

# ZH\_OBERGERICHT LC200017 vom 9. März 2021

ZH Obergericht, 2021-03-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LC200017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LC200017)

FR: ZH\_OBERGERICHT LC200017 du 9 mars 2021

IT: ZH\_OBERGERICHT LC200017 del 9 marzo 2021

## Erwägungen

### E. 1

Streitgegenstand A.\_\_\_\_\_ (fortan Kläger) und B.\_\_\_\_\_ (fortan Beklagte) heirateten am tt. September 2001; mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 4. April 2013 wur-

- 5 - den sie geschieden und die elterliche Sorge über die gemeinsamen Kinder D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2001, und C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006, wurde der Beklagten zugeteilt. Mit Teilurteil vom 27. Februar 2017 wurde im Abänd- rungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. FP130208-L der Sohn D.\_\_\_\_\_ unter die el- terliche Sorge des Klägers gestellt und die elterliche Sorge über C.\_\_\_\_\_ in Be- stätigung des Scheidungsurteils der Beklagten belassen. Im vorliegend anhängig gemachten Verfahren beantragte der Kläger vorerst unter anderem die Zuteilung der elterlichen Sorge für die Tochter C.\_\_\_\_\_ an sich sowie die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung von Kindesunterhaltsbeiträgen für C.\_\_\_\_\_. Mit Urteil vom

### E. 3

Berufungsvoraussetzungen Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Berufung ging rechtzeitig, schrift- lich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein (Urk. 104 und 107). Der Kläger ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für das Rechtsmittel gegen den vorin- stanzlichen Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig. Unter dem Vor- behalt rechtsgenügender Begründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO und E. 4.2) ist auf die Berufung einzutreten.

### E. 4

Prozessuales

#### E. 4.1

Teilrechtskraft. Mit der Berufung wurden weder die Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen noch die Dispositiv-Ziffern 1 (hinsichtlich D.\_\_\_\_\_; vgl. Berufungsanträge 1 und 2 im Verbund [Urk. 107 S. 2 und 4]) und 2 des Urteils angefochten. Diese Regelungen sind in Rechtskraft erwachsen. Der Beklagten lief die Frist für die Beantwortung der Berufung am 14. September 2020 ab, weshalb die Rechtskraft hinsichtlich der Dispositiv-Ziffern 1 (hinsichtlich D.\_\_\_\_\_) und 2 des Urteils am 15. September 2020 eintrat (vgl. Urk. 114). Davon ist Vormerk zu nehmen.

#### E. 4.2

Anforderungen an die Berufungsschrift. Das Berufungsverfahren ist ein ei- genständiges Verfahren. Es dient nicht etwa der Vervollständigung des erstin- stanzlichen Verfahrens, sondern vielmehr der Überprüfung und Korrektur des an- gefochtenen Entscheides im

Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Die Berufungsschrift muss – im Gegensatz zur

- 7 - Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Die Beanstandungen am angefochtenen Entscheid haben die Parteien innert der Berufungs- bzw. Berufungsantwortfrist vollständig vorzutragen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit Hinweisen). Vor Obergericht haben die Parteien mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgeblichen Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen vorgetragen und auch Beweisanträge gestellt haben. In diesem Sinne ist die Berufungsinstanz namentlich nicht gehalten, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn keine entsprechenden Rügen der Parteien vor der zweiten Instanz vorliegen. Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Oder mit andern Worten: Die Rügen der Parteien geben das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor, und der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht – in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* – bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die Argumente der Parteien gebunden. Auch in tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn der erstinstanzliche Entscheid bei fehlenden Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient. Im Berufungsverfahren sind die Parteien sodann gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, zu wiederholen. Dies gilt auch für die berufungsbeklagte Partei, muss sie doch mit der Gutheissung der Berufung rechnen. Es ist namentlich nicht Sache der Berufungsinstanz, die erstinstanzlichen Akten nach erstinstanzlich erhobenen, vor zweiter Instanz jedoch nicht erneuerten, Beweisanträgen zu durchforschen. Zudem entspräche dies nicht der Natur des Berufungsverfahrens als eines eigenständigen Verfahrens. Soweit im Berufungsverfahren keine Sachverhaltsrügen vorgetragen werden, bildet der

- 8 - erstinstanzliche Entscheid in der Regel die Grundlage des Rechtsmittelverfahrens (BGE 144 III 394 E. 4.1.4. und 4.2.).

