

# ZH\_OBERGERICHT LY150053 vom 20. Mai 2016

ZH Obergericht, 2016-05-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY150053](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY150053)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY150053 du 20 mai 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LY150053 del 20 maggio 2016

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien waren vom tt. Juni 1999 bis 17. Februar 2005 (Datum des Scheidungsurteils) verheiratet (act. 6/6/2; act. 6/6/9). Aus ihrer Ehe gingen die drei Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2000, sowie D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_, beide geboren am tt.mm.2001, hervor (act. 6/6/2). Mit Scheidungsurteil vom 17. Februar 2005 wurden die Kinder unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt. Der Vater

- 5 - verpflichtete sich, der Mutter für sich und die Kinder monatlich Fr. 4'700.– Unterhalt zu bezahlen, wovon der auf die Kinder entfallende Anteil (exklusive Kinderzulagen) auf Fr. 2'700.– (Fr. 900.– pro Kind) festgesetzt wurde (act. 6/6/9). Die Parteien sind heute 54 und 51 Jahre alt. Ihre Kinder 16- und 14-jährig. Der Kläger ist überdies Vater einer 22-jährigen Tochter aus erster Ehe, welche sich noch in der Erstausbildung befindet (act. 5 S. 30; Prot. VI S. 9 f.).

#### E. 1.2

Mit Eingabe vom 10. Juli 2015 stellte der Vater, Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter (fortan Kläger) vor Vorinstanz ein Begehren um Abänderung der im erwähnten Scheidungsurteil getroffenen Unterhaltsverpflichtung. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (act. 6/1 S. 2). Dieses ergänzte er anlässlich der Verhandlung vor Vorinstanz, in der auch die Mutter, Beklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin (fortan Beklagte) ihre eingangs erwähnten Anträge stellte (act. 6/13 S. 1; act. 6/15 S. 2).

#### E. 1.3

Mit Verfügung vom 3. November 2015 hob die Vorinstanz die im Scheidungsurteil festgesetzte Unterhaltsverpflichtung auf und ersetzte sie durch eine neue Regelung (act. 4/1 = act. 5 = act. 6/17 = act. 8/3-4, nachfolgend zitiert als act. 5). Gegen diesen Entscheid erhoben beide Parteien rechtzeitig Berufung (act. 3; act. 8/2). Mit Beschluss vom 9. Dezember 2015 vereinigte die Kammer die zwei Berufungsverfahren unter der Nummer des vorliegenden Prozesses und schrieb das Verfahren mit der Nummer LY150054 als erledigt ab. Gleichzeitig wurde die Verfahrensleitung delegiert (act. 7). Die vorinstanzlichen Akten, inklusive der Akten des Scheidungsverfahrens (Geschäfts Nr.: FE040308 als act. 6/6/1-11), wurden beigezogen (act. 6/1-18). Auf die Einholung von Berufungsantworten wurde verzichtet. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

### E. 2

Vorbemerkungen

## **E. 2.1**

Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des Klägers für die gemeinsamen Kinder und für die Beklagte persönlich. Damit

- 6 - liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393, Erw. 2, BGer 5A\_740/2009 vom 2. Februar 2010, Erw. 1). Der für die Berufung vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gemäss den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren der Parteien (das heisst strittige Unterhaltsbeiträge von monatlich insgesamt Fr. 2'700.– für die Kinder sowie Fr. 2'000.– für die Beklagte bei einer Verfahrensdauer von angenommen 2 Jahren) ohne Weiteres gegeben. Die Berufung ist innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheids schriftlich und begründet einzureichen (Art. 314 Abs. 1 ZPO; Art. 311 Abs. 1 ZPO). Mit Berufung können sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings Zurückhaltung aufzuerlegen (BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, N 6 zu Art. 310; SEILER, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 475).

## **E. 2.2**

Die Vorinstanz hat die allgemeinen rechtlichen Grundlagen für Streitige Abänderungsverfahren sowie die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zutreffend wiedergegeben (vgl. act. 5, Erw. III./1.-3.). Darauf kann verwiesen werden. In prozessualer Hinsicht ist lediglich ergänzend festzuhalten, dass für die vorliegend zu beurteilenden Kinderbelange der uneingeschränkte (strenge) Untersuchungsgrundsatz und die Offizialmaxime gelten (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Dies führt nach der Praxis der Kammer in Präzisierung von Art. 317 Abs. 1 ZPO auch im Berufungsverfahren zur unbeschränkten Zulässigkeit von Noven bis zur Urteilsberatung (OGer ZH LC130019 vom 8. Mai 2013, Erw. 3.1.). Dies ändert jedoch nichts an der summarischen Natur des Verfahrens und an den Mitwirkungspflichten der Parteien bei der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhalts (BK-ZPO-SPYCHER, Art. 296 N 7). Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen im summarischen Verfahren bezweckt die relativ rasche Schaffung einer vorläufigen Friedensordnung während der unter Umständen längeren Dauer des ordentlichen Verfahrens. Dabei sind die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhält-

