

# ZH\_OBERGERICHT LY150044 vom 5. Oktober 2015

ZH Obergericht, 2015-10-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY150044](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY150044)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY150044 du 5 octobre 2015

IT: ZH\_OBERGERICHT LY150044 del 5 ottobre 2015

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Juni 1995. Aus ihrer Ehe sind die drei gemeinsamen Kinder, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1997, D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1999, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2002, hervorgegangen (act. 5/2). Seit dem 13. April 2012 leben die Parteien getrennt (act. 5/ 5/83 S. 5; act. 5/20/10 S. 5; Prot. Vi S. 4). Im Jahr 2012 resp. 2013 durchliefen die Parteien ein Eheschutzverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern (act. 5/5, Geschäfts-Nr. EE120010), in dessen Rahmen sie am 20. Juni 2012, am 16. Januar 2013 und am 3. April 2013 Teilvereinbarungen über die Regelung des Getrenntlebens im Sinne von Art. 175 f. ZGB schlossen (act. 5/5/33; act. 5/5/61; act. 5/5/82). In denjenigen vom 20. Juni 2012 und 16. Januar 2013 wurde vereinbart, dass C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Beklagten und Berufungsklägers (fortan Beklagter) und E.\_\_\_\_\_ unter die Obhut der Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) gestellt würden (act. 5/5/33 S. 2; act. 5/5/61 S. 2). Gemäss der Par-

- 4 - tevereinbarung vom 3. April 2013 verpflichtete sich die Klägerin, dem Beklagten ab dem 1. Januar 2013 an den Unterhalt und die Erziehung der beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ sowie D.\_\_\_\_\_ monatlich im Voraus einen Betrag von insgesamt Fr. 200.00 (Fr. 100.00 pro Kind, ohne allfällige vertragliche oder gesetzliche Kinderzulagen) zu leisten (act. 5/5/82 S. 2). Mit Eheschutzentscheid vom 3. April 2013 wurden die Vereinbarungen vorgemerkt und hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt; das Eheschutzverfahren wurde dadurch erledigt (act. 5/5/83 = act. 5/20/10).

### E. 2

Mit Eingabe vom 29. Juli 2014 machte die Klägerin gegen den Beklagten eine Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB am Bezirksgericht Affoltern (fortan Vorinstanz) anhängig (act. 5/1). Seither stehen sich die Parteien vor der Vorinstanz im Scheidungsverfahren gegenüber. Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 24. Oktober 2014 trafen die Parteien eine Teilvereinbarung über die Scheidung und die Scheidungsfolgen (Einverständnis mit Scheidung, elterliche Sorge / Obhut, Wohnsitz / persönlicher Verkehr, Erziehungsgutschriften; act. 5/29; Prot. Vi S. 5). Mit Eingabe vom 31. Oktober 2014 stellte der Beklagte die eingangs genannten Anträge auf Abänderung des Eheschutzentscheides vom 3. April 2013 im Sinne von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens (act. 5/30 S. 2). Daraufhin lud die Vorinstanz die Parteien zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 16. Januar 2015 vor (act. 5/32; Prot. Vi S. 6 ff.). Nach Weiterungen, insbesondere Fristansetzungen durch die Vorinstanz und Einreichung von Belegen durch den Beklagten zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen, wies die Vorinstanz das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen ab (act. 5/42; act. 5/45- 46; act.

5/47; act. 5/51-53). Mit Verfügung vom 23. Juli 2015 wies die Vorinstanz das Massnahmebegehren des Beklagten ab (act. 5/55).

### **E. 3**

Gegen die Verfügung vom 23. Juli 2015 erhob der Beklagte mit Eingabe vom 26. Juli 2015 fristgerecht Berufung. Er stellte die vorstehend aufgeführten Anträge (act. 2).

#### **E. 3.1**

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Im Übrigen stellt die Prüfung der

- 6 - Angemessenheit eine Frage der richtigen Rechtsanwendung dar, weshalb Rügen dazu unter Art. 310 lit. a ZPO fallen. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 10).

#### **E. 3.2**

Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich und begründet einzureichen. Enthält die Berufungsschrift keine Begründung, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Ist die Begründung nicht geradezu ungenügend, aber in der Substanz mangelhaft, lässt dies das Eintreten auf die Berufung zwar unberührt, kann sich aber in der materiellen Beurteilung zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken. Es genügt nicht, in der Berufungsschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben oder bloss das vor der Vorinstanz bereits Vorgebrachte zu wiederholen. Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung resp. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. zum Ganzen etwa Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 29-31, 36-39 und N 44; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 311 N 36 f.; vgl. OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 f., jeweils mit zahlreichen Verweisen).