### **E. 4.3**

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Im Bereich des vorliegend anwendbaren strengen Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 ZPO (betreffend sämtliche Kinderbelange) können die Parteien mit der Berufung jedoch Noven vortragen, unabhängig davon, ob die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

## **E. 5**

Unterhaltsverpflichtung seitens des Klägers

### **E. 5.1**

Anders als im Scheidungsverfahren haben im Abänderungsprozess angeordnete vorsorgliche Massnahmen eine bloss beschränkte materielle Rechtskraft. So fällt der vorsorgliche Massnahmeentscheid mit Rechtskraft des Urteils in der Hauptsache ex tunc dahin (Art. 268 Abs. 2 ZPO). Daher ist im Hauptsachenentscheid eine Regelung für die Dauer des einstweiligen Rechtsschutzes zu treffen (vgl. Zogg, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra.ch 2018, S. 47, 91 f.; BGer 5A\_732/2012 vom 4. Dezember 2012, E. 3.2).

## **E. 5.2**

Die Vorinstanz hob die dem Kläger mit dem Scheidungsurteil auferlegte Verpflichtung, für seine beiden Kinder Unterhalt zu bezahlen mit der Rechtskraft des Urteils auf (Urk. 108 S. 34). Vorab verfügte sie im Rahmen vorsorglicher Massnahmen, die Verpflichtung des Klägers, Kindesunterhalt für C.\_\_\_\_\_ zu bezahlen, sei für die Dauer des Verfahrens aufgehoben (Urk. 108 S. 33). Betreffend Kindesunterhalt für D.\_\_\_\_\_ war bereits seit 11. Februar 2014 vorsorglich geregelt, dass der Kläger der Beklagten keinen Kindesunterhalt mehr zu bezahlen hat (Urk. 30 in Geschäfts-Nr. FP130208-L; vgl. Urk. 108 S. 3 f. und S. 31). Die Vorinstanz erwog dazu, die mit Scheidungsurteil vom 4. April 2013 festgesetzte Verpflichtung zur Zahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen für seine Kinder sei, wie vom Kläger beantragt, aufzuheben (Urk. 108 S. 10) und ging in der Folge von einer Unterhaltspflicht der Beklagten aus (Urk. 108 S. 28). Zur vorsorglichen Massnahme hielt die Vorinstanz fest, dass die Verpflichtung des Klägers zur Unterhaltszahlung für C.\_\_\_\_\_ bis zur Rechtskraft des Urteils vorsorglich aufzuheben sei (Urk. 108 S. 30 f.).

## **E. 5.3**

Mit der Berufung macht der Kläger geltend, es sei seine Verpflichtung, Kindesunterhalt für C.\_\_\_\_\_ zu bezahlen, per 6. März 2018 aufzuheben, da sie seit dann bei ihm wohne (Urk. 107 S. 4). Die Beklagte hält dafür, dass das Begehren des Klägers abzuweisen sei, könne doch auch ein mit der Betreuung betrauter Elternteil mit der Unterhaltspflicht belastet werden; über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei im angefochtenen Urteil entschieden worden (Urk. 115 S. 9 f.).

## **E. 5.4**

C.\_\_\_\_\_ lebt seit März 2018 beim Kläger und steht unter seiner Obhut (Urk. 7; Urk. 108 S. 23); die Vorinstanz stipulierte ab diesem Zeitpunkt eine Unterhaltspflicht der Beklagten und ordnete zeitgleich mit dem Entscheid in der Sache vorsorglich den Entfall der Unterhaltspflicht des Klägers für die Dauer des Verfahrens an. Einhergehend mit der Beanstandung des Klägers hat die Vorinstanz daher das Recht unrichtig angewendet (Art. 310 lit. a ZPO; Art. 289 Abs. 1 ZGB), wenn sie im Endentscheid erst mit der Rechtskraft dessen Unterhaltspflicht für C.\_\_\_\_\_ entfallen und im Ergebnis bis dahin den gleichzeitig gefällten Massnahmeentscheid durch die Weitergeltung des Scheidungsurteils obsolet werden liess. Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils ist hinsichtlich C.\_\_\_\_\_ einhergehend mit dem Berufungsantrag des Klägers neu zu fassen.

## **E. 6**

Unterhaltsverpflichtung seitens der Beklagten

### **E. 6.1**

Aktivlegitimation für D. \_\_\_\_\_

### **E. 6.1.1**

Der Elternteil, welcher die elterliche Sorge inne hat, kann als Prozessstandschafter anstelle des minderjährigen Kindes die diesem geschuldeten Unterhaltsbeiträge geltend machen. Wird das Kind im Laufe des Verfahrens volljährig, dauert die Prozessstandschaft für die Beiträge nach Erreichen der Volljährigkeit an, sofern das nun volljährige Kind dem zustimmt (vgl. BGE 142 III 78 E. 3.2; BGE 129 III 55 Regeste und E. 3).

