

ZH_OBERGERICHT LY150003 vom 19. Juni 2015

ZH Obergericht, 2015-06-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY150003

FR: ZH_OBERGERICHT LY150003 du 19 juin 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LY150003 del 19 giugno 2015

Erwägungen

E. 1

Aus der Ehe der Parteien gingen die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2005, hervor. Mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2011 wurde die Ehe – nach- dem die Parteien am 27. September 2011 eine Vereinbarung über die Schei- dungsfolgen geschlossen hatten – geschieden (Urk. 2/1) und bezüglich Kinder- unterhalt folgendes erkannt: "4. a) Der Beklagte wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder folgende Kinderunterhaltsbeiträge (zu- züglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen: - Fr. 2'000.– pro Kind ab 1. November 2011 bis zum ordentli- chen Abschluss einer angemessenen Ausbildung der Kinder (auch über die Mündigkeit hinaus). - Fr. 1'300.– pro Kind ab 1. November 2011 für die Schulkos- ten, bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung der Kinder (auch über die Mündigkeit hinaus). Reduzieren sich die Schulkosten von derzeit Fr. 2'150.– pro Kind, so reduziert sich im gleichen Zeitpunkt der Schulkos- tenbeitrag des Beklagten um 60 % der Differenz zwischen Fr. 2'150.– und den dannzumaligen Schulkosten.

- 6 - Die Unterhaltsbeiträge sind an die Klägerin zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Mündigkeit hinaus, so- lange die Kinder im Haushalt der Klägerin leben und keine eige- nen Ansprüche gegenüber dem Beklagten stellen bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnen. b) Der Grundunterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.– basiert auf dem Lan- desindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende August 2011 von 99.4 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Er ist jeweils auf den 1. Januar jedes Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2013, dem Stand des Indexes per En- de November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel: alter Unterhaltsbeitrag x neuer Index Neuer Unterhaltsbeitrag = alter Index"

E. 2

Mit Eingabe vom 13. Februar 2014 beantragte der Kläger und Beru- fungskläger (fortan: Kläger) beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Be- zirksgericht Meilen die Abänderung des Scheidungsurteils und stellte unter ande- rem den folgenden Antrag (Urk. 8/3/1 S. 2): "2. Es sei der Kläger in Abänderung von Dispositivziffer 4 a) des Ur- teils des Obergerichts Zürich vom 25. Oktober 2011 zu verpflich- ten, der Beklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erzie- hung der beiden Kinder ab sofort folgende Unterhaltsbeiträge (zzgl. allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen: - CHF 1'000.– pro Kind bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung der Kinder (auch über die Mün- digkeit hinaus). - CHF 650.– pro Kind für die Schulkosten bis Ende Juli 2014"

E. 3

In der Folge einigten sich der Kläger und die Beklagte und Berufungs- beklagte (fortan: Beklagte) anlässlich einer Einigungsverhandlung vom 2. Juli 2014 hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge auf folgendes (Urk. 8/3/28): " 3. Dispositiv-Ziffer 4. a des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2011 wird in Bezug auf die Kinderunter- haltsbeiträge (bisher CHF 2'000.– pro Kind) ab Juli 2014 bis und mit Ende Januar 2015 sistiert. Der Kläger verpflichtet sich wäh- rend dieser Zeitperiode an die Kosten des Unterhalts und der Er- ziehung der Kinder folgende Kinderunterhaltsbeiträge (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu be- zahlen:

- 7 - - CHF 1'000.– pro Kind. Der Beitrag für die Schulkosten von CHF 1'300.– pro Kind bleibt unverändert." Mit Urteil vom 7. Juli 2014 wurde die Vereinbarung der Parteien vom 2. Juli 2014 genehmigt (Urk. 8/3/34 Dispositiv-Ziffer 1).

E. 4

Mit Eingabe vom 3. Oktober 2014 gelangte der Kläger – nachdem der anlässlich der Einigungsverhandlung vereinbarte Mediationsversuch der Parteien betreffend die elterliche Sorge gescheitert war – erneut an die Vorinstanz und stellte die oben aufgeführten Anträge (Urk. 8/1). Betreffend den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 S. 7). Mit superprovisorischem Massnahme- entscheid vom 7. Oktober 2014 wurden beide Kinder der Parteien mit sofortiger Wirkung und bis zu einer anderslautenden Anordnung unter die gemeinsame el- terliche Sorge der Parteien gestellt (Urk. 8/4). Mit Verfügung vom 26. November 2014 fällte die Vorinstanz ihren Entscheid mit hiervor wiedergegebenem Disposi- tiv (Urk. 2).

E. 5

Hiergegen erhoben beide Parteien mit Eingaben vom 30. Januar bzw. 2. Februar 2015 Berufung (Urk. 1 S. 2), wobei die Berufung der Beklagten das Sorgerecht betrifft und unter der Geschäfts-Nr. LY150004 anhand genommen wurde. Die Berufungsantwortschrift der Beklagten im vorliegenden Verfahren da- tiert vom 23. März 2015. Sie schliesst darin auf Abweisung der Berufung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 12 S. 2). Die Berufungsantwort wurde der Gegenpartei mit Verfügung vom 15. April 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 15). Mit Eingabe vom 4. Mai 2015 erfolgte eine Stellungnahme des Klägers (Urk. 16 bis 18/4-9), welche der Beklagten am 7. Mai 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 19).