### **E. 4**

Die Vorinstanz kam bei der Prüfung der Abänderungsgründe zum Schluss, dass der Beklagte nicht glaubhaft habe darlegen können, es sei ihm heute ein tieferes Einkommen anzurechnen und es habe auf Seiten der Klägerin eine wesentliche Einkommensänderung stattgefunden. Die verringerte Bedarfssituation beider Parteien sei ebenfalls nicht wesentlich. Daher sei die vom Beklagten beantragte Abänderung resp. Neufestsetzung der gemäss Eheschutzurteil vom 3. April 2013 zu leistenden Unterhaltsbeiträge abzuweisen (act. 4 S. 16 f.).

- 10 - 5.1. Zum Einkommen des Beklagten erwog die Vorinstanz, dass seine Beanspruchung von Sozialhilfe im Umfang von rund Fr. 1'500.00 ausgewiesen sei. Im Weiteren ergebe sich aufgrund der übereinstimmenden Ausführungen der Parteien und dem

Eheschutzurteil vom 3. April 2013, dass im Eheschutzverfahren davon ausgegangen worden sei, der Beklagte werde wieder eine Arbeitsstelle finden und ein Einkommen in der Höhe der ausbezahlten Arbeitslosentaggelder erzielen. Einerseits sei damals bereits bekannt gewesen, dass er ab Dezember 2013 keine Arbeitslosenentschädigung mehr erhalten werde. Andererseits hätte man für den Fall, dass er ab Dezember 2013 weniger Einkommen erzielen würde, eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge der Klägerin vorgesehen. Mit anderen Worten sei dem Beklagten spätestens für die Zeit nach Dezember 2013 ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 6'017.00 angerechnet worden. Ein solches könne ihm nur dann nicht mehr angerechnet werden, wenn er glaubhaft machen könnte, dass ihm die Erzielung dieses Einkommens trotz aller Anstrengungen nicht mehr zumutbar und möglich sei. Der Beklagte habe jedoch nicht genügend glaubhaft dargelegt, dass es ihm heute aufgrund seines fortgeschrittenen Alters sowie der stark verschlechterten Arbeitsmarktsituation für auf Grosssysteme spezialisierte Arbeitskräfte unzumutbar sei, ein Einkommen zu erzielen. Aus den von ihm eingereichten Zeitungsartikeln würden sich keine konkreten Rückschlüsse auf seine Anstellungschancen ziehen lassen. Hierfür müssten neben dem Alter des Beklagten auch seine Erfahrungen sowie seine konkreten Aus- und Weiterbildungen mitberücksichtigt werden. Gleiches gelte in Bezug auf die eingereichte E-Mail Korrespondenz, bestehend aus mehreren Jobabsagen. Anhand dieser Unterlagen könne nicht beurteilt werden, ob der Beklagte alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen habe. Vor allem wenn Kinderunterhalt zu regeln sei, stelle das Bundesgericht höhere Anforderungen an die Arbeitssuche als dies die Arbeitslosenkasse im Rahmen der Auszahlung von ALV-Geldern tue. Der Beklagte habe die in der vorliegenden Konstellation (u.a. Unterhalt unmündiger Kinder) geltenden hohen Anforderungen an die Ausschöpfung seiner Erwerbskraft bzw. an die Begründung, weshalb es ihm nicht möglich sei, den angerechneten hypothetischen Lohn zu erzielen, nicht erfüllt. Es sei ihm deshalb weiterhin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'017.00 netto anzurechnen (act. 4 S. 8-11).