- 10 -

### **E. 6.1.2**

Der Kläger beantragt im Rechtsmittelverfahren Unterhaltsbeiträge für seinen Sohn D. \_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 107 S. 2), der bei Einreichung der Berufung aber bereits volljährig war (Art. 14 ZGB). Eine Prozessstandschaft ist daher nicht länger möglich und eine Vollmacht oder Zustimmungserklärung D. \_\_\_\_\_s für die Geltendmachung der Unterhaltsansprüche hat der Kläger nicht beigebracht. In Bezug auf die Unterhaltsansprüche D. \_\_\_\_\_s fehlt es damit an der Aktivlegitimation des Klägers, weshalb die Berufung insoweit abzuweisen ist und es beim vorinstanzlichen Entscheid bleibt.

### **E. 6.2**

Der Elternteil, der nicht mit dem Kind zusammenlebt, hat nach Art. 285 Abs. 1 ZGB grundsätzlich einen Beitrag in Geld an den Unterhalt des Kindes zu leisten. Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages ist in der Regel vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 137 III 118 E. 2.3). Es ist grundsätzlich unzulässig, rückwirkend von einem höheren hypothetischen Einkommen des Pflichtigen auszugehen, denn offensichtlich fehlt es an einer realen Möglichkeit der rückwirkenden Einkommenssteigerung (vgl. BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3). Von diesem Grundsatz ist abzuweichen, wenn es für die verpflichtete Partei deutlich voraussehbar war, dass sie ihre Lebensumstände anpassen muss, oder wenn sie sich unredlich verhalten hat (BGer 5P.79/2004 vom 10. Juni 2004, E. 4.3). Vermindert der Unterhaltspflichtige sein Einkommen in Schädigungsabsicht, so ist eine Abänderung der Unterhaltsleistung selbst dann auszuschliessen, wenn die Einkommensverminderung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (BGE 143 III 233 E. 3.4). Ob ein Ausnahmefall im genannten Sinne vorliegt, kann nicht schematisch nach fixen Regeln geprüft werden, sondern ist aufgrund aller konkreten Umstände im Einzelfall zu entscheiden.

### **E. 6.3**

Die Vorinstanz erwog, dass für den vorliegend umstrittenen Zeitraum die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens der Beklagten zu prüfen sei. Sie habe ihre Stelle bei E. \_\_\_\_\_ selbst gekündigt und bis zur Niederkunft monatlich lediglich noch Fr. 937.35 netto verdient. Zu prüfen sei, ob der Beklagten der Ver-

- 11 - bleib bei der bisherigen Stelle möglich und zumutbar gewesen sei. Den eingereichten Arztberichten sei dazu zu entnehmen, dass die Beklagte sowohl zum Zeitpunkt der Kündigung als auch im Jahr 2019 nicht mehr in der Lage gewesen sei, die Anforderungen ihrer Arbeitsstelle zu erfüllen. Entgegen den Ausführungen des Klägers sei auf diese Berichte abzustellen. Anhaltspunkte für Gefälligkeitsberichte würden nicht vorliegen. Die

Beklagte lege durchaus plausibel dar, dass sie aufgrund ihres Gesundheitszustands um eine Auszeit bei E.\_\_\_\_\_ ersucht habe, was ihr nicht gewährt worden sei, woraufhin sie ihre Stelle gekündigt habe. Der Verbleib bei E.\_\_\_\_\_ sei unzumutbar gewesen, weshalb ihr aufgrund der Eigenkündigung kein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei. Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass man im Falle einer Erwerbslosigkeit aus gesundheitlichen Gründen verpflichtet sei, sich um möglicherweise zustehende Leistungen der Sozialversicherungen zu bemühen. Die vorliegende Ausgangslage gestalte sich aber derart, dass die Beklagte nahtlos per 1. September 2018 eine neue, mit ihrem Gesundheitszustand vereinbare Erwerbstätigkeit aufgenommen habe. Es hätten ihr daher weder Leistungen der Arbeitslosenversicherung noch Krankentaggelder des ersten Arbeitgebers zugestanden. Es sei der Beklagten kein hypothetisches Einkommen anzurechnen (vgl. Urk. 108 S. 15 f.). Für die Zeit nach dem 1. September 2018 sei die Beklagte nicht mehr leistungsfähig und habe keinen Kindesunterhalt mehr zu bezahlen (Urk. 108 S. 28).

