

# ZH\_OBERGERICHT LE170067 vom 5. Februar 2018

ZH Obergericht, 2018-02-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE170067](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE170067)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE170067 du 5 février 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LE170067 del 5 febbraio 2018

## Erwägungen

### E. 1

a) Mit Urteil vom 12. Februar 2016 entschied die Vorinstanz im Eheschutzverfahren der Parteien unter anderem das Folgende (Urk. 5/60 S. 61 ff.): " 1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit vereinbart haben und bereits seit dem 14. Juni 2015 getrennt leben.

### E. 2

Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2009, und D.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm. 2011, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt. Die elterliche Sorge verbleibt bei beiden Parteien.

### E. 3

a) Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dies gilt auch dann, wenn das Verfahren wie hier dem Untersuchungsgrundsatz unterliegt. Der Berufungskläger muss aufzeigen, inwiefern er den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet. Um dieser Pflicht nachzukommen genügt es nicht, wenn er auf seine Vorbringen vor der ersten Instanz verweist oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Art und Weise kritisiert. Vielmehr muss der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, dass sie von der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann (BGer 5A\_573/2017 vom 19. Oktober 2017, E. 3.1 m.w.H.). Das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3 m.w.H.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36 m.w.H.). Genügt die Berufung den Anforderungen an die Begründung nicht, so wird auf diese nicht eingetreten. Inhaltliche Nachbesserung der Begründung ist nach Ablauf der Berufungsfrist nicht zulässig (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 38 m.w.H.; BGer 4A\_41/2017 vom 9. Februar 2017). b) Der Gesuchsteller führt in der Berufungsschrift aus, bei der Beurteilung, ob der Wechsel zur alternierenden Obhut sinnvoll sei, gehe die Vorinstanz ohne Begründung von Folgendem aus (unter Hinweis auf S. 6 E. III.3 des angefochtenen Entscheids): "Indessen verfüge die Gesuchstellerin über die bessere Möglichkeit, die Kinder persönlich zu betreuen und gewährleiste insgesamt

ein stabile- res Umfeld für die Kinder als der Gesuchsgegner". Diese Annahme geschehe ohne jede Begründung sowie Abwägung der Belange der Kinder. Sollte es der Fall sein, dass die Gesuchsgegnerin nur deshalb als besser geeignet erachtet werde,

- 7 - da sie eine Frau sei, so verstiesse dies gegen Art. 8 Abs. 2 BV (Urk. 32 S. 2). Dem Gesuchsteller ist bei dieser Rüge entgangen, dass die erstinstanzliche Richter in dem vom Gesuchsteller angeführten Teil der Erwägung III.3 einzig das rechtskräftige Eheschutzurteil vom 12. Februar 2016 zitiert und hierbei noch keine eigene Beurteilung vornimmt. Mit den Erwägungen III.4, III.7 und III.8 des angefochtenen Entscheides, in welchen sich die vorinstanzliche Richterin konkret mit dem Antrag des Gesuchstellers auf Abänderung des Urteils vom 12. Februar 2016 und Anordnung einer alternierenden Obhut befasst, setzt sich der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift hingegen nicht auseinander. Er erwähnt zwar noch, dass die Kommunikationsunwilligkeit der Gesuchsgegnerin nicht auf dem Rücken der Kinder ausgetragen werden sollte (Urk. 32 S. 2). Dies entspricht jedoch nicht der im Berufungsverfahren notwendigen Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Feststellung, dass die Umstände der Kommunikation zwischen den Parteien der Installation einer alternierenden Obhut entgegenstünden (Urk. 32 S. 8 E. III.7). Wenn der Gesuchsteller schliesslich in seiner Berufungsschrift vorbringt, es entziehe sich seiner Kenntnis, wieso die Vorinstanz die alternierende Obhut nicht einmal in Erwägung gezogen habe bzw. der Versuch dazu nicht zugelassen worden sei (Urk. 32 S. 2), dann fehlt es endgültig an einer Auseinandersetzung seinerseits mit den vorinstanzlichen Erwägungen III.7 und III.8, in welchen von der erstinstanzlichen Richterin ausgeführt wurde, wieso vorliegend keine alternierende Obhut angeordnet werden könne. Auf die Berufung des Gesuchstellers betreffend die vorinstanzliche Abweisung der Anordnung der alternierenden Obhut wird mangels genügender Auseinandersetzung seinerseits mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen nicht einzutreten sein. c) Der Gesuchsteller führt in seiner Berufungsschrift sodann aus, am 28. Februar 2017 habe seine Rahmenfrist beim RAV geendet. Er sei somit seit dem 1. März 2017 auf Unterstützung durch die Sozialhilfe angewiesen, was eine erhebliche Veränderung seiner finanziellen Leistungsfähigkeit bedeute. Aus diesem Grund habe er vor dem 1. März 2017 die Abänderungsklage bei der Vorinstanz eingereicht (Urk. 32 S. 1). Bereits anlässlich der Hauptverhandlung habe er ausgeführt, dass sein Einkommen stark schwankend sei, da er keinen Einfluss auf die Einsatzplanungen der einzelnen Unternehmungen habe. Der Protokoll-