- 11 - 5.2. Der Beklagte rügt in seiner Berufungsschrift, dass die Vorinstanz mit ihren Erwägungen, er habe nicht genügend glaubhaft gemacht, kein Einkommen mehr erzielen zu können, weshalb ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen und sein Gesuch um Erhöhung des Unterhaltsbeitrages abzuweisen sei, das Gebot der Gleichbehandlung der Kinder verletzt habe. Im Vorwurf, er habe sich zu wenig um Arbeit bemüht, liege ein gewisser moralischer Vorwurf, welcher nicht die Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ treffen könne. Diese hätten weder die Pflicht, eine Anstellung zu suchen, noch hätten sie dafür zu sorgen, dass er sich mehr um eine Anstellung bemühe. Sein Fehlverhalten könne ihnen nicht vorgehalten werden. Das vorinstanzliche Urteil führe dazu, dass sie dafür bestraft würden, beim Vater und nicht bei der Mutter zu leben, denn sie müssten so die Folgen seiner ungenügenden Bemühungen mittragen, obschon sie nichts dafür könnten. Es komme zu einer eklatanten Ungleichbehandlung der drei Kinder: C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ müssten Sozialhilfe in Anspruch nehmen, während E.\_\_\_\_\_ Mittel von Fr. 3'000.00 zur Verfügung stünden. Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ dürfe ihnen deshalb kein hypothetisches Einkommen seinerseits angerechnet werden. Für sie habe sich die Situation auf jeden Fall geändert. Abgesehen davon liege ein Abänderungsgrund vor, wenn sich eine im ursprünglichen Verfahren getroffene Prognose später nicht verwirkliche. Es komme nicht auf die Vorhersehbarkeit einer Änderung an. Es komme darauf an, ob die Änderung im ursprünglichen Entscheid berücksichtigt worden sei oder nicht, was vorliegend nicht der Fall sei. Man habe zwar gehofft, dass er wieder eine

Anstellung finden werde. Man habe im Eheschutzentscheid aber weder für den Fall, dass die Prognose eintreffe noch für den Fall, dass sie nicht eintreffe, eine Regelung getroffen (act. 2 Rz. 3-9 S. 2 ff.). 5.3. Im Gegensatz zur Abänderung von Scheidungsurteilen nach Art. 129 ZGB setzt die Abänderung von Eheschutzmassnahmen nicht voraus, dass die (wesentliche und dauernde) Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB auch unvorhersehbar war (vgl. OGer ZH LY150015 vom 9. Juni 2015, E. 5.2., und LY150020 vom 15. Juli 2015, E. 3.2., je mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Was der Beklagte jedoch daraus und aus seiner Behauptung, dass im Eheschutzentscheid bezüglich seiner Wiederanstellung

- 12 - keine Regelung getroffen worden sei, für sich ableiten möchte, ist nicht klar. Insbesondere besteht ein Abänderungsgrund infolge erheblicher und dauerhafter Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nur unter Vorbehalt der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens; ohne die Prüfung eines dem Beklagten anrechenbaren hypothetischen Einkommens wäre es nicht zu einer Unterhaltsabänderung gekommen. Es gilt in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob den Parteien ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, sei es um ihren eigenen Bedarf zu decken und so die unterhaltsverpflichtete Partei zu entlasten, oder um den Bedarf einer unterhaltsberechtigten Partei sicherzustellen. Es wird nur, aber immerhin erwartet, dass das Einkommen erzielt wird, das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Geht es um Kinderunterhalt, sind hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen (vgl. BGE 128 III 4, E. 4.a und BGE 137 III 118, E. 3.1). Der Beklagte spricht in seiner Berufungsschrift von "seinem Fehlverhalten" und "seinen ungenügenden Bemühungen" bei der Arbeitssuche. Er räumt damit implizit ein Selbstverschulden an der Arbeitslosigkeit ein resp. bestreitet grundsätzlich die Erwägungen der Vorinstanz zum hypothetischen Einkommen und der Anrechenbarkeit eines solchen bei ihm nicht. Er beruft sich einzig auf die Verletzung des Gebots der Gleichbehandlung der Kinder. Seine diesbezügliche Argumentation verfängt jedoch nicht. Leben die gemeinsamen Kinder teils bei der Mutter und teils beim Vater, so haben die Elternteile gemäss ihren eigenen finanziellen Umständen und ihrer Leistungsfähigkeit grundsätzlich jeweils übers Kreuz an die unter der elterlichen Sorge bzw. Obhut des anderen Elternteils stehenden Kinder in Form von Geldzahlungen Unterhalt zu leisten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung besagt, dass die Kinder dabei im Verhältnis zu ihren objektiven Bedürfnissen finanziell gleich zu behandeln sind. Bei der Festlegung der finanziellen Umstände bzw. der Leistungsfähigkeit der Eltern ist – wie soeben dargetan – gerade auch bei Kindern eine allfällige Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu prüfen. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt und auch kein moralischer Vorwurf erhoben, vielmehr geht es darum, die wirtschaftliche Existenz der Unterhaltsberechtigten sicherzustellen und die Lasten des Familienunterhalts gerecht zu verteilen. Ist die Anrechnung eines hypothetischen Ein-