- 7 - nisse, bei freier Beweiswürdigung, lediglich glaubhaft zu machen (Leuenberger, in FamKomm-Schwenzer, 2. Aufl. 2011, Anh. ZPO, Art. 276 N. 1 und 17). Das Gericht muss somit nicht von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt sein, es reicht aus, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht. Es besteht mit anderen Worten kein Anspruch auf abschliessende Beurteilung. Ein solcher ist vielmehr dem ordentlichen Verfahren vorbehalten (FamPra 2010 S. 705 ff. = BGer 5A\_117/2010 vom 5. März 2010, Erw. 3.3).

## **E. 3**

Vorinstanzlicher Entscheid und Parteistandpunkte

### E. 3.1

Die Vorinstanz bejahte in einem ersten Schritt die Wesentlichkeit und Dauerhaftigkeit der Änderung in den Einkommensverhältnissen des Klägers (act. 5 S. 8 ff.): Während dem Kläger im Scheidungsurteil vom 17. Februar 2005 ein Einkommen von Fr. 7'600.– aus Haupt- und Nebenerwerb angerechnet worden sei, sei für die Zeit bis Ende Februar 2016 von einem monatlichen Nettolohn von Fr. 3'487.– auszugehen. Anschliessend sei ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'900.– anzurechnen. Grund für diese Einkommenseinbusse, so die Vorinstanz, sei die angeschlagene gesundheitliche Verfassung des Klägers. Als er im Jahr 2009 seine Arbeitsstelle verloren habe, habe er sich bei der F.\_\_\_\_\_ AG als Call Agent anstellen lassen. Nach einem im Oktober 2014 erlittenen Herzinfarkt seien psychische Probleme hinzugetreten. Zwar habe er nicht nachweisen können, dass er sich nach der Kündigung ernsthaft um eine besser bezahlte Arbeitsstelle bemüht habe, hingegen habe er seit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Beklagten im Jahr 2009 einen erheblich grösseren Teil der Kinderbetreuung übernommen, indem er diesen jeweils das Mittagessen zubereite bzw. sie über Mittag betreue. Hierzu sei er gemäss Scheidungskonvention nicht verpflichtet. Die verminderte Leistungsfähigkeit des Klägers sei aufgrund der eingereichten Arztberichte zumindest bis Ende Juli 2015 genügend nachgewiesen. Insgesamt könne dem Kläger nicht vorgeworfen werden, nach dem Stellenverlust im Jahr 2009 böser oder mutwillig weniger Einkommen generiert zu haben. Aufgrund dieser Umstände sei ihm unter Anrechnung einer angemessenen Übergangsfrist ab Anfang März 2016 ein hypothetisches Einkommen

- 8 - anzurechnen. Dies deshalb, weil zum einen aufgrund der erwähnten Arztberichte nicht von einer bleibenden Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit auszugehen sei, und zum anderen der Kläger selbst an mehreren Stellen ausgeführt habe, er werde sich um eine besser bezahlte Anstellung resp. um eine schrittweise Erhöhung seines Arbeitspensums bemühen (act. 5 S. 14 ff.). Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung des Alters des Klägers von 54 Jahren, seiner Ausbildung als Verkäufer und seinen fundierten Kenntnissen im Bereich des Autoverkaufs erwog die Vorinstanz, eine 100%-ige Arbeitstätigkeit im Bereich des Auto- oder Detailhandels sei ab März 2016 zumutbar und möglich. Mit Verweis auf den individuellen Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik setzte die Vorinstanz den anzurechnenden hypothetischen Lohn des Klägers auf Fr. 4'900.– (netto inkl. Anteil am 13. Monatslohn) fest. Gestützt auf die errechneten Bedarfswerte des Klägers von Fr. 2'791.– bis Ende 2015 resp. Fr. 2'868.– ab 1. Januar 2016 verpflichtete die Vorinstanz diesen in Abänderung des Scheidungsurteils vom 17. Februar 2005 zu folgenden Kinderunterhaltszahlungen: – Fr. 174.– pro Kind, rückwirkend vom 10. Juli 2015 (Datum der Rechtshängigkeit des Abänderungsbegehrens) bis 31. Dezember 2015, – Fr. 155.– pro Kind, vom 1. Januar 2016 bis 29. Februar 2016, – Fr. 508.– pro Kind, ab Erlangung einer 100% Arbeitsfähigkeit, spätestens ab 1. März 2016, bis zur Rechtskraft des Abänderungsurteils. Die Kinderunterhaltsbeiträge wurden so berechnet, dass der nach Deckung des betriebsrechtlichen Existenzminimums des Klägers verbleibende Betrag auf alle vier Kinder des Klägers gleich verteilt wurde. Für den Fall, dass der Kläger bis 29. Februar 2016 im Durchschnitt mehr als Fr. 3'487.– verdienen sollte, wurde festgehalten, dass die Kinderunterhaltsbeiträge um einen Viertel des Fr. 3'487.– übersteigenden Betrages erhöht würden. Entsprechend wurde der Kläger dazu verpflichtet, der Beklagten unaufgefordert bis spätestens 15. März 2016 Belege über das tatsächlich erzielte Erwerbseinkommen im Zeitraum vom 10. Juli 2015 bis 29. Februar 2016 zukommen zu lassen. Die Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich wurden mangels