#### **E. 6.4**

Der Kläger hält berufsweise dafür, der Beklagten sei für den Zeitraum September 2018 bis Januar 2020 ein hypothetisches Einkommen von rund Fr. 5'800.– netto pro Monat anzurechnen (Urk. 107 S. 4). Die Beklagte habe ihre gutbezahlte Stelle im Laufe des Gerichtsprozesses, nach der Zuteilung des zweiten Kindes an ihn, aufgegeben, um sich bei ihrem Partner zu einem Niedriglohn anstellen zu lassen. Eine plausible Begründung ergebe sich für die Stellenaufgabe nicht. Die Stelle bei E.\_\_\_\_\_ sei ihr noch zumutbar gewesen und sie hätte sich krankschreiben lassen können. Die Kündigung erweise sich als selbstverschuldet und stossend. Der Beklagten obliege sowohl der Hauptbeweis, dass sie die gut bezahlte Stelle ohne Selbstverschulden aufgegeben habe als auch, dass es ihr nicht möglich gewesen sei, eine vergleichbare Stelle zu finden. Der Beweis sei

- 12 - nicht gelungen, lege sie doch keinerlei Bewerbungsbemühungen ins Recht. An das Erfordernis der Ausnützung ihrer Erwerbskraft seien besonders hohe Anforderungen zu stellen. Die im Recht liegenden Arztberichte würden keine Arbeitsunfähigkeit bescheinigen oder seien nur Atteste. Eine Arbeitsunfähigkeit sei nicht bescheinigt und die Beklagte sei in dieser Phase auch arbeitsfähig gewesen. Der Beklagten sei daher ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'789.– netto pro Monat anzurechnen. Die gegenteilige Würdigung der Vorinstanz, ein Einkommen von unter Fr. 1'000.– pro Monat für eine 100 %-Tätigkeit anzurechnen, erweise sich als nicht rechtens. Die Beklagte selber habe ausgeführt, eine Verkaufsposition ohne Leitungsfunktion wäre ihr möglich gewesen. Es sei bis heute ungeklärt, ob das der Beklagten von ihrem Partner ausbezahlte Einkommen ihr tatsächliches Einkommen dargestellt habe. Der behauptete tiefe Umsatz der Gesellschaft werde bestritten und stark angezweifelt. Es bestünden angesichts des Zeitpunkts der Kündigung und der engen Bindung zum Arbeitgeber Anhaltspunkte für einen Gefälligkeitslohn. Durch eine Edition der Geschäftszahlen der F.\_\_\_\_\_ AG und der Lohnunterlagen der Angestellten liesse sich diese Vermutung ausräumen; diese Edition habe die Beklagte bis heute abgelehnt. Stutzig mache auch, dass im Lohn der Beklagten die Wohnung mit enthalten gewesen sei; sie wohne indes in der Wohnung ihres Partners und benötige keine separate Wohnung. Es sei festzustellen, dass die Mietkosten im Bedarf der Beklagten zu hoch veranschlagt seien und ferner keine Kosten für einen Personenwagen ausgewiesen seien. Die Beklagte sei zu verpflichten, für den Zeitraum von September 2018 bis Januar 2020 für die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'200.– zzgl. allfälliger Zulagen pro Kind zu bezahlen (Urk. 107 S. 4 ff.).

## **E. 6.5**

Die Beklagte hält dagegen, dass entgegen dem Kläger unter dem Titel der Zumutbarkeit von einem begründeten Stellenwechsel von E. \_\_\_\_\_ zur F. \_\_\_\_\_ AG auszugehen sei. Sie habe aus gesundheitlichen Gründen gekündigt und nahtlos eine neue, mit dem Gesundheitszustand vereinbare Tätigkeit aufgenommen. Die Erwägungen der Vorinstanz seien korrekt und mit den im Recht liegenden Berichten vereinbar. Der Vollständigkeit halber werde ein aktualisierter Zwischenbericht ins Recht gelegt, der ihr eine rezidivierende posttraumatische Belastungsstörung attestiere und insbesondere Schlaf- und Konzentrationsstörungen sowie