E. 5.1

Da im Berufungsverfahren auch die Vorschriften über das erstinstanzli- che Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjeni- gen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsbera- tung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bun- desgericht hat indes eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 625 E. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Doch können die Parteien geltend machen, der erstin- stanzliche Richter habe die (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime verletzt, in- dem er gewisse Tatsachen unberücksichtigt gelassen

habe. Gleich verhält es sich, wenn der Prozess der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime unterworfen ist, d.h. insbesondere dort, wo Kinderbelange zu beurteilen sind (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel, welche die Parteien in den Prozess einbringen wollen, müssen die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllen. Rügen die Parteien, der erstinstanzliche Richter habe in Verletzung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gewisse Tatsachen übergangen, können

- 16 - diese auch noch im Berufungsverfahren beachtet werden, wenn die Rüge zu Recht erhoben wird (Hohl, Procédure civile, N 2414 f.). Im Übrigen gilt die Pflicht des Richters, den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären, nicht absolut; die Parteien sind weiterhin gehalten, aktiv am Verfahren mitzuwirken, indem sie Hinweise zum Sachverhalt machen oder Beweise bezeichnen. Diese Pflicht drängt sich umso mehr auf, wenn der Unterhaltsverpflichtete eine Herabsetzung des von ihm geschuldeten Unterhaltsbeitrags erreichen will (BGer 5A_485/2012 vom

E. 5.2

Bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse setzt das Gericht den Unterhaltsbeitrag auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes neu fest oder hebt ihn auf (Art. 134 in Verbindung mit Art. 286 Abs. 2 ZGB). Der Eintritt einer neuen, erheblichen und dauerhaften Tatsache führt jedoch nicht automatisch zu einer Abänderung des Kinderunterhaltsbeitrags. Das Gericht muss auch die jeweiligen Interessen des Kindes und jeden Elternteils abwägen, um über die Notwendigkeit einer Abänderung dieses Beitrags im konkreten Fall zu urteilen (BGE 137 III 604 E. 4.1.1). Erachtet das Gericht die Voraussetzungen von Art. 286 Abs. 2 ZGB als erfüllt, muss es den Unterhaltsbeitrag erneut festlegen, nachdem es alle Elemente aktualisiert hat, die im vorangegangenen Urteil bei der Berechnung berücksichtigt worden waren (BGE 137 III 604 E. 4.1.2). Die Abänderungsklage bezweckt die Anpassung der Unterhaltspflicht an veränderte Verhältnisse. Diesem Zweck ent-

- 17 - sprechend erfasst sie nur rechtskraftfreie Tatsachen (echte Noven) und erlaubt keine Revision des früheren Urteils. Daher wird der Unterhaltsbeitrag lediglich nach Massgabe der tatsächlichen Veränderung angepasst, und es ist nicht zu prüfen, welcher Unterhaltsbeitrag aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse als angemessen erscheint. Vielmehr sind die seinerzeitigen Einkommens- und Ausgabenverhältnisse den aktuellen gegenüberzustellen und zu prüfen, ob und in welchem Umfang sich die wirtschaftlichen Verhältnisse verändert haben (Summermatter, Zur Abänderung von Kinderalimenten, in: FamPra.ch 1/2012, S. 49 f.). Das Abänderungsgericht ist aber nicht an die Beurteilung des unverändert gebliebenen Sachverhalts gebunden, sondern kann diesen im Rahmen der Neuurteilung neu bewerten, sofern dies aufgrund der Veränderung der Verhältnisse in einem anderen Punkt angemessen erscheint (FamKomm Scheidung/Wullschleger, Art. 286 ZGB N 10b; BGer 5A_506/2011 vom 4. Januar 2012, E. 5.3). Vorliegend stellen die Langzeitarbeitslosigkeit und die Aussteuerung des Klägers unbestrittenermassen eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse dar. Fraglich ist, ob ihm ein Vermögensverzehr, insbesondere bei den Einkommensverhältnissen der Beklagten, zumutbar ist (s. dazu E. 5.5. unten). Der Beklagten ist zwar beizupflichten, dass die Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Inhabers der elterlichen Sorge an sich noch kein Grund zur Herabsetzung des vom andern Elternteil zu leistenden Unterhaltsbeitrages ist, sondern in erster Linie den Kindern zugute kommen soll (BGE 108 II 83 E. 2). Wenn sich aber gleichzeitig die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unterhaltspflichtigen verschlechtern, ist ein Mehrverdienst des Unterhaltsberechtigten

nicht einfach dazu da, den Kindern einen höheren Lebensstandard zu ermöglichen – im Gegenteil ist in Anwendung obiger Ausführungen über eine Kürzung der Lebenshaltungskosten der Parteien sowie der Kinder nachzudenken. Die Beklagte macht zudem geltend, es handle sich nicht um einen dauerhaften Zustand, was aber angesichts der Aussteuerung des Klägers Ende 2013 nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden kann. Damit sind vorliegend die Voraussetzungen von Art. 286 Abs. 2 ZGB erfüllt. Es ist der Unterhaltsbeitrag neu festzulegen, nachdem alle Elemente aktualisiert

- 18 - worden sind, die im vorangegangenen Urteil bei der Berechnung berücksichtigt worden waren.