Leistungsfähigkeit rückwirkend ab 10. Juli 2015 aufgehoben (act. 5 S. 14 ff. und 35).

- 9 -

### **E. 3.2**

Der Kläger macht im Wesentlichen eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung sowie eine willkürliche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz geltend. Dabei rügt er vor allem die Annahme der Vorinstanz, wonach er spätestens ab März 2016 gesundheitlich dazu in der Lage sein solle, einer 100%-igen Arbeitstätigkeit nachzugehen. Aufgrund seines erlittenen Herzinfarkts und seines derzeitigen Krankheitsbilds könne er weder sein Arbeitspensum erhöhen noch eine andere Arbeitsstelle finden. Dies gehe sowohl aus den eingereichten Arztberichten als auch aus dem neu eingereichten Attest von Dr. med. G. \_\_\_\_\_ hervor. Letzterer halte zudem fest, dass ihm zumindest bis Mitte Mai 2016 keine Erhöhung des derzeitigen Arbeitspensums zugemutet werden könne. Darüber hinaus seien die Ausführungen der Vorinstanz widersprüchlich, wenn sie an anderer Stelle ausführe, es sei zurzeit nicht abschätzbar, wann er wieder zu 100% arbeitsfähig sein werde (act. 3 S. 7 und 10 f.). Fehlgehe die Vorinstanz auch in der Annahme, er habe sich bis heute nicht in genügender Weise um eine andere Arbeitsstelle bemüht. Einerseits habe er ausgeführt, sich mehrmals erfolglos beworben zu haben, und andererseits seien seine Aussichten auf eine Anstellung aufgrund seiner derzeitigen zwischen 50 und 100% schwankenden Arbeitsunfähigkeit ohnehin sehr gering. Zu berücksichtigen sei dabei auch der Umstand, dass er an Depressionen leide und sich erhöhte Suchbemühungen aufgrund der Stresssituationen negativ auf seine Genesung auswirkten. Die von der Vorinstanz gewährte Frist von knapp vier Monaten zur Wiedererlangung einer 100%-igen Arbeitstätigkeit sei auch unter diesem Aspekt viel zu kurz. Weiter verfüge er nicht über fundierte Erfahrungen im Bereich des Autohandels, wie die Vorinstanz angenommen habe. Er habe sich während einer relativ kurzen Zeit in dieser Branche versucht, was mittlerweile aber bereits gut 10 Jahre zurück liege. Heute seien Autoverkäufer einem erhöhten Druck ausgesetzt und würden meist auf Provisionsbasis arbeiten. Diesem Druck sei er aufgrund seiner gesundheitlichen Situation nicht gewachsen. Schliesslich sei die Einstufung im Bereich des Autohandels mit Anforderungsniveau 5 (abgeschlossene Berufsausbildung, jedoch ohne Kaderfunktion) deutlich zu hoch (act. 3 S. 6 ff.).

### **E. 3.3**

Die Beklagte rügt im Wesentlichen, die Vorinstanz habe das Recht falsch angewandt. Indem diese ausführe, es könne dem Kläger nicht vorgeworfen werden, im Jahr 2009 bösbzw. mutwillig darauf verzichtet zu haben, ein höheres

- 10 - Einkommen zu erzielen, verkenne sie, dass ein Abänderungsgrund bereits dann nicht vorliege, wenn die Einkommensreduktion auf freiwilliges Handeln des Schuldners zurückzuführen sei. Der Kläger habe sich seit dem Stellenverlust im Jahr 2009 überhaupt nicht darum bemüht, eine Anstellung zu finden, mit welcher er an dem gemäss Scheidungsurteil festgehaltenem Lohn hätte anknüpfen können. Die Ausführungen des Klägers, wonach er gezwungen gewesen sei, das Angebot als Call Agent anzunehmen, seien widersprüchlich. Darüber hinaus habe er seine behaupteten Suchbemühungen nicht dargelegt. Unberücksichtigt zu bleiben habe ferner auch der Umstand, wonach der Kläger seit 2009 gelegentlich die Mittagsbetreuung der Kinder übernehme. Dieser Einsatz werde zwar geschätzt, rechtfertige aber noch keine Reduktion seiner Unterhaltsverpflichtung gemäss Scheidungsurteil. Da der Kläger bereits seit mehr als fünf Jahren in einer

"bequemen" Arbeitstätigkeit verharre, ohne seinen Unterhaltsverpflichtungen nachzukommen, erscheine sein Abänderungsgesuch geradezu rechtsmissbräuchlich. Die behauptete gesundheitliche Beeinträchtigung sei nicht nachgewiesen. Aus diesen Gründen habe er die Einkommenseinbusse freiwillig verursacht, weshalb ihm weiterhin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 7'600.– anzurechnen sei (act. 8/2 S. 4 ff.).