- 13 - Leistungsabfall in der Symptomatik aufführe. Die Frage nach dem hypothetischen Einkommen stelle sich sodann erst, wenn das tatsächliche Einkommen beider Elternteile nicht ausreiche, den ausgewiesenen Bedarf zu decken. Dies sei vorliegend nicht der Fall, könne der Kläger doch mit seinem Einkommen im fraglichen Zeitraum die nachgewiesenen Auslagen decken. Seine Leistungskraft sei um ein Vielfaches höher als ihre. Er könne sogar weiterhin für den Bedarf seiner zweiten Ehefrau aufkommen. Selbst wenn eine Unterdeckung bestünde, müsse dem Grundsatz des Vorrangs des Kindesunterhaltes gegenüber dem Ehegattenunterhalt Folge geleistet werden, weshalb die Barauslagen der Kinder gedeckt seien. Die Frage nach einem hypothetischen Einkommen stelle sich grundsätzlich nicht. Im Übrigen hätte der Kläger eine Böse- oder Mutwilligkeit des Stellenwechsels zu beweisen. Dieser Pflicht komme er nicht nach und die klägerische Parteibehauptung sei nicht zu hören. Unter dem Prüfpunkt der Zumutbarkeit seien die beruflichen Qualifikationen, das Alter und der Gesundheitszustand des Betroffenen zu berücksichtigen. Es sei nachgewiesen, dass sie psychisch krank sei. Eine Krankenschreibung und der Gang zum Arbeitslosenamt wären mit einer Verschlimmerung der Depression einhergegangen, führe doch Arbeitslosigkeit zu einer Verschlechterung der Krankheit. Es sei ihr aufgrund der Eigenkündigung kein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Zu Recht habe die Vorinstanz in den Arzt- und Therapieberichten keine Gefälligkeitsgutachten erkennen können. Entgegen der Vorinstanz könne trotz der Tragbarkeit der Belastung in fachlicher Hinsicht auch eine Arbeitsstelle im Niedriglohnbereich angesichts ihrer Konzentrationsstörung nicht angetreten werden. Im Ergebnis sei sie für die Zeit nach dem 1. September 2018 nicht mehr leistungsfähig und könne keinen Kinderunterhalt mehr bezahlen. Für ihre Lohnhöhe sei auf die Lohnausweise und den Auszug aus der Erfolgsrechnung der F. \_\_\_\_\_ AG verwiesen. Die Miete des Studios habe sie schliesslich im relevanten Zeitraum nicht bezahlen müssen. Der Vollständigkeit halber sei ergänzt, dass ein hypothetisches Einkommen auch tatsächlich nicht erzielbar sei. Es werde auf die Ausführungen vor Vorinstanz verwiesen. Der Antrag des Klägers, ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, sei deshalb abzuweisen (Urk. 115 S. 4 ff.).

- 14 -

## **E. 6.6**

Wenn die Beklagte zunächst geltend macht, vorliegend stelle sich die Frage eines ihr anzurechnenden hypothetischen Einkommens angesichts des tatsächlichen Einkommens des Klägers gar nicht, so setzt sie sich nicht mit der vorinstanzlichen Begründung in diesem Zusammenhang auseinander. Die Vorinstanz erwog, dass der Kläger und seine neue Ehefrau im Jahr 2017 eine gemeinsame Tochter bekommen hätten, die neue Ehefrau keiner Erwerbstätigkeit nach gehe und sich um die Kinderbetreuung kümmere. Wie auch

die Beklagte sei die neue Ehefrau bis zum Eintritt ihrer Tochter in den Kindergarten nicht verpflichtet, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Damit trage der Kläger momentan die gesamten Kosten für sich, seine neue Ehefrau und die gemeinsame Tochter alleine. Die Beklagte mache bezüglich der Lebenskosten der neuen Ehefrau den Vorrang des Kindesunterhaltes geltend. Gestützt auf Art. 276a Abs. 1 ZGB gehe die Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind den anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten vor, wobei das Gericht in begründeten Fällen von dieser Regel absehen könne (Art. 276a Abs. 2 ZGB). Der Vorrang des Minderjährigenunterhalts sei insbesondere dann massgebend, wenn Einkommen und Vermögen des Unterhaltsschuldners nach Deckung dessen Existenzminimums nicht ausreichen, sämtlichen Unterhaltspflichten nachzukommen (BGE 137 III 59 E. 4.2. f.). Der Kläger sei aber vorliegend der obhutsberechtigte und betreuende Elternteil und leiste somit bereits Naturalunterhalt. Damit sei in erster Linie die Leistungsfähigkeit der nicht betreuenden Beklagten und deren Unterhaltspflicht zu prüfen, wobei eine Beteiligung des betreuenden Elternteils einzig dann in Frage komme, sofern dieser leistungsfähiger sei als der andere Elternteil (BGer 5A\_727/2018 vom 22. August 2019, E. 4.3.2.2.). Der Vorrang des Minderjährigenunterhalts sei bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit des betreuenden Klägers vorerst vernachlässigbar bzw. diesem käme erst Bedeutung zu, wenn der Unterhalt der Kinder tatsächlich nicht gedeckt werden könne. Ebenso sei der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die neue Ehefrau des Klägers die Kinderbetreuung vollständig übernehme, weshalb die Beklagte betreffend die nicht vorhandenen Kosten für die Kinderbetreuung von C.\_\_\_\_\_ ebenfalls profitiere. Aufgrund dessen, könne der Bedarf des Klägers durchaus unter Einbezug der Ausgaben für die neue Ehefrau und die gemeinsame Tochter berechnet werden. Nach Gegen-