- 8 - auszug der Sozialkommission vom 4. April 2017 sowie der entsprechende Beschluss, gemäss welchem er mit wirtschaftlicher Sozialhilfe unterstützt werde, würden alles über seine derzeitigen finanziellen Verhältnisse aussagen (Urk. 32 S. 2). In Absprache mit dem Sozialamt E. \_\_\_\_\_ sowie weiterhin auch des RAV unternehme er alles, um wieder ein akzeptables Einkommen zu erzielen. Seine Bemühungen würden regelmässig vom Sozialamt und vom RAV kontrolliert und gutgeheissen werden. Das ihm im Urteil vom 12. Februar 2016 angerechnete Nettogesamteinkommen von Fr. 5'493.90 könne er gegenwärtig nicht erzielen, da er keine entsprechende Anstellung finde (Urk. 32 S. 3). Gerne hätte er noch vor dem Ende der Rahmenfrist sein Pensum aufgestockt oder eine Vollzeitstelle angetreten. Hier würden jedoch Wunsch und Realität auseinanderdriften. Bezüglich seiner Zahlungsfähigkeit könne er nur von der Realität ausgehen. Deshalb habe er die Abänderungsklage eingereicht (Urk. 32 S. 5). Gemäss den Erwägungen der erstinstanzlichen Richterin blieben die vom Gesuchsteller geltend gemachten

Suchbemühungen für eine neue Stelle unbelegt (Urk. 33 S. 10 E. IV.3 und S. 11 E. IV.4; siehe auch Urk. 22 S. 6 f.). Der Gesuchsteller unterlässt es im Berufungsverfahren in seinen vorstehend aufgeführten Einwendungen, sich damit konkret auseinanderzusetzen, weshalb diesbezüglich auf seine Berufung ebenfalls nicht einzutreten sein wird und im Folgenden davon auszugehen ist, dass seine geltend gemachten Suchbemühungen um eine neue bzw. weitere Arbeitsstelle unbelegt geblieben sind. d) da) Der Gesuchsteller führt in seiner Berufungsschrift weiter an, dass gemäss gefestigter Rechtsprechung die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse erheblich und auf Dauer sowie nicht vorhersehbar sein müsse, damit die Kinderunterhaltsbeiträge der Abänderung zugänglich seien. Da im ursprünglichen Eheschutzverfahren davon ausgegangen worden sei, dass er noch vor dem Ende der Rahmenfrist wieder zu Arbeit kommen würde, seien die aktuellen Verhältnisse als nicht vorhersehbar einzustufen. Der finanzielle Einbruch von Fr. 5'027.20 im Februar 2017 auf den Grundbetrag von netto Fr. 986.– ab März 2017 sollte als erheblich angesehen werden. Sei eine Veränderung bereits zum Zeitpunkt des Urteils vorhergesehen und berücksichtigt worden, rechtfertige diese bei ihrem Ein-