- 13 - kommens bei einem Elternteil nach den bundesgerichtlichen Kriterien zu bejahen, ist gleichsam die Zumutbarkeit und Möglichkeit der Einkommenserzielung in entsprechender Höhe gegeben. Dass es sich dabei nicht um ein effektiv erzielttes Einkommen, sondern gerade eben um ein sog. hypothetisches handelt, ist dem Wesen dieses Rechtsinstituts immanent. Erzielt daher der Elternteil ein hypothetisches Einkommen in tatsächlicher Hinsicht nicht, ist dies unbeachtlich resp. führt dies nicht zu einer Ungleichbehandlung der Kinder, welche bei ihm leben. Rechtlich gesehen werden sie gleich behandelt.

Zusammengefasst kann folglich gesagt werden, dass der Beklagte die Erwägungen der Vorinstanz, es sei ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'017.00 netto anzurechnen, mit seinen Argumenten im Berufungsverfahren nicht umzustossen vermag, zumal er auch nicht annähernd versucht glaubhaft zu machen, es sei ihm die Erzielung eines solchen Einkommens unzumutbar oder unmöglich.

## E. 6

Im Weiteren macht der Beklagte Ausführungen dazu, wie bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ vorzugehen (gewesen) wäre. Ausgehend davon, dass er kein Einkommen erziele und die Klägerin als alleinige Erwerbstätige den Kinderunterhalt bestreiten müsse (act. 2 Rz. 10-14 S. 4 f.). Der der beklagten Berechnung zugrunde gelegten Annahme, dass der Kinderunterhalt durch die Klägerin alleine zu bestreiten sei, kann – wie soeben gezeigt – nicht gefolgt werden. An dieser Stelle ist zudem noch einmal darauf hinzuweisen, dass eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge erst in einem zweiten Schritt erfolgt, wenn in einem ersten Schritt das Vorliegen von Abänderungsgründen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB bejaht wird. Vorliegend war und ist eine Neuberechnung entsprechend nicht angezeigt. Auf die vom Beklagten angestellte eigene Berechnung der Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ (act. 2 Rz. 10-14 S. 4 f.) ist deshalb – mit Ausnahme der Ausführungen, welche im Zusammenhang mit den bereits vor Vorinstanz thematisierten Abänderungsgründen des erhöhten Einkommens der Klägerin und der entfallenen Betreuungsbedürftigkeit von E.\_\_\_\_\_ stehen (vgl. dazu nachfolgend Erw. III.7.2. und III.8.2.) – nicht weiter einzugehen.

- 14 - 7.1. Zum Einkommen der Klägerin führte die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid aus, dass – entgegen den Vorbringen des Beklagten – nicht auf ein von ihr in den letzten drei Jahren erzieltetes Durchschnittseinkommen abzustellen sei. Für die Prüfung der Abänderungsvoraussetzungen sei auf das aktuelle resp. auf das zuletzt erzielte Einkommen abzustellen und es könnten nur Veränderungen nach dem Eheschutzurteil vom 3. April 2013 beachtlich sein. Aus den Lohnausweisen der Klägerin von Oktober bis Dezember 2014 sei ersichtlich, dass sie einen Nettolohn von Fr. 7'978.40 erzielt habe. Abzüglich der ausbezahlten Kinderzulage von Fr. 500.00 und der Ausbildungszulage von Fr. 250.00 ergebe sich ein massgebendes Einkommen von Fr. 7'228.40 pro Monat, sprich eine Einkommensreduktion von rund 7.5%. Auf das von der Klägerin errechnete Einkommen von Fr. 6'995.00 ab Februar 2015 sei nicht abzustellen. Dieser Betrag beruhe auf einer von der Klägerin selbst erstellten Einkommensliste und der von ihr eingereichte ärztliche Bericht gebe lediglich eine Empfehlung zur Reduktion des Arbeitspensums auf 70% ab. Die Klägerin führe selber aus, die Kinderunterhaltsbeiträge von monatlich insgesamt Fr. 200.00 bezahlen zu wollen. Angesichts deren geringen Höhe sei es trotz Geltung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes vertretbar, keine genaueren Abklärungen zu einer weitergehenden Einkommensreduktion anzustellen. Die Einkommensreduktion der Klägerin von 7.5% könne nicht als wesentlich qualifiziert werden, weshalb diesbezüglich ein Abänderungsgrund fehle (act. 4 S. 12 f.). 7.2. Der Beklagte setzt sich in seiner Berufungsschrift in keiner Weise mit den vorgenannten vorinstanzlichen Erwägungen zum Einkommen der Klägerin auseinander. Er macht im Rahmen seiner Darlegungen, wie aus seiner Sicht die Kinderunterhaltsbeiträge zu berechnen (gewesen) wären, Ausführungen dazu, dass bei der Klägerin nach wie vor von einer 80-prozentigen Erwerbstätigkeit auszugehen sei (act. 2 Rz. 15 S. 5), obwohl die Vorinstanz von nichts anderem ausging. In Abweichung zu den vorinstanzlichen Erwägungen kommt der Beklagte allerdings zum