- 15 - überstellung von Einkommen und Bedarf schloss die Vorinstanz, dass seitens des Klägers kein erheblicher Überschuss bestehe (vgl. Urk. 108 S. 25 ff.). Dieser überzeugenden Begründung setzt die Beklagte mit ihrer pauschal vorgetragenen gegenteiligen Ansicht nichts entgegen. Selbst das Vorhandensein eines Überschusses beim hauptbetreuenden Elternteil führt nämlich nicht ohne Weiteres zu dessen Beteiligung am Barunterhalt des Kindes, ansonsten dem Prinzip der Gleichwertigkeit von Natural- und Geldunterhalt keine Nachachtung verschafft würde. Vielmehr kann das Gericht einzelfallbezogen und ermessensweise den hauptbetreuenden Elternteil dazu verpflichten, neben dem Naturalunterhalt einen Teil des Barbedarfs des Kindes zu decken (vgl. BGer 5A\_926/2019 vom 30. Juni 2020, E. 6.3). Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei der Beklagten ist daher zu prüfen.

### **E. 6.7**

Der Kläger stellte vor Vorinstanz mit Eingabe vom 2. März 2018 den Antrag, die Beklagte sei zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen zu verpflichten. Die Beklagte kündigte ihre Vollzeitstellung bei E.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 14. Mai 2018 auf den 31. August 2018 (Urk. 35/1). Am 7. Juni 2018 unterschrieb sie einen Arbeitsvertrag zu 100 % bei der F.\_\_\_\_\_ AG als Projekt-Assistentin, beginnend am 1. September 2018, mit einem monatlichen Nettogehalt von Fr. 937.75 (Urk. 35/2). Bei E.\_\_\_\_\_ verdiente sie 2018 unter Einschluss einer Erfolgsbeteiligung monatlich Fr. 5'789.- netto (vgl. Urk. 108 S. 14 f.). Ferner unterschrieb die Beklagte einen Mietvertrag mit der F.\_\_\_\_\_ AG als Vermieterin für ein 1 ½ - Zimmer-Studio am G.\_\_\_\_\_ -weg ..., H.\_\_\_\_\_ [Ortschaft], zu einem Mietzins von monatlich Fr. 500.-, wobei die Vermieterin ab Beginn des Vertragsverhältnisses per

September 2018 auf die Zahlung des Mietzinses verzichtete. Für die Monate Juli und August 2018 vor Arbeitsbeginn wurde ein monatlicher Mietzins von Fr. 1'650.– festgelegt (Urk. 35/3; Urk. 108 S. 13 f.).

### **E. 6.8**

Die gesetzliche Unterhaltspflicht hat zur Folge, dass der Pflichtige alles Zumutbare unternehmen muss, um das erforderliche Einkommen zu generieren.

Rechtsprechungsgemäss hängt die Zulässigkeit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nur davon ab, ob der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient

- 16 - (BGE 128 III 4 E. 4a). Bejaht das Gericht die Pflicht zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit und verlangt es vom Unterhaltspflichtigen durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Umstellung seiner Lebensverhältnisse, so hat es ihm grundsätzlich hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen (BGE 114 II 13 E. 5). Diese Rechtsprechung gilt für Sachverhalte, in denen das Gericht die Pflicht zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit bejaht und von der betreffenden Partei durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Umstellung ihrer Lebensverhältnisse verlangt. In solchen Fällen ist der verpflichteten Partei hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in die Tat umzusetzen (BGE 129 III 417 E. 2.2). Anders verhält es sich, wenn der Unterhaltsschuldner schon bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und eine vorbestehende Unterhaltspflicht erfüllte. Denn in diesem Fall bedarf der Schuldner keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist, um eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder ausweiten und hierzu seine Lebensverhältnisse umstellen zu können. Vielmehr muss der Alimentenschuldner alles in seiner Macht Stehende tun und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen (BGer 5A\_692/2012 vom 21. Januar 2013, E. 4.3).

