZGB). c) Der Kläger kritisiert den Zuschlag für auswärtige Verpflegung in der Höhe von Fr. 100.– und verlangt Fr. 165.–, nämlich 75 % des in schweizerischen Verhältnissen zu gewährenden Zuschlags von Fr. 220.– (Urk. 86 S. 14). Die Vorinstanz hatte wie folgt argumentiert: Ein Zuschlag für auswärtige Verpflegung werde zugesprochen, sofern Mehrauslagen anfielen, die über die im Grundbetrag enthaltenen Essenskosten hinausgingen (Ziff. III.3.2 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009). Die Hälfte des Grundbetrags sei für Essensauslagen bestimmt (Ziff. IV.1 des Kreisschreibens; ZR 84 [1985] Nr. 68, S. 164). Bei einem Grundbetrag von Fr. 638.– [für deutsche Verhältnisse] fielen Fr. 319.– für Nahrungskosten an, was einem Tagesansatz von Fr. 14.70 entspreche, mit welchem drei Mahlzeiten zu bestreiten seien. Entsprechend fielen dem Kläger hypothetisch pro Mittagmahlzeit Mehrkosten im Umfang von Fr. 5.– bzw. Fr. 100.– pro Monat an, welche in seinem Bedarf zu berücksichtigen seien (Urk. 87 S. 15).

- 16 - Die Berechnungsweise der Vorinstanz ist nicht nachvollziehbar. Der Nahrungskostenanteil am Grundbetrag beläuft sich auf Fr. 10.65 (Fr. 319.– geteilt durch 30) pro Tag. Weshalb bei einem Tagesansatz von Fr. 14.70 die Mehrkosten für die Mittagmahlzeit Fr. 5.– betragen sollen, wird nicht begründet. Grundsätzlich überzeugt demgegenüber die Berechnung des Klägers. Sie lässt aber ausser Betracht, dass es sich um einen hypothetischen Betrag handelt, weil der Kläger mangels Erwerbstätigkeit keine konkreten Mehrauslagen für auswärtige Verpflegung nachweisen kann. Das Gleiche gilt für die Kosten für den Arbeitsweg. Noch anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 7. August 2012 hatte der Kläger für den Arbeitsweg Fr. 100.– und für auswärtige Verpflegung (Mehr-)Kosten von Fr. 150.– geltend gemacht (Urk. 65). Es rechtfertigt sich daher, für diese beiden Positionen Fr. 250.– zu berechnen. Die übrigen Beträge in der Notbedarfsaufstellung für den Kläger wurden nicht bestritten. Es bleibt damit beim Notbedarf des Klägers von Fr. 1'245.–, wie ihn die Vorinstanz berechnet hat.

E. 6

Der Kläger schuldet Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 864.–. Diesem wird für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'728.– aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Im Umfang von Fr. 864.– geht der Anspruch gegenüber dem Kläger auf den Kanton über. Im Umfang von Fr. 864.– bleibt die Nachzahlungspflicht der Beklagten gemäss Art. 123 ZPO vorbehalten.

E. 7

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmitelfrist an die Vorinstanz zurück.

E. 8

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.

- 19 - Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 2. April 2014
Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin:
Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. K. Würsch versandt am: dz

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