E. 5.3

Die vom Kläger beantragte Regelung, wonach die Parteien je Fr. 500.– auf ein gemeinsames Konto zahlen, ist unpraktikabel. So könnte sich der Kläger grosszügig bedienen und die Beklagte müsste dann praktisch alles zahlen. Da der Kläger zudem die hälftige Überschussaufteilung Ende Jahr fordert, kann auch nicht gesagt werden, er anerkenne eine Unterhaltszahlung von Fr. 500.– monatlich pro Kind (nebst der Beteiligung an den Schulkosten).

E. 5.4

Ein Anspruch auf Orientierung hinsichtlich der vom Gericht ins Auge gefassten Rechtsanwendung besteht unter engen Voraussetzungen: Gedenkt das Gericht den Entscheid auf Normen oder juristische Argumente abzustützen, welche im vorangehenden Verfahren weder erwähnt noch von einer der beteiligten Parteien geltend gemacht wurden und mit deren Heranziehung sie auch nicht rechnen mussten, sind die Parteien darüber zu orientieren und anzuhören (BGer 4A_165/2008 vom 11. November 2008, E. 7.1; BGE 130 III 35 E. 5; BK ZPO I- Hurni, Art. 53 N 18). Ob die Vorinstanz das rechtliche Gehörs des Klägers verletzte, indem sie ihn – zum Schutz vor überraschender Rechtsanwendung – zu einer Unterhaltsleistung mittels Vermögensverzehr keine Stellung nehmen liess, kann offenbleiben. Wie unten zu zeigen sein wird, ist die Vorinstanz jedenfalls weder der vorliegend geltenden unbeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) noch ihrer Begründungspflicht nachgekommen, indem sie den Sachverhalt hinsichtlich der Vermögensverhältnisse des Klägers nicht (genügend) abklärte und nicht hinreichend darlegte, gestützt auf welche Überlegungen sie einen Vermögensverzehr für zumutbar hält (E. 5.5). Das Gericht muss seinen Ermessensentscheid begründen und im Urteil darlegen, aus welchen Überlegungen es zu seiner Überzeugung gelangt ist. Die Anforderungen an die Begründungsdichte ist bei Ermessensentscheiden erhöht (BGE 131 III 26 E. 12.2.2; vgl. Urk. 12 S. 5 f.).

E. 5.5

Die Vermögenssubstanz ist für den Kindesunterhalt nur ausnahmsweise anzugreifen. Dies gilt etwa dort, wo das Vermögen zwar gross, das Einkommen inklusive Vermögensertrag zur Deckung des Unterhaltsbedarfs aber unzureichend ist (insb. bei ertragslosem Vermögen wie zinslosen Darlehen, Kunstge-

- 19 - genständen, nicht bewirtschafteten Grundstücken, Gold etc.; FamKomm Scheidung/Wullschleger, Art. 285 ZGB N 33 mit Hinweisen). Die Vermögenssubstanz muss erst angezehrt werden, wenn das laufende Einkommen nicht mehr ausreicht, um den Grundbedarf auf tiefem Niveau zu decken, oder es gilt, kurze finanzielle Engpässe zu

überbrücken bzw. Einkommensschwankungen auszugleichen, oder das Vermögen Teil der angemessenen Vorsorge bildet und ein Fall eingetreten ist, für den eine Vorsorge im Allgemeinen bestimmt ist (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 03.142; BSK ZGB I- Breitschmid, Art. 285 N 12 mit Hinweisen). Es muss einem Ehegatten unter Umständen auch zugemutet werden, nicht liquides Vermögen zur Ausschöpfung von Kreditmöglichkeiten einzusetzen, z.B. ein Hypothekendarlehen aufzunehmen oder aufzustocken. Ob und in welchem Umfang es als zumutbar erscheint, Vermögen für den laufenden Unterhalt einzusetzen, ist anhand sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Von Bedeutung hierfür sind insbesondere der bisherige Lebensstandard, der allenfalls zusätzlich eingeschränkt werden kann und muss, die Grösse des Vermögens und die Dauer, für die ein Rückgriff auf das Vermögen nötig sein wird (BGer 5P.472/2006 vom 15. Januar 2007, E. 3.2 mit Hinweisen). Bei nicht einfach zu realisierenden Vermögenswerten ist jedoch Zurückhaltung geboten; zudem kommt es auch auf ihren Zweck (z.B. Altersvorsorge) an (BGE 129 III 7 E. 3.1.2; vgl. BGE 138 III 289 E. 11). Vorliegend fehlt es im angefochtenen Entscheid an tatsächlichen Feststellungen als Basis für die Annahme, dass dem Kläger die Finanzierung der Unterhaltszahlungen durch Vermögensverzehr möglich ist. Die Vorinstanz hat die Zumutbarkeit eines Vermögensverzehrs ausschliesslich aus dem Umstand abgeleitet, dass der Kläger über ein Nettovermögen von Fr. 400'000.– verfüge. Der Kläger führte allerdings anlässlich seiner Befragung aus, von seinem Gesamtvermögen seien nur ungefähr Fr. 20'000.– liquide Gelder (Prot. I S. 8). Es liegen – entgegen der Beklagten – einige Urkunden zum Vermögen des Klägers bei den Akten, etwa Bankauszüge aus dem Jahr 2014 sowie die Steuererklärungen 2012 und 2013 (Urk. 8/3/3/5 und 8/3/15/15.1+2). Aus der Steuererklärung 2013 geht beispielsweise hervor, dass der Kläger am 31. Dezember 2013 über ein steuerbares Vermögen von Fr. 550'238.– verfügte, wobei gerade einmal Fr. 55'238.– be-