nicht näher begründeten Schluss, dass weiterhin von dem im Eheschutzentscheid vom 3. April 2013 festgelegten Einkommen der Klägerin von Fr. 7'818.00 (ohne Kinderzulagen) auszugehen sei (act. 2 Rz. 15 S. 6). Der Beklagte genügt damit einerseits den Anforderungen an die Berufungsbegründung nicht (vgl. oben

- 15 - Erw. II.3.2.). Andererseits macht er den Abänderungsgrund der deutlichen Einkommenssteigerung der Klägerin, auf welchen er sich (noch) vor Vorinstanz stützte, im Berufungsverfahren (gar) nicht mehr geltend. Weiterungen erübrigen sich deshalb. 8.1. Die Vorinstanz prüfte nicht nur konkret den vom Beklagten im Bedarf der Klägerin angeführten Abänderungsgrund (Entfallen der Betreuungskosten für die Tochter E.\_\_\_\_\_) auf eine wesentliche und dauerhafte Veränderung hin, sie nahm bei den Parteien eine gesamthafte Bedarfsberechnung vor. Dabei stellte sie die ursprünglichen im Eheschutzurteil vom 3. April 2013 berücksichtigten Bedarfspositionen den aktuellen resp. aktualisierten Bedarfspositionen der Parteien gegenüber. Zu den Betreuungskosten von E.\_\_\_\_\_ führte sie aus, dass diese im Eheschutzurteil vom 3. April 2013 Einlass gefunden hätten, von der Klägerin auch weiterhin glaubhaft dargelegt worden und im geltend gemachten, reduzierten Umfang zu berücksichtigen seien. Anhand einer gesamthaften Betrachtung kam die Vorinstanz zum Schluss, dass sich im Bedarf des Beklagten eine Reduktion um 5.5% ergebe und bei der Klägerin eine solche von 5%. Diese Veränderungen seien nicht wesentlich (act. 4 S. 13-16). 8.2. Bei der vom Beklagten angestellten eigenen Berechnung der Kinderunterhaltsbeiträge wiederholt er seinen bereits vor Vorinstanz vertretenen Standpunkt, dass die Betreuungskosten für E.\_\_\_\_\_ im Bedarf der Klägerin nicht mehr zu berücksichtigen seien. Er bringt zur Begründung vor, die Betreuungskosten würden im Wesentlichen darin bestehen, dass die Klägerin ihre Mutter unterstütze. Die Ansprüche der Kinder würden jedoch den Unterstützungsansprüchen der Mutter vorgehen. Zudem sei E.\_\_\_\_\_ mittlerweile 13 Jahre alt, besuche die Oberstufe und sei deshalb, insbesondere während des Tages, nicht mehr auf eine Rundumbetreuung angewiesen. Die Klägerin habe bereits im Eheschutzverfahren ihr Pensum reduziert, weil sie E.\_\_\_\_\_ betreuen müsse. Falls E.\_\_\_\_\_ nachmittags frei haben sollte, könne sie durch die nur 80% arbeitende Klägerin betreut werden. Die Grossmutter werde also nicht gebraucht (act. 2 Rz. 14 S. 5). 8.3. Was den Bedarf der Parteien anbelangt, ist vorzuschicken, dass das Abänderungsverfahren keine Revision ist; es ermöglicht – wie die Vorinstanz bereits