#### **E. 4**

Würdigung

##### **E. 4.1**

Einkommen des Klägers

###### **E. 4.1.1**

Unstrittig ist im vorliegenden Verfahren die Wesentlichkeit und Dauerhaftigkeit der Einkommensveränderung des Klägers an sich. Strittig ist jedoch die Frage, ob (und wenn ja in welcher Höhe und ab welchem Zeitpunkt) dem Kläger ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden darf. Es gilt in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob den Parteien ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist. Ein solches ist nach der Rechtsprechung einzusetzen, wenn die betreffende Prozesspartei bei gutem Willen und zumutbarer Anstrengung ein solches Einkommen erzielen kann (BGE 137 III 118, Erw. 2.3; 128 III 4, Erw. 4a; 127 III 136, Erw. 2a). Bei der Festsetzung des hypothetischen Einkommens ist zwischen Rechts- und Tatfrage zu unterscheiden. Rechtsfrage ist, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint; die entsprechenden Annahmen beruhen auf allgemeiner Lebenserfahrung, was als Rechtsfrage gewürdigt wird (BGE 126 III 10,

- 11 - Erw. 2b). Tatfrage ist, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich (Ausbildung, Arbeitsmarktlage, Alter, Gesundheit, etc.) und welches Einkommen dabei effektiv erzielbar ist (Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik; MÜLHAUSER, Das Lohnbuch, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz,

###### **E. 4.1.2**

Wie die Vorinstanz unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zutreffend ausführte, kann die Abänderung einer Unterhaltsverpflichtung frühestens ab dem Zeitpunkt der Klageeinleitung, vorliegend also ab dem 10. Juli 2015 verlangt werden (act. 5 S. 31; vgl. auch FamPra.ch 3/2009, S. 777 ff. für den Kinderunterhalt sowie HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl. 2010, Rz.09.143 für den Ehegattenunterhalt). Die bis zu diesem Zeitpunkt geschuldeten und allenfalls aufgelaufenen Unterhaltsbeiträge können mit anderen Worten nicht mehr abgeändert werden. Auf die Ausführungen der Beklagten, wonach der Kläger bereits nach dem Stellenverlust im Jahre 2009 sein Einkommen freiwillig reduziert habe, indem er sich gar nicht um eine gleichbezahlte Stelle bemüht habe, ist mithin nicht weiter einzugehen. Für die Frage, ob dem Kläger ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann, oder ob stattdessen auf Basis des tatsächlich erzielten Lohnes seine Unterhaltsverpflichtung anzupassen ist, sind die aktuellen Umstände massgebend.

###### **E. 4.1.3**

Dass der Kläger, nachdem er im Oktober 2014 einen Herzinfarkt erlitten hatte, zunächst hospitalisiert wurde und sich später in psychotherapeutischer Behandlung begab, ist belegt. In den zahlreichen vor Vorinstanz eingereichten ärztlichen Zeugnissen wird ihm

für die Zeit von Mitte Oktober 2014 bis Ende Juli 2015 eine zwischen 50 und 100% schwankende Arbeitsunfähigkeit attestiert (act. 6/3/5/1-17). Der Einwand der Beklagten, wonach der Herzinfarkt und vor allem die psychischen Probleme nicht ansatzweise dokumentiert seien (act. 8/2 S. 7), ist daher unbegründet.