- 20 - wegliches Vermögen waren (Urk. 8/3/15/15.2). Aufgrund des Umstandes, dass der Kläger seit Ende 2013 ausgesteuert ist, ist aufgrund der heutigen Aktenlage glaubhaft, dass sein liquides Vermögen seit damals ab- und nicht zugenommen hat (Urk. 8/3/3/6: Schuldvertrag zwischen dem Kläger und C._____ über Fr. 95'000.– vom 10./14. Januar 2014 zwecks Bezahlung von Kinderunterhalt, Miete und Lebenshaltungskosten). Es wurde aber nicht abgeklärt, über welches liquide Vermögen der Kläger aktuell noch verfügt bzw. welche Vermögenswerte er kurzfristig liquidieren könnte – wobei bei letzterem gemäss obigen Ausführungen Zurückhaltung geboten ist. Ob und unter welchen Bedingungen ihm letztlich ein Vermögensverzehr zumutbar ist, ist aber unabhängig davon, dass er eventuell früheres Eigengut anbrauchen müsste, geht es doch vorliegend einzig um die Frage der finanziellen Leistungsfähigkeit, und dabei ist irrelevant, welcher Güterrechtsmasse das Vermögen entstammt. So unterscheidet denn Art. 125 Abs. 2 Ziff. 5 ZGB nicht zwischen Eigengut und Errungenschaft, sondern spricht allgemein von den Kräften der Ehegatten bzw. von ihrem Vermögen (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 03.146). Ob dem Kläger der Verkauf seines Autos und der Ferienwohnung(en) zumutbar ist, hängt schliesslich auch vom Bedarf der Parteien ab. Ist der Bedarf der Parteien und ihrer Kinder auch auf einem tieferen Niveau mit ihren Einkommen nicht finanzierbar, wäre ein Verkauf eher zumutbar. Die Vorinstanz hat aber keinerlei Überlegungen dazu angestellt, ob der Bedarf der Parteien sowie der Kinder angesichts der Langzeitarbeitslosigkeit des Klägers zu kürzen wäre. Darüber hinaus liegen aber auch keine Urkunden zum Mietertrag der Liegenschaft in Frankreich (gemäss Beklagter GBP 1'051.– bzw. Fr. 1'550.– pro

Woche; Urk. 12 S. 9 f. unter Hinweis auf Urk. 14/4) vor. Wenn der Kläger sich darauf beruft, dass die Beklagte bisher nicht bestritten habe, dass die Liegenschaft in Frankreich keinen Ertrag abwerfe und dass die Liegenschaft aufgrund des "lease buy back" Modells nicht verkauft werden könne (Urk. 16 S. 8), so ist ihm zu entgegnen, dass vorliegend der Untersuchungs- und Officialgrundsatz gilt (Art. 296 ZPO) und er selber ausführte, eine Finanzierung des Kinderunterhaltes durch Vermögensverzehr sei bisher kein Thema gewesen. Es wäre weiter abzuklären, ob der Kläger zusätzliche Mieteinnahmen aus der Liegenschaft in Flims generiert (das Appartement war vom

- 21 - 21. November 2013 bis 22. April 2014 für brutto Fr. 1'000.– monatlich vermietet, Urk. 8/3/15/12). Die Beklagte wirft dem Kläger überdies vor, mit der Bezahlung von Fr. 105'000.– für seine Ferienwohnung in Flims habe er seinen behaupteten Liquidationsengpass mutwillig selbst verschuldet (Urk. 12 S. 10 f.). Dem ist mit dem Kläger zu entgegnen, dass er die Wohnung im Jahr 2013 kaufte (Urk. 8/3/15/15.1+2), in einem Zeitpunkt also, in welchem er noch hoffen durfte, bald wieder einen gutbezahlten Job inne zu haben. Glaubhaft gemacht wurde, dass der Kläger aufgrund seiner Langzeitarbeitslosigkeit von einer seriösen Geschäftsbank keine weitere Hypothek erhalten dürfte. Letztendlich ist der Kläger darauf hinzuweisen, dass die von ihm beantragten Gutachten den Rahmen des vorliegenden Summarverfahrens sprengen würden.

E. 6

% vermindern, um für die Unterhaltsbeiträge aufzukommen. Dies erscheine aufgrund der vorliegenden Verhältnisse als angemessen (Urk. 2 S. 17).