- 9 - treffen keine Anpassung des Unterhaltsbeitrages. Vorliegend sei von einer anderen Zukunftsprognose ausgegangen worden. Habe sich das Einkommen des Unterhaltspflichtigen unverschuldet erheblich, dauerhaft und unvorhergesehen reduziert, so habe er Anspruch auf eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge. Natürlich könne der Schuldner hingegen auch bei unverschuldeten Einkommenseinbussen keine Reduktion verlangen, wenn ihm bereits ein hypothetisches Einkommen angerechnet worden sei und er neuerdings noch weniger verdiene (Urk. 32 S. 5 f.). Gemäss den Erwägungen der vorinstanzlichen RichterIn handelt es sich beim mit Urteil vom 12. Februar 2016 festgelegten Nettoeinkommen des Gesuchstellers in der Höhe von Fr. 5'493.90 nicht um ein tatsächlich erzielttes Einkommen, sondern um ein hypothetisches Einkommen (Urk. 33 S. 11 f. E. IV.5 f.). Damit setzt sich der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift nicht konkret auseinander. Er zitiert zwar einige Erwägungen des Urteils vom 12. Februar 2016 und führt dazu aus, dass die Annahme eines hypothetischen Einkommens schlichtweg falsch sei (Urk. 32 S. 3 f.), wieso er jedoch dieser Ansicht ist, konkretisiert er in der Folge nicht näher. Der Gesuchsteller führt schliesslich in rechtlicher Hinsicht selber aus, dass bei unverschuldeten Einkommenseinbussen keine Reduktion der Unterhaltsbeiträge beantragt werden könne, sofern der antragstellenden Person ein hypothetisches Einkommen angerechnet worden sei und dieser neuerdings noch weniger verdiene. db) Die erstinstanzliche RichterIn erwog weiter, es sei im Urteil vom 12. Februar 2016 nicht davon ausgegangen worden, dass das tatsächliche Erzielen des Nettoeinkommens von Fr. 5'493.90 Voraussetzung für die Höhe der Unterhaltsbeiträge sei und damit – bei Nichterzielen – einen Abänderungsgrund darstelle. Dass das verminderte Einkommen des Gesuchstellers keinen Abänderungsgrund darstelle ergebe sich bereits aus den allgemeinen Regeln des zeitlichen Umfangs der Rechtskraftwirkung. Zum Zeitpunkt der Urteilsfällung – auch nur als Möglichkeit – absehbare Veränderungen (wie vorliegend die "Aussteuerung" des Gesuchstellers, ohne dass er eine neue Arbeitsstelle finde) habe der ursprüngliche Richter zu berücksichtigen und würden mit seinem Entscheid verbindlich (wenn auch nur im Rahmen der allgemein "reduzierten" Rechtskraftwirkung von Ehe-

- 10 - schutzentscheiden) erledigt. Dies müsse jedenfalls dann gelten, wenn nicht ausdrücklich ein Vorbehalt angebracht worden sei, dass eine bestimmte Veränderung einen Abänderungsgrund darstellen könne. Das sei vorliegend aber nicht der Fall (Urk. 33 S. 12