- 12 -

#### **E. 4.1.4**

Vor Vorinstanz führte der Kläger aus, langfristig wieder einem Vollzeitpensum nachgehen zu wollen, momentan jedoch nicht dazu in der Lage zu sein. Dies deshalb, weil die psychischen Schwierigkeiten und die regelmässige therapeutische Behandlung immer wieder zu vollzeitlichen Arbeitsunterbrüchen führten. Da er auf Stundenbasis arbeite und seine Arbeitszeit grundsätzlich frei einteilen könne, betrage sein derzeitiges Arbeitspensum im Durchschnitt 50% (Prot. VI S. 18; act. 6/13 S. 3 ff.). Damit ist immerhin glaubhaft, dass der Kläger in seiner Arbeitstätigkeit als Call Agent die bis Ende Juli 2015 belegten Arbeitsausfälle bestmöglich kompensieren kann. Von einer freiwillig verursachten Einkommenseinbusse, wie die Beklagte ausführt, kann bis zu diesem Zeitpunkt daher nicht die Rede sein. Wie die Vorinstanz zu Recht bemerkte, kann den eingereichten Arztberichten allerdings nicht entnommen werden, wie lange der Kläger aufgrund seines angeschlagenen Gesundheitszustands weiterhin arbeitsunfähig sein wird, resp. ab wann wieder mit einer 100%-igen Arbeitstätigkeit gerechnet werden kann. Belegt sind, wie gesehen, lediglich die Arbeitsausfälle bis Ende Juli 2015. Aus dem im Berufungsverfahren neu eingereichten ärztlichen Bericht vom 20. November 2015 kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. Gemäss diesem befindet er sich seit März 2015 in einer psychiatrisch-psychotherapeutischen Behandlung und ist er auf Medikamente angewiesen. Seine aktuelle Arbeitsfähigkeit in der Tätigkeit als Call Agent betrage 60% und die Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit bringe das Risiko einer erneuten psycho-physischen Dekompensation mit sich. Ein Wechsel der Arbeitstätigkeit sei aus denselben Gründen erst ab ca. Mitte Mai 2016 zu befürworten. Bis zu diesem Zeitpunkt sei auch eine Erhöhung des Arbeitspensums nicht ratsam (act. 4/2). Eine eingehende medizinische Begründung der auf 60% beschränkten Arbeitsfähigkeit fehlt ebenso wie ein medizinischer Befund, eine Diagnose oder eine Feststellung darüber, bei welchen Tätigkeiten der Kläger eingeschränkt sein soll. Insbesondere fehlt es auch an einer begründeten Prognose in Bezug auf die Entwicklung der Arbeitsfähigkeit. Da die Anforderungen an die Ausschöpfung der Erwerbskraft aus den oben erwähnten Gründen hoch sind (vgl. Ziff. 4.1.), kann für die Frage, ob der Kläger ein höheres Einkommen erzielen kann, nicht auf diesen Bericht abgestellt werden. Abgesehen davon hätte der Kläger seine Arbeitsfähigkeit in der Zeit bis 1. März 2016 ohnehin nicht entsprechend den ärztlichen Feststellungen ausgeschöpft. Einzig in Bezug auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme einer 100%-igen Tätigkeit könnte der Kläger allenfalls etwas zu seinen Gunsten ableiten, indem eine Steigerung des Arbeitspensums statt per Anfang März erst ab Mitte Mai 2016 in Betracht fiele. Nach dem Gesagten konnte der Kläger nicht glaubhaft machen, dass er mit seiner Anstellung als Call Agent seine derzeitige Arbeitskraft ausreichend ausschöpft. Wie die Vorinstanz richtig bemerkte, fallen dabei auch seine eigenen Ausführungen ins Gewicht, wonach er gewillt sei, sein Arbeitspensum schrittweise zu erhöhen (Prot. VI S. 20). Sodann konnte der Kläger in keiner Weise glaubhaft dar-tun, dass es ihm in Anbetracht seiner psychischen Probleme nicht möglich sein soll, eine andere Stelle zu finden. Vor Vorinstanz erwähnte er zwar eine interne

Bewerbung bei seiner jetzigen Arbeitgeberin und zwei Stellengesuche bei der H.\_\_\_\_\_. Weiter gab er zu Protokoll, sich "kreuz und quer" beworben zu haben, jedoch immer ohne Erfolg (Prot. VI S. 18). Diese Anstellungsbemühungen unternahm der Kläger jedoch – wie von ihm in der Berufungsschrift selber bemerkt – in der Zeit vor Auftreten seiner gesundheitlichen Probleme, womit diese nichts über seine Anstellungschancen mit den geltend gemachten Einschränkungen aussagen. Für die Zeit danach reicht er weder Bewerbungsschreiben noch Absagen ins Recht. Vielmehr begnügt er sich damit, auf seine 50%-ige Arbeitsunfähigkeit resp. auf seine angeschlagene Gesundheit hinzuweisen (Prot. VI S. 18 f.; act. 3 S. 11).

#### **E. 4.1.5**

Der Kläger ist 54-jährig. Er hat eine Postlehre als Briefträger absolviert, war während längerer Zeit erfolgreich im Autohandel tätig und besuchte berufsbegleitend dazu eine Handelsschule, welche er mit Diplom abschloss (vgl. Ausführungen der Beklagten: Prot. VI S. 6 und act. 15 S. 3; vom Kläger bestätigt: Prot. VI S. 13 oben). Die Tätigkeit als Autoverkäufer hat er im Jahre 2000 aufgegeben (Prot. VI S. 19). Zum Zeitpunkt der Scheidung im Jahr 2005 war der Kläger Inhaber eines Nachtclubs und arbeitete nebenbei beim I.\_\_\_\_\_. Gestützt auf die mit diesen beiden Erwerbstätigkeiten erzielten Einnahmen wurde sein Einkommen im Scheidungszeitpunkt auf Fr. 7'600.– festgesetzt (act. 6/6/9 S. 4; act. 6/15 S. 3). Nachdem sein Nachtclub aus Lärmschutzgründen Ende 2006/Anfang 2007 nicht mehr rentiert hatte, musste der Kläger Konkurs anmelden, was unbestritten ist. Im Jahr 2006