- 9 - 2. Der Kläger rügt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Oktober 2011 habe auf folgenden finanziellen Verhältnissen beruht: Nettoeinkommen monatlich (je inkl. 13. Monatslohn, zzgl. Bonus, zzgl. Familienzulagen) Kläger Fr. 14'150.– / Beklagte Fr. 9'200.–, Vermögen Kläger Fr. 100'000.– (inkl. Liegenschaften und Hypotheken) / Beklagte Fr. 0.– (Urk. 1 S. 4). Bezüglich seines Einkommens sei ergänzend zum vorinstanzlichen Urteil festzuhalten, dass er von Juli bis Dezember 2014 partiell als Consultant für die E. _____ Bank tätig gewesen sei. Er habe dafür EUR 35'000.– erhalten, wovon ihm im Januar 2015 EUR 20'000.– und im Februar 2015 EUR 15'000.– ausbezahlt worden seien. Dies ergebe rund Fr. 5'000.– netto pro Monat (Urk. 1 S. 5). Im Einzelnen beanstandet der Kläger folgendes: Ohne dass die Frage des Vermögensverzehr von einer der Parteien vorgebracht worden wäre, habe die Vorinstanz geprüft, ob es dem Kläger zumutbar sei, die Kinderunterhaltsbeiträge vollumfänglich durch Vermögensverzehr zu decken. Damit habe die Vorinstanz sein rechtliches Gehör verletzt. Zudem habe sie die Begründungspflicht verletzt (Urk. 1 S. 6). Wäre der Vermögensverzehr Gegenstand des Verfahrens gewesen, hätte der Kläger Ausführungen zum Sachverhalt und zur rechtlichen Qualifikation gemacht und sein Recht in Anspruch genommen, Beweisanträge zu stellen. Nur so hätte überhaupt geklärt werden können, ob er über ein realisierbares Nettovermögen verfüge. Dies sei nämlich nicht der Fall. Sofern die materiellen Berufungsanträge des Klägers nicht gutgeheissen würden, sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 1 S. 7 f.). Alsdann habe die Vorinstanz ohne weitere Prüfung und Begründung festgehalten, dass es dem Kläger zumutbar sei, monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 2'000.– zu bezahlen. Die Vorinstanz habe es auch unterlassen, die Beweise, auf die sie abgestellt habe, und deren Würdigung bekannt zu geben. Damit verstosse sie gegen die Begründungspflicht (Urk. 1 S. 8). Indem die Vorinstanz davon ausgegangen sei, dass dem Kläger ein Vermögensverzehr zumutbar sei, habe sie zudem

das Recht unrichtig angewendet (Urk. 1 S. 6). Die Vermögenssubstanz des Unterhaltsschuldners sei für den Kinderunterhalt nur ausnahmsweise anzugreifen (Urk. 1 S. 8). Die Leistungsfähigkeit

- 10 - des Unterhaltspflichtigen ergebe sich aus der Gegenüberstellung seines Bedarfs und seines Nettoeinkommens. Gemäss Lehre und Bundesgericht sei die Anzehung von Vermögen nur in Ausnahmefällen zulässig, wenn das eheliche Einkommen nicht ausreiche, den Grundbedarf auf tieferem Niveau zu decken, das Vermögen nicht von unbedeutender Grösse sei und es sich um eine vorübergehende Massnahme handle oder wenn die Ehegatten im vorgerückten Alter seien. Das Einkommen der Beklagten betrage vorliegend rund Fr. 180'000.– netto pro Jahr. Der Kläger verfüge höchstens über ein Einkommen, mit welchem er nicht einmal seinen eigenen Bedarf zu decken vermöge. Werde der Kinderunterhalt proportional zur Leistungsfähigkeit verteilt, so habe die Beklagte für die Kinderkosten aufzukommen. Es sei damit in einem ersten Schritt zu klären, ob das Einkommen der Beklagten ausreiche, um den Kinderunterhalt zu decken (Urk. 1 S. 9). Die Beklagte mache Kinderkosten von Fr. 6'000.– pro Monat und Kind geltend. Gemäss der von ihr aufgestellten Liste (Urk. 8/26/4) würden die jährlichen Auslagen der Kinder Fr. 80'000.– (Total rund Fr. 142'000.– ./.. Schulkosten von rund Fr. 62'000.–) betragen. Diese Auflistung sei jedoch in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft, was die Vorinstanz übersehen bzw. trotz Untersuchungsmaxime nicht geprüft habe. Zusammenfassend betrage der monatliche Bedarf der Kinder lediglich Fr. 1'600.–. Hinzu kämen einzig noch die monatlichen Schulkosten von Fr. 2'500.– pro Kind. Mit einem Einkommen von Fr. 180'000.– netto jährlich sei die Beklagte ohne Weiteres in der Lage, für die Kinderkosten von total rund Fr. 90'000.– pro Jahr ([Fr. 1'600 + Fr. 2'500] x 2 x 12, abzüglich die vom Kläger beantragten monatlichen Beiträge von Fr. 500.–) aufzukommen. Ein Vermögensverzehr komme erst in Frage, wenn das Einkommen nicht mehr ausreiche, den Grundbedarf auf tieferem Niveau zu decken. Würde die Beklagte auf dem gleichen Standard leben wie der Kläger (Fr. 6'000.– monatlich), würden pro Jahr Fr. 108'000.– alleine für den Kinderunterhalt verbleiben, was dem Grundbedarf auf tieferem Niveau durchaus gerecht werde (Urk. 1 S. 10 f.). Indem die Vorinstanz davon ausgegangen sei, dass der Kläger über genügend wesentliche Vermögenswerte verfüge, welche sodann liquid seien, habe sie zudem den Sachverhalt unrichtig festgestellt (Urk. 1 S. 7). Vom Vermögen des Klägers im Betrag von rund Fr. 400'000.– seien nur Fr. 20'000.– liquid; dieses