E. IV.7). Da das tatsächlich erzielte Einkommen also ohne Bedeutung sei – weil eben von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen worden sei –, bleibe zu prüfen, ob sich die Annahme, der Gesuchsteller könne bei genügenden Anstrengungen wieder ein solches Einkommen erzielen, als falsch erwiesen habe. Dass man zur Zeit des ersten Urteils und aufgrund der damals vorliegenden Tatsachen grundsätzlich davon ausgegangen sei, dies sei so, könne nicht in Frage gestellt werden. Dem stehe die Rechtskraftwirkung des Urteils entgegen und eine allfällige Unberechtigung dieser Annahme hätte der Gesuchsteller auf dem Rechtsmittelweg vorbringen müssen. Möglich sei aber, dass sich nun tatsächlich gezeigt habe, dass die Annahme unberechtigt gewesen sei. Dies wäre dann der Fall, wenn der Gesuchsteller trotz genügender Anstrengungen nicht in der Lage wäre, ein solches Einkommen zu erzielen. Dafür wieder müsste er indes zumindest glaubhaft machen, dass er solche Anstrengungen unternommen habe (Urk. 33 S. 13 E. IV.8). Dass die Annahme, der Gesuchsteller könne bei genügenden Anstrengungen wieder ein Einkommen von rund Fr. 5'500.– erzielen, nicht fälschlicherweise getroffen worden sei, zeige bereits der Umstand, dass der Gesuchsteller gemäss seinen eigenen Aussagen nunmehr eine dritte Teilzeitstelle gefunden habe und ein zusätzliches Einkommen von rund Fr. 4'500.– pro Monat erzielen werde. Zusammen mit seinen weiteren monatlichen Einkünften von rund Fr. 1'500.– werde er damit in absehbarer Zeit wieder über Einkünfte in der Höhe des ihm hypothetisch angerechneten Einkommens verfügen. Dass er alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen habe, um bereits früher wieder ein entsprechendes Einkommen zu generieren, substantiiere und belege der Gesuchsteller wie bereits dargelegt in keiner Art und Weise. Der Umstand alleine, dass er Arbeitslosentaggeld bezogen habe, vermöge hieran nichts zu ändern. Es obliege dem Gesuchsteller die entsprechenden Behauptungen vorzubringen und zu belegen (Urk. 33 S. 13 E. IV.9). Wie bereits erläutert, blieben die Suchbemühungen des Gesuchstellers für eine neue Stelle unbelegt. Er konnte somit nicht glaubhaft machen, dass er An-

- 11 - strengungen dafür unternommen habe, dass ihm angerechnete hypothetische Einkommen zu erzielen. So war es der erstinstanzlichen RichterIn ohne Belege nicht möglich, zu überprüfen, ob der Gesuchsteller – wie von ihm behauptet – auch tatsächlich genügend Suchbemühungen für eine neue bzw. weitere Arbeitsstelle unternommen hat. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat in einem Entscheid vom 25. Dezember 2002 sodann festgehalten, dass die Anforderungen an den Nachweis genügender Suchbemühungen im Rahmen der Arbeitslosenversicherung und im Rahmen der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen nicht identisch seien, weshalb im zivilrechtlichen Verfahren zum Nachweis genügender Bemühungen Beweismittel vorzulegen seien (Kass.-Nr. 2002/142 Z, in: Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich über das Jahr 2002 Nr. 21 S. 22). Der Gesuchsteller hat sich aber ohnehin auch hierzu nicht genügend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt. Er führt hauptsächlich aus, dass der finanzielle Einbruch seit März 2017 erheblich sei und daher die Unterhaltsbeiträge herabzusetzen seien. Dies stellt jedoch keine genügende Auseinandersetzung mit den vorstehenden Erwägungen der erstinstanzlichen RichterIn zum hypothetischen Einkommen und zu seinen Suchbemühungen dar. So unterlässt er es im Berufungsverfahren ferner auch, die Annahme der erstinstanzlichen RichterIn, er werde mit der dritten Teilzeitstelle ein zusätzliches Einkommen von Fr. 4'500.– pro Monat erzielen (Urk. 33 S. 13 E. IV.9), konkret zu bestreiten, obwohl er anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 31. Mai 2017 noch vorbrachte, dass sein gesamthaftes Einkommen, welches er anstrebe, inklusive der dritten Teilzeitstelle brutto Fr. 4'500.– betrage (Urk. 22 S.

24). Somit wird auch diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten sein. e) Wie aufgezeigt ist die Eingabe des Gesuchstellers gesamthaft als Berufung unzureichend, da sich dieser mit der Entscheidungsbegründung der erstinstanzlichen Richterin nicht konkret auseinandergesetzt hat. Da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die erstinstanzliche Richterin den Sachverhalt willkürlich festgestellt oder das Recht willkürlich angewandt hat, und da sich der Gesuchsteller

- 12 - mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht genügend auseinandergesetzt hat, ist auf seine Berufung nicht einzutreten.

#### **E. 4**

Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die Berufung war, wie dargelegt, von vorneherein aussichtslos, weshalb dem Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden kann.

#### **E. 5**

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nicht-eintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb dem Gesuchsteller die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Für deren Bemessung gelangen § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG zur Anwendung. Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Gesuchsgeberin für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen. Es wird beschlossen:

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