- 14 - führte er drei bis vier Einzelunternehmen und war dabei im Bau- und Verkaufsbereich (Handel mit Oldtimern) tätig (Prot. VI S. 16). Im Jahr 2008 liess er sich in einem 50%-Pensum bei einem Nachtclub anstellen und konnte ein Jahr später auf 100% erhöhen. Nachdem ihm dort gekündigt worden war, trat er 2009 seine derzeitige Stelle als Call Agent bei der F.\_\_\_\_ AG an (Prot. VI S. 18 f.). Wie eingangs festgehalten (vgl. Ziff. 2.2.), sind die tatsächlichen Verhältnisse im vorliegenden summarischen Massnahmeverfahren lediglich glaubhaft zu machen. Vor diesem Hintergrund stellen zwar weder die Wiederveranstaltung beim früheren Arbeitgeber noch die Wiederaufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit als Nachtclubbesitzer realistische Optionen dar. Hingegen erscheint die Wiederaufnahme einer Tätigkeit im Bereich des Autohandels, wie sie die Vorinstanz erwogen hat, in rechtlicher Hinsicht – aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung – zumutbar. Auch in tatsächlicher Hinsicht ist glaubhaft, dass eine Tätigkeit in diesem Bereich möglich ist, und dass der Kläger aufgrund seiner Ausbildung und der in der fraglichen Branche gesammelten Berufserfahrungen eine entsprechende Stelle finden kann. Zwar dürfte er als älterer und entsprechend teurerer Mitarbeiter bei der Stellensuche gegenüber jüngeren Bewerbern benachteiligt sein und ist nicht auszuschliessen, dass sich – wie vom Kläger geltend gemacht (Prot. VI S. 19) – die Arbeitsmarktlage aufgrund des aufgetretenen Internethandels verschlechtert hat. Allerdings war es dem Kläger im Jahr 2006 möglich, im Oldtimer-Verkauf tätig zu sein (Prot. VI S. 17), womit es ihm obliegt, die gesammelten Erfahrungen und seine Beziehungen zu nutzen und sich um eine entsprechende Stelle zu bemühen. Zur konkreten Festsetzung eines hypothetischen Einkommens kann auf die Lohnstrukturerhebungen (LSE) des Bundesamtes für Statistik, Region Zürich ([www.lohnrechner.bfs.admin.ch](http://www.lohnrechner.bfs.admin.ch) [Salarium]) abgestellt werden. Beim Salarium müssen mindestens 6 obligatorische von 14 Kriterien angegeben werden. Wenn keine Kategorie ausgewählt wird, verwendet Salarium den häufigsten Wert, der in der Er-

hebung für diese Branche beobachtet wurde. Bei Anwendung der massgebenden Kriterien (Branche: Detailhandel; Region: Zürich; Tätigkeit: Verkauf; Stellung im Betrieb: ohne Kaderfunktion; Ausbildung: Abgeschlossene Berufsausbildung; Alter: 54; Dienstjahre: bis 10; Arbeitszeit: 45 Stunden/Woche; Nationalität: Schweiz; Auszahlung: 13 Monatslöhne; Sonderzahlungen: 50% aufgrund der im Autoverkauf

- 15 - üblichen Provisionszahlungen) resultiert ein Mittelwert von rund Fr. 5'820.– brutto pro Monat. Der von der Vorinstanz unter Berücksichtigung eines Abzugs für die üblichen Sozialleistungen von 7.30% sowie von BVG-Beiträgen von rund Fr. 520.– ermittelte Durchschnittslohn von Fr. 4'900.– netto ist damit nicht zu beanstanden. In Bezug auf den Zeitpunkt der Anrechnung dieses Einkommens ist die von der Vorinstanz gewährte knapp viermonatige Übergangsfrist zu bestätigen und eine Anrechnung dementsprechend ab 1. März 2016 vorzunehmen. Dies erscheint aufgrund der dargelegten Anstellungsmöglichkeiten als angemessen. Der Umstand, wonach der Kläger diesbezüglich nicht befragt wurde, vermag daran nichts zu ändern (vgl. BGer 5A\_184/2015 vom 22. Januar 2015, Erw. 4 mit Hinweisen). Auch wenn die Arbeitsfähigkeit des Klägers vorliegend nicht abschliessend geklärt werden kann, liegen für die vorläufige, summarische Beurteilung seiner Erwerbskraft mithin genügend objektive Anhaltspunkte vor, welche glaubhaft erscheinen lassen, dass er ein höheres Einkommen erzielen kann. Wie bereits erläutert (vgl. Ziff. 2.2.), genügt das für die vorsorgliche Änderung der mit Scheidungsurteil vom 17. Februar 2005 festgesetzten Unterhaltsverpflichtung des Klägers.