- 11 - Geld benötige er jedoch unbestritten dafür, die Schulkosten für die Kinder bis Ende Schuljahr 2014/15 zu bezahlen. Der Kläger besitze einen BMW X5 mit einem Wert von rund Fr. 45'000.– (Urk. 5/2). Er benötige das Auto für seine Arbeit. Ein Verkauf sei ihm deshalb nicht zumutbar. Zudem wäre der Betrag bereits zur Bestreitung des klägerischen Bedarfs innert 7 ½ Monaten verbraucht. Die Vorinstanz habe die Untersuchungsmaxime und ihre Begründungspflicht verletzt (Urk. 1 S. 11). Er sei sodann Eigentümer einer Liegenschaft in Frankreich mit einem Nettoverkehrswert von Fr. 300'000.–. Die Liegenschaft sei an eine Gesellschaft vermietet und die Mieterträge würden in etwa die anfallenden Auslagen und Steuern in Frankreich decken. Die Liegenschaft sei sodann für die nächsten drei Jahre vermietet, weshalb sie in dieser Zeit nicht verkauft werden könne (Urk. 1 S. 11). Aufgrund seiner Arbeitslosigkeit werde ihm derzeit keine Bank eine Hypothek gewähren (Urk. 1 S. 12). Weiter sei er Eigentümer einer 1 ½-Zimmerwohnung in Flims. Er habe die Wohnung für Fr. 280'000.– erworben, auf ihr würden insgesamt Fr. 175'000.– Schulden lasten (unter Hinweis auf Urk. 8/3/13+15 sowie Urk. 5/3). Die

Vorinstanz hätte die Zumutbarkeit eines Verkaufs prüfen müssen (Verletzung Untersuchungsmaxime und Begründungspflicht). Die Veräusserung einer Liegenschaft sei nur zumutbar, wenn damit zu rechnen sei, dass die benötigten Mittel mit einem Verkauf erzielt werden könnten. Aufgrund der Zweitwohnungsinitiative und des dadurch zusammengebrochenen Marktes seien Verkäufe von Ferienwohnungen allgemein wesentlich schwieriger geworden, was sich auf den Preis auswirke. Zu einem möglichen Verkaufspreis wäre ein Gutachten zu erstellen. Sodann bedürfe es Gutachten über die anfallenden Gebühren und Steuern im Zusammenhang mit dem Verkauf sowie der Höhe der Pönalzahlung an die Bank infolge vorzeitiger Vertragsauflösung betreffend Hypothek (Urk. 1 S. 12). Werde in einer groben Schätzung von einem Verkaufspreis von Fr. 230'000.– ausgegangen und die Schulden abgezogen (Fr. 175'000.–) sowie die verkaufsbedingten Kosten von rund Fr. 40'000.–, würden dem Kläger lediglich Fr. 15'000.– verbleiben, was seinem Bedarf von zweieinhalb Monaten entspreche (Urk. 1 S. 12 f.). Ein Verkauf sei ihm damit nicht zumutbar und eine Erhöhung der Hypothek aufgrund seiner Arbeitslosigkeit Illusion. Aber selbst wenn dem Kläger ein Verkauf des BMW X5 und der Ferienwohnung in Flims zugemutet würde, handle

- 12 - es sich dabei nicht um wesentliche Vermögenswerte, wie sie von der Lehre und Rechtsprechung für einen Vermögensverzehr verlangt würden. Zudem sei die Vorinstanz selbst von einem längeren Hauptverfahren ausgegangen, ihm werde ein Vermögensverzehr zu Unrecht auf unbestimmte Dauer zugemutet (Urk. 1 S. 13). Da die Parteien bereits geschieden seien, müsste er zudem faktisch sein Eigengut mit der Beklagten teilen, was unzumutbar sei (Urk. 1 S. 14). 3. Die Beklagte entgegnet, der Kläger gehe unzutreffenderweise davon aus, dass auch im Berufungsverfahren noch neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden könnten. Die Ausführungen des Klägers seien – soweit sie die beiden Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllten – nicht zu hören (Urk. 13 S. 3). Der Grundbedarf des Klägers von Fr. 6'000.– werde nicht bestritten, solange er seinen Unterhaltsverpflichtungen nachkomme. Zudem sei seine aktuelle Situation nicht von Dauer und sei auf die voraussehbaren künftigen Verhältnisse abzustellen. Bezüglich Vermögensverzehr könne nicht von einer völlig unvorhersehbaren juristischen Argumentation gesprochen werden. Es bestünden nur zwei Möglichkeiten, um Unterhaltskosten zu finanzieren: Einkommen oder Vermögen. Zudem wäre eine allfällige Gehörsverletzung vorliegend heilbar (Urk. 12 S. 4). Aufgrund der beruflichen Qualifikation und der behaupteten Anstrengungen um eine neue Arbeitsstelle sei von einer vorübergehenden Situation auszugehen. Vorliegend sei gerade ein Ausnahmefall für Vermögensverzehr gegeben (Urk. 12 S. 5). Es werde bestritten, dass der Kläger über kein Einkommen verfüge. Der Kläger preise sich weiterhin als Konsulent für Banken an (so im Internet und in einer grossen bulgarischen Zeitung), wobei es sich dabei mit seinem Know-How um ein lukratives Geschäft handle. Tatsächlich habe er berufliche Aktivitäten, zu denen er keine Belege einreiche. Er reise geschäftlich häufig. Es obliege ihm nachzuweisen, wozu diese Bemühungen unternommen worden seien und zu welchem Einkommen sie geführt hätten. Diesen ihm obliegenden Beweis habe er keineswegs erbracht. So habe der Kläger am tt. März 2015 in der ... bulgarischen Zeitung "... " gesagt, dass er von reichen Bulgaren konsultiert würde; die Leute wollten ihr Kapital wieder näher bei sich haben. Offenbar gehe der Kläger also davon

- 13 - aus, dass sich der Markt für Private Banking in Bulgarien und Russland in der Zukunft für ihn positiv entwickeln werde (Urk. 12 S. 3 und 6 f. unter Hinweis auf Urk.