### **E. 6.9**

Einhergehend mit der Darstellung des Klägers ist angesichts der genannten umfassenden Pflicht, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auszuschöpfen, die Eigenkündigung der Beklagten bei E.\_\_\_\_\_ nicht zu schützen. Wenn die Beklagte aus gesundheitlichen Gründen einstweilen nicht in der Lage war, die Anforderungen ihrer damaligen Arbeitsstelle zu erfüllen, so wäre sie in der Pflicht gestanden, sich krankzuschreiben zu lassen oder dann eine zumutbare Stelle mit einem vergleichbaren Einkommen zu suchen. Eine Arbeitsunfähigkeit zufolge Krankheit hätte innerhalb der gesetzlichen Schranken einen befristeten Kündigungsschutz begründet. Selbst nach Ablauf der Sperrfrist und einer allfälligen Kündigung durch den Arbeitgeber hätte sodann der Anspruch auf Lohnfortzahlung bzw. Leistungen der Krankentaggeldversicherung zu 90 % im relevanten Zeitraum fortbestanden (vgl. Prot. I S. 63 / Urk. 87/7). Die Kündigung und die nahtlos anschliessende Anstellung zu 100 % bei einem monatlichen Bruttoeinkommen von Fr. 1'000.– bei der Aktiengesellschaft ihres Lebenspartners erscheinen bei dieser Ausgangslage

- 17 - als unzureichend und unredlich, selbst wenn die Beklagte in dieser Phase sowohl eine Strafuntersuchung als auch den "Weggang" der Kinder zu verkraften hatte (vgl. Prot. I S. 52). Die eingereichten ärztlichen Berichte ändern an diesem Umstand nichts. Das Handeln der anwaltlich vertretenen Beklagten erfolgte während des vorliegenden Verfahrens und damit in Kenntnis der sich abzeichnenden Unterhaltspflicht, zumal die Obhut für C.\_\_\_\_\_

mit Verfügung vom 6. März 2018 su- perprovisorisch dem Kläger übertragen worden war (vgl. Urk. 7). Insgesamt er- scheint das Vorgehen der Beklagten daher als rechtsmissbräuchlich (vgl. BGer 5A\_403/ 2019 vom 12. März 2020, E. 4). Trotz der fehlenden realen Möglichkeit, rückwirkend ein höheres Einkommen zu erzielen, rechtfertigt es sich bei dieser Ausgangslage, ihr ein hypothetisches Einkommen von netto Fr. 4'500.– pro Monat anzurechnen. Damit wird einerseits ein hypothetischer Entfall der Erfolgsbeteili- gung, eine Verringerung des Einkommens zufolge Auszahlung von Krankentag- geld bzw. der Wechsel auf eine Stelle mit niedrigerem Anforderungsprofil berück- sichtigt, andererseits erweist sich dieses Einkommen ohne weiteres als ausrei- chend, um den Barbedarf C.\_\_\_\_s zu decken (vgl. E. 6.10 sogleich).

### **E. 6.10**

Die Parteien haben sich zu den übrigen Aspekten der vorinstanzlichen Un- terhaltsberechnung (Bedarf Beklagte; Einkommen und Bedarf Kläger; Einkommen und Bedarf C.\_\_\_\_; Beteiligung des Klägers am Barunterhalt) nicht näher ver- nehmen lassen, weshalb es sich diesbezüglich rechtfertigt, für die Zeitspanne September 2018 bis Januar 2020 (vgl. Urk. 118/2) auf die zutreffenden vo- rininstanzlichen Erwägungen abzustellen (vgl. E. 4.2). Die Beklagte selbst bezifferte ihren Bedarf vor Vorinstanz auf monatlich Fr. 2'337.– (Urk. 108 S. 13), was sie im Umfang von Fr. 2'163.– leistungsfähig macht. Wird der Mietzins im Bedarf aufge- nommen, auf welchen die F.\_\_\_\_ AG zufolge des Arbeitsverhältnisses verzich- tet, verringert sich die Leistungsfähigkeit um Fr. 500.– (vgl. E. 6.7). Bei C.\_\_\_\_ sind ein Einkommen von Fr. 250.– und ein Barbedarf von 1'261.85 zu veran- schlagen (vgl. Urk. 108 S. 22). Beim Kläger sind schliesslich ein Einkommen von Fr. 6'286.60 sowie ein Bedarf unter Einschluss der Tochter I.\_\_\_\_ und seiner Ehefrau in Höhe von Fr. 5'253.65 zu berücksichtigen (vgl. Urk. 108 S. 28). Da der Kläger sowohl den Naturalunterhalt für die gemeinsamen Kinder erbringt und fer- ner weiterhin für D.\_\_\_\_ die finanzielle Last zu tragen hat, ist die Beklagte zu