- 16 - zutreffend anführte (act. 4 S. 13) – keine umfassende Neubeurteilung der Rechtslage. Es dürfen nur gerade die veränderten Tatsachen und ihre voraussichtliche Weiterentwicklung, nicht aber die gerichtlichen Feststellungen und Wertungen des früheren Prozesses neu beurteilt werden (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, Rz. 09.14, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Dem Vorbringen des Beklagten, dass die Betreuungskosten von E.\_\_\_\_\_ nicht mehr in den Bedarf der Klägerin auszunehmen seien, weil diese damit letztlich ihre Mutter finanziell unterstütze, ist insofern kein Erfolg beschieden. Dass E.\_\_\_\_\_ nicht anderweitig, sondern durch die Grossmutter betreut werden soll und diese entsprechend dafür entlohnt wird, stellen im Eheschutz getroffene Wertungen dar. An diesen ist ohne eine diesbezügliche Verhältnisveränderung nicht zu rütteln. Eine nähere Auseinandersetzung mit dem Vorrang von Kinderunterhalts- gegenüber allfälligen Verwandtenunterstützungsansprüchen erübrigt sich; alles andere würde auf eine unstatthafte Korrektur des Eheschutzentscheides hinauslaufen. Des Weiteren ist dem Beklagten zwar darin zuzustimmen, dass E.\_\_\_\_\_ zwei Jahre älter ist als noch im Eheschutzverfahren. Es kann jedoch keineswegs gesagt werden,

dass ein 13-jähriges, am Anfang der Pubertät stehendes Kind keiner Betreuung mehr bedarf. Zusätzlich ist aus den Akten ersichtlich, dass die Tochter E.\_\_\_\_\_ durch die Trennungssituation der Parteien emotional sehr belastet ist. Sie äusserte in der Vergangenheit Suizidgedanken und musste psychologische Hilfe in Anspruch nehmen. Sie stand resp. steht in psychotherapeutischer Behandlung beim Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst in ... (act. 5/ 5/12; act. 5/5/32 S. 2; act. 5/12 S. 2; act. 5/37 S. 10 f.). Die Tochter E.\_\_\_\_\_ ist deshalb offensichtlich in einem erhöhten Masse auf konstante Betreuung und Unterstützung durch ihr vertraute Personen angewiesen, als es ein Kind in ihrem Alter ansonsten sein mag. Dass E.\_\_\_\_\_ nach der Schule jeweils nicht alleine zu Hause und für sie bereits gekocht ist, wenn sie mittags nach Hause kommt, erscheint angezeigt. Das 80-prozentige Arbeitspensum der Klägerin verteilt sich gemäss ihren glaubhaften Darlegungen vor Vorinstanz auf alle Wochentage. Sie arbeitet am Montag, Dienstag und Donnerstag ganztags bis rund 18.00 Uhr und ist gegen 19.00 Uhr zu Hause. Am Mittwoch und Freitag arbeitet sie bis 14 Uhr (act. 5/37 S. 10). Das erhellt, dass eine hinreichende Betreuung von E.\_\_\_\_\_ im

- 17 - genannten Sinne durch die Klägerin nicht selber erbracht werden kann und eine Betreuung durch die Grossmutter nach wie vor angezeigt ist. Den Vorbringen des Beklagten, dass im Bedarf der Klägerin keine Betreuungskosten mehr für die Tochter E.\_\_\_\_\_ zu berücksichtigen seien, ist daher nicht zu folgen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ist von den (gesunkenen) Betreuungskosten von Fr. 1'430.00 auszugehen. Die Reduktion von Fr. 75.00 gegenüber den im Eheschutzurteil berücksichtigten Kosten von Fr. 1'505.00 stellt keine wesentliche Veränderung dar.

## **E. 9**

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es dem Beklagten nicht gelingt, mit seiner Berufung durchzudringen. Sie ist in der Sache offenkundig unbegründet und demnach abzuweisen und die Verfügung des Bezirksgerichts Affoltern vom 23. Juli 2015 (Geschäfts-Nr. FE140079-A/Z05) ist zu bestätigen. IV. 1. Der Beklagte hat mit Eingabe vom 26. Juli 2015 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (act. 2 S. 2 und 6 f.). Da die Gewinnaussichten der Berufung von Anfang an beträchtlich geringer waren als die Verlustrisiken (vgl. vorstehende Erwägungen), ist diese im armenrechtlichen Sinne als aussichtslos anzusehen und das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege ist aus diesem Grund abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). Weiterungen erübrigen sich. 2. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 bis 3 sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Entscheidungsbüher von Fr. 2'500.00. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

- 18 - 3. Der Klägerin ist mangels relevanter, zu entschädigender Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), dem Beklagten nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Bezirksgerichts Affoltern vom 23. Juli 2015 (Geschäfts-Nr. FE140079-A/Z05) wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüher wird auf Fr. 2'500.00 festgesetzt. 3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Beklagten

auferlegt. 4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 3/2, sowie an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 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 - 19 - Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 66'528.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. K. Würsch versandt am:

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