14/1+2). Zudem bemühe sich der Kläger nicht ernsthaft um eine neue Stelle (16 Bewerbungen bei der F._____, wobei man sich dort nicht im besten Einvernehmen getrennt habe, 16 Bewerbungen über LinkedIn-Kontakte). Er strebe keine Anstellung an und wolle keine Unterhaltsbeiträge für seine Kinder mehr bezahlen. Hierfür verschleierte er seine tatsächlichen beruflichen Aktivitäten (Urk. 12 S. 7). Soweit der Kläger davon ausgehe, dass die Beklagte mehr verdiene als zum Zeitpunkt des Scheidungsurteils, sei ihm entgegenzuhalten, dass dies grundsätzlich keinen Abänderungsgrund darstelle. Ein Mehrverdienst der Mutter solle nicht den Vater entlasten, sondern den Kindern einen höheren Lebensstandard ermöglichen (unter Hinweis auf BGE 108 II 83 E. 2). Der in Urk. 8/26/4 aufgeführte Standard sei weiterzuführen (Urk. 12 S. 8). Der Kläger führe nach wie vor einen gehobenen Lebensstil (Reisen, Sushiparties). Es mache keinen Unterschied, woher er die Mittel dafür nehme. Die Vorinstanz habe jedenfalls das Recht korrekt angewendet, wenn sie ihm einen Vermögensverzehr zumute. Es werde bestritten, dass der Kläger über keine liquiden Mittel verfüge, da keine Bankauszüge, Kreditkartenabrechnungen o.ä. bei den Akten liegen würden. Zudem sei anzunehmen, dass er auch in Bulgarien eine Steuererklärung einzureichen habe (Urk. 13 S. 9 unter Hinweis auf Urk. 14/3). Beim Darlehensvertrag für die Liegenschaft in Flims handle es sich mit grosser Wahrscheinlichkeit um ein zu Prozess- oder Steuerzwecken produziertes Dokument, wobei Mittel des vermögenden Klägers via seine in Bulgarien äusserst bescheiden lebenden Eltern zurückgeflossen seien. Anders könne nicht erklärt werden, dass der Bulgarisch sprechende Kläger mit seinen einzig Bulgarisch sprechenden Eltern einen Vertrag auf Englisch abschliesse. Die Hypothek von Fr. 115'000.– sei ihm während seiner Arbeitslosigkeit gewährt worden. Dies lasse unzweifelhaft auf das Vorhandensein von Mitteln rückschliessen. Folge man den klägerischen Ausführungen, habe er immerhin Fr. 105'000.– in bar bezahlt. Damit habe er seinen behaupteten Liquidationsengpass mutwillig selber verschuldet (Urk. 13 S. 10 f.). Der Kläger beanspruche zu Lasten der Kinder einen besseren Notgroschen von Fr. 60'000.–, wofür kein Raum bestehe (Urk. 13 S. 11).

- 14 - 4. Der Kläger repliziert in seiner Eingabe vom 4. Mai 2015, gemäss Bundesgericht seien Noven im Berufungsverfahren auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes nur noch zulässig, wenn es sich um echte Noven handle oder wenn unechte Noven trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (BGE 138 III 625 E. 2.2 = Pra 2013 Nr. 26; Urk. 16 S. 2 f.). Daran bringt er Kritik vor und meint, bei Geltung der Untersuchungsmaxime könnten neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden. Es werde auf das Urteil des Obergerichts Zug vom 8. Juli 2014, Z1 2013 28, hingewiesen. Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde ans Bundesgericht sei abgewiesen worden (Urk. 16 S. 3 unter Hinweis auf BGER 5A_693/2014). Die Beklagte habe die Behauptungen des Klägers zu seinem Einkommen im erstinstanzlichen Verfahren nie bestritten (unter Hinweis auf Urk. 8/25 und Prot. I S. 9). Darauf sei sie zu behaften (Urk. 16 S. 4). Der Kläger versuche alles, um wieder arbeitstätig sein zu können. Um in der Finanzbranche ins Gespräch zu kommen, habe er ein Buch geschrieben, welches auch in Bulgarien publiziert worden sei. Dass er Interviewanfragen gerne annehme und sich bei dieser Gelegenheit in bestem Licht anpreise, sollte auch im Interesse der Beklagten liegen. Der Kläger könne keine Belege zu Verträgen oder Einkommen einreichen, die nicht existieren. Am 1. Februar 2015 habe der Kläger mit der E._____ Bank einen weiteren Vertrag für fünf Monate abschliessen können. Er erhalte dafür insgesamt EUR 20'200. Ob er ab dem 1. Juli 2015 einen weiteren Vertrag abschliessen können, sei derzeit noch offen (unter Hinweis auf Urk. 18/4). Die Beklagte

habe sich bislang in keiner Art und Weise zu den Bewerbungen des Klägers ge- äussert (Urk. 16 S. 5). Er habe sich von der F._____ in "very good terms" getrennt (Urk. 16 S. 6 unter Hinweis auf Urk. 18/5). Es verstehe sich von selber, dass der Kläger auch weniger hoch qualifizierte Anstellungen annehmen würde. Am 6. Mai 2015 finde ein Interview für die Position "Senior Trading Consultant for Privat Banking" bei der F._____ statt. Er bewerbe sich somit seriös, und Stellen bei der F._____ kämen auch in Frage (Urk. 16 S. 6 unter Hinweis auf Urk. 18/6+7). Bei den Bewerbungen, die angeblich über denselben Kontakt abgewickelt worden seien, handle es sich um einen Headhunter (Urk. 16 S. 6 unter Hinweis auf