#### **E. 4.1.6**

Es ist grundsätzlich unzulässig, rückwirkend von einem höheren hypothetischen Einkommen des Pflichtigen auszugehen, denn offensichtlich fehlt es an einer realen Möglichkeit der rückwirkenden Einkommenssteigerung. Eine Rückwirkung kann im Einzelfall allenfalls dann statthaft sein, wenn dem Unterhaltsschuldner ein unredliches Verhalten vorgeworfen werden kann oder wenn die geforderte Umstellung in seinen Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für ihn vorhersehbar gewesen sind (BGer 5P.79/2004 vom

#### **E. 4.1.7**

Zusammenfassend ist somit ab 1. März 2016 von einem massgeblichen monatlichen Einkommen des Klägers von Fr. 4'900.– auszugehen. Für die Zeit vom

#### **E. 4.2**

Berechnung der Unterhaltsbeiträge

##### **E. 4.2.1**

Das von der Vorinstanz veranschlagte Einkommen der Beklagten von Fr. 3'184.– (act. 5 S. 18 f.) ist unbestritten und erweist sich als angemessen. Betreffend den Bedarf des Klägers, welchen die Vorinstanz bis 31. Dezember 2015 auf Fr. 2'791.– und ab 1. Januar 2016 auf Fr. 2'868.– festsetzte, fordert der Kläger die Anrechnung von Fahrkosten in der Höhe von Fr. 160.– statt Fr. 119.– sowie Kosten für die auswärtige Verpflegung von Fr. 110.–. Soweit ihm ein hypothetische Einkommen angerechnet werden sollte, seien ihm zusätzlich Fr. 200.– für die Stellensuche im Bedarf anzurechnen (act. 3 S. 15). Die erhöhten Fahrkosten begründet der Kläger mit den zusätzlichen Aufwendungen für die Arztbesuche (act. 3 S. 15). Hierbei übersieht er allerdings, dass die Vorinstanz für die Fahrten zur Psychologin in ... bereits angemessene Zusatzkosten von Fr. 35.– für die Benutzung des öffentlichen

Verkehrs im Bedarf einberechnet hat (act. 5 S. 23). Diese Kosten erhöhen sich auch dann nicht, wenn er die Ärztin direkt vom Arbeitsort in ... aufsucht oder nach dem Arztbesuch direkt zur Arbeit fährt, wie der Kläger in der Berufungsschrift ausführt (act. 3 S. 15). Die Vorinstanz hat dem Kläger weiter keine Kosten für die auswärtige Verpflegung angerechnet, weil dieser in der Befragung anlässlich der Verhandlung vom 22. September 2015 selber ausgeführt hat, das Mittagessen je- weils in der Wohnung der Beklagten, zusammen mit den Kindern, einzunehmen (Prot. VI S. 18 und 21 f.). Auf dieser Aussage ist er zu behaften, zumal ihm für die Essensvorbereitung Fr. 250.– im Bedarf angerechnet wurden (act. 5 S. 22). Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass die Vorinstanz dem Kläger keine Kosten für die Stellensuche angerechnet hat. Dies deshalb, weil die finanziellen Verhältnisse der Parteien vorliegend äusserst knapp sind und es dem Kläger deshalb zuzumu- ten ist, diese Auslagen aus dem Grundbetrag zu bezahlen. Die übrigen Bedarfspo- - 17 - sitionen sind unbestritten und angemessen. Damit bleibt es beim von der Vo- rinstanz berechneten Bedarf des Klägers von Fr. 2'791.– bis 31. Dezember 2015 bzw. Fr. 2'868.– ab 1. Januar 2016. In Bezug auf den Bedarf der Beklagten fordert der Kläger eine Reduktion der angerechneten Kosten für die auswärtige Verpflegung von Fr. 130.– auf Fr. 40.–, weil diese sich lediglich an einem Arbeitstag pro Woche auswärts verpflege (act. 5 S. 17). Diesen Ausführungen ist mit Verweis auf die Ausführungen der Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung vom 22. September 2015 zuzustimmen (Prot. VI S. 23). Der Bedarf für sie und die drei Kinder ist entsprechend auf Fr. 5'616.– an- statt auf Fr. 5'706.– festzusetzen. Wie sogleich zu zeigen sein wird, ändert dies allerdings nichts an der Unterhaltsberechnung.