- 18 - verpflichtet, dem Kläger für C.\_\_\_\_ in der fraglichen Zeitspanne monatlich Fr. 1'011.85 zu bezahlen. Der Kläger lässt die von ihm beantragte Höhe der Unter- haltsbeiträge von mindestens Fr. 1'200.– pro Monat unbegründet. Im Fr. 1'011.85 übersteigenden Betrag ist die Klage in Abweisung der Berufung nicht zu schüt- zen. Darauf hinzuweisen ist der Vollständigkeit halber, dass eine Überschussbe- teiligung an einem rückwirkend angerechneten hypothetischen Einkommen ohne- hin als nicht gerechtfertigt erscheint.

### **E. 7**

Fazit und erstinstanzliche Prozesskosten

#### **E. 7.1**

Die Unterhaltsverpflichtung des Klägers für C.\_\_\_\_ entfällt in Gutheissung der Berufung ab dem 6. März 2018. Über die vorinstanzliche Verpflichtung hinaus ist die Beklagte ferner zu verpflichten, dem Kläger für C.\_\_\_\_ Fr. 1'011.85 mo- natlich für die Monate September 2018 bis und mit Dezember 2019 zu bezahlen. Im Übrigen bleibt es in Abweisung der Berufung beim vorinstanzlichen Erkenntnis.

#### **E. 7.2**

Auch unter Berücksichtigung der teilweisen Gutheissung der Berufung er- scheint die vorinstanzliche Regelung der Prozesskosten als angemessen, zumal die Vorinstanz den

früheren Entfall der Unterhaltspflicht seitens des Klägers in ihrer Begründung und damit auch der Kostenverlegung bereits nachvollzogen (vgl. E. 5.2) und im Übrigen keine Anhaltspunkte dafür bestehen, die zusätzliche Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung von Kindesunterhalt wirke sich entscheidend auf das Obsiegen oder Unterliegen der Parteien aus. Die erstinstanzliche Prozesskostenregelung ist zu bestätigen (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO).

## **E. 8**

Kosten- und Entschädigungsfolgen; unentgeltliche Rechtspflege

### **E. 8.1**

Der Kläger obsiegt mit dem Entfall seiner Unterhaltsverpflichtung (Fr. 700.– pro Monat ab März 2018 bis zur Rechtskraft) und teilweise mit der Unterhaltsverpflichtung seitens der Beklagten (rund Fr. 16'190.– von Fr. 38'400.–) insgesamt etwa hälftig, da der notwendige Zeitaufwand für den ersten Aspekt kleiner ist. Ausgangsgemäss sind die Parteien auch zweitinstanzlich je hälftig kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es rechtfertigt sich – in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 sowie 6 Abs. 1 der Gebühren-

- 19 - verordnung des Obergerichts (GebV OG) – eine pauschale Entscheidgebühr von Fr. 4'000.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen.

### **E. 8.2**

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf unentgeltliche Verbeiständung (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

#### **E. 8.2.1**

Als bedürftig gilt, wer für die Kosten des Prozesses nicht aufkommen kann, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhalts für sich und seine Familie bedarf. Für die Beurteilung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Partei zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (BGE 141 III 369 E. 4.1). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38). Bei Ehegatten in Haushaltsgemeinschaft sind dies beide Nettoeinkommen und der gemeinsame Lebensbedarf (ZK ZPO-Emmel, Art. 117 N 12). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreter anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten können (vgl. BGer 4D\_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 m.w.H.; BGer 5A\_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3).

#### **E. 8.2.2**

Die von den Parteien gestellten Begehren hinsichtlich der Kinderbelange erscheinen insgesamt nicht als aussichtslos und die Prozessarmut des Klägers ist auch im Berufungsverfahren glaubhaft gemacht (vgl. Urk. 107 S. 8 ff.; Urk. 111/3- 17). Sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung ist zu bewilligen und es ist

- 20 - ihm antragsgemäss ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Beklagte hat offenbar geheiratet, führt sie doch nunmehr den Nachnamen ihres Partners "B'.\_\_\_\_\_" (vgl. Urk. 112, 115 S. 1, 118/2). Dieser Umstand bleibt in ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege völlig unbeleuchtet und damit auch das für die Beurteilung relevante Einkommen bzw. der Lebensbedarf des Ehegatten. Das Gesuch der Beklagten ist daher wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abzuweisen. Es wird beschlossen:

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