- 15 - Urk. 18/8+9). Der Kläger habe seine Vermögensverhältnisse offengelegt. Sein Vermögen sei in der Steuererklärung in der Schweiz deklariert. In Bulgarien habe er noch nie eine Steuererklärung eingereicht bzw. einreichen müssen. Aufgrund seiner Tätigkeit mit der E._____ Bank habe er russische Geschäftspartner und - kunden in der Schweiz zu empfangen. Er habe diese vom Flughafen abzuholen und sie herumzufahren. Müsste er sein Auto verkaufen, hätte er regelmässig Fahrzeuge zu mieten, wodurch mindestens gleich hohe Kosten entstehen wür- den. Weiter wären mit einem allfälligen Verkaufserlös vorab seine Darlehensgläu- biger zu befriedigen (Urk. 16 S. 7). Sowohl der Kaufpreis der Wohnung in Flims als auch deren Finanzierung seien bis heute nie in Frage gestellt bzw. anerkannt worden. Der Kläger habe die Wohnung zu finanziell besseren Zeiten und mit der Unterstützung seiner Eltern gekauft. Die (auch Englisch sprechenden) Eltern des Klägers hätten diesem schon mehrfach finanziell aushelfen müssen (unter Hin- weis Urk. 8/3/6; Urk. 16 S. 8).

E. 6.1

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Verfahren nicht spruch- reif ist, sondern die Parteien bzw. der Kläger insbesondere zu dessen umstritte- nen liquiden bzw. einfach zu liquidierenden Vermögenswerten zu befragen sind bzw. der Sachverhalt dahingehend zu vervollständigen ist. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 318 N 35). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als dass vor Vorinstanz überhaupt keine Abklärungen zum liquiden bzw. einfach zu liquidie- rendem Vermögen des Klägers getätigt wurden und auch nicht abgeklärt wurde, inwiefern der Bedarf der Parteien und ihrer Kinder angesichts der finanziellen Si- tuation eingeschränkt werden kann. Es ist auch nicht hinreichend klar, wieviel der Kläger aktuell verdient (nebst dem Einkommen von der E._____ Bank: Einnah- men aus Mietverträgen und der Buchpublikation). Dazu wäre auch eine detaillierte Befragung des Klägers angezeigt gewesen. Die Berufungsinstanz würde daher durch eine nachträgliche Parteibefragung bzw. Urkundenedition im Berufungsver- fahren faktisch die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen. Hinzu kommt, dass im Falle einer umfassenden Parteibefragung durch die Berufungsinstanz diese als erste Instanz über wichtige Tatfragen entscheiden würde und die Parteien im Er- gebnis eine Instanz verlieren würden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich ei- ne Rückweisung des Entscheids an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung des Sachverhalts (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

- 22 -

E. 6.2

Der Kläger verpflichtete sich in der Vereinbarung vom 2. Juli 2014, bis Ende Januar 2015 je Kind Fr. 1'000.– Unterhaltsbeitrag und Schulkosten von Fr. 1'300.– zu bezahlen (Urk. 8/2/2). Die Vorinstanz wird somit Unterhaltsbeiträge erst ab Februar 2015 festzusetzen haben. III. 1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten. Diesbezüglich gilt es keine Anordnungen zu treffen. 2. Zuzugriff Rückweisung des Verfahrens können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das zweitinstanzliche Verfahren noch nicht abschliessend geregelt werden. Es sind daher zwar für das Berufungsverfahren Kosten festzusetzen, doch der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen ist dem Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten. Da das Verfahren nicht abgeschlossen wird, ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung der §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b, 8 Abs. 1 und 12 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Es wird beschlossen:

E. 11

September 2012, E. 5; BGE 128 III 411 E. 3.2.1; OGer ZH LC120041 vom 4. Februar 2013, E. II./3.7). Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe die Untersuchungsmaxime verletzt. Damit sind neue Vorbringen im Zusammenhang mit vom Vorderrichter nicht untersuchten Tatsachen unbeschränkt zulässig – soweit die Rüge zu Recht erhoben wird – und es braucht nicht auf das vom Kläger zitierte Urteil des Obergerichts Zug eingegangen zu werden, wonach im Berufungsverfahren in Bezug auf Noven jedenfalls dann die gleiche Regel wie im erstinstanzlichen Verfahren gelten soll, wenn – wie in Kinderbelangen – die umfassende Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (CAN 2015 Nr. 15 S. 42; BGer 5A_693/2014, ohne Erwägungen zu den Noven; zu den einzelnen die Untersuchungsmaxime betreffenden Rügen s. E. 5.5. unten).

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