#### **E. 4.2.2**

Die Unterhaltsberechnung präsentiert sich demgemäss wie folgt: bis 31. Dez. 2015 bis 29. Feb. 2016 ab 1. März 2016 Einkommen Klägers: Fr. 3'487.– Fr. 3'487.– Fr. 4'900.– Einkommen Beklagte: Fr. 3'184.– Fr. 3'184.– Fr. 3'184.– ./ . Bedarf Klägers Fr. 2'791.– Fr. 2'868.– Fr. 2'868.– ./ . Bedarf Beklagte Fr. 5'616.– Fr. 5'616.– Fr. 5'616.– Manko gesamt - Fr. 1'736.– - Fr. 1'813.– - Fr. 400.– Freibetrag Klägers Fr. 696.– Fr. 619.– Fr. 2'032.– Da ein Mankofall vorliegt, errechnet sich die Unterhaltspflicht des Klägers – wie von der Vorinstanz richtig vorgenommen – aus der Differenz seines Einkommens und seines Bedarfs (= Freibetrag). Nicht zu beanstanden ist die gleichmässige Aufteilung des Freibetrages auf die gemeinsamen Kinder der Parteien sowie auf die Tochter des Klägers aus erster Ehe, was von den Parteien auch nicht gerügt wurde. Entsprechend ist die vorinstanzliche Unterhaltsverpflichtung für die Kinder gemäss Dispositiv-Ziffer 1, wonach der Kläger vom 10. Juli 2015 bis 31. Dezember 2015 Fr. 174.–, vom 1. Januar 2016 bis 29. Februar 2016 Fr. 155.– und ab 1. März 2016 Fr. 508.– jeweils pro Kind und Monat schuldet, zu bestätigen. Als unbegrün- det erweist sich die Kritik des Klägers in Bezug auf die Offenlegungspflicht seiner Einkommensverhältnisse bis 29. Februar 2016 und betreffend die Erhöhung der bis dahin geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträge für den Fall, dass er mehr als Fr. 3'487.– pro Monat verdienen sollte. Wie der Kläger im Rechtsmittelverfahren

- 18 - selber ausführt, handelt es sich beim Einkommen von Fr. 3'487.– um ein aufgrund der monatlichen Einkommensabrechnungen errechnetes Durchschnittseinkommen inkl. Krankentaggelder (act. 3 S. 14; act. 5 ). Da dieses naturgemäss Schwankun- gen unterliegt ist, erscheint es nur angemessen, wenn allfällige Mehreinnahmen an die festgelegten Unterhaltsbeiträge angerechnet werden. Zu bestätigen ist auch die Aufhebung der

Unterhaltsverpflichtung für die Beklagte persönlich. Wie gesehen ist der Kläger mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage, der Beklagten die gemäss Scheidungsurteil vom 17. Februar 2005 festgesetzten Alimente weiterhin zu bezahlen.

#### **E. 4.3**

Damit erweist sich der vorinstanzliche Entscheid insgesamt als richtig. Das führt zur Abweisung beider Berufungen und es ist die Verfügung vom 3. November 2015 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Bülach zu bestätigen.

5. Unentgeltliche Rechtspflege Wie bereits vor Vorinstanz beantragen beide Parteien auch im Rechtsmittelverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 3 S. 3; act. 8/2 S. 2). Da beide Parteien mit ihren Berufungen unterliegen, werden sie für das vorliegende Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Anhand der eingereichten Unterlagen resp. den vorstehenden Ausführungen zeigt sich allerdings deutlich, dass sie beide mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO sind. Da Scheidungs- und Massnahmeverfahren grundsätzlich nicht als zum vornherein aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO bezeichnet werden können, ist beiden Parteien auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der unentgeltlichen Prozessführung und unentgeltlichen Rechtsverbeiständung zu gewähren (Art. 119 ZPO).

6. Kosten- und Entschädigungsfolgen Auch wenn über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen in der Regel im Endentscheid zu befinden ist (ZK ZPO-JENNY, 2. Aufl. 2016, N 9 zu Art. 104), rechtfertigt es sich, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Es

- 19 - liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (BGer 5A\_2009 vom 2. Februar 2010, Erw. 1). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr bemisst sich nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010). Die vom Kläger in der Erstberufung verlangte Reduktion der Unterhaltsbeiträge macht bei einer Verfahrensdauer von angenommen zwei Jahren (vgl. dazu DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, N 7 zu Art. 92) eine Differenz zum vorinstanzlichen Entscheid von Fr. 6'560.– aus (Fr. 9'482.– [6 x Fr. 174.– + 2 x Fr. 155.– + 16 x Fr. 508.–] gemäss Vorinstanz und Fr. 2'922.– [6 x Fr. 136.– + 18 x Fr. 117.–] gemäss Kläger). Die Beibehaltung der Unterhaltsverpflichtung gemäss Scheidungsurteil vom 17. Februar 2005, wie sie die Beklagte in der Zweitberufung beantragt, macht eine Differenz zum vorinstanzlichen Entscheid von Fr. 103'318.– aus (Fr. 9'482.– gemäss Vorinstanz und Fr. 112'800.– [24 x Fr. 4'700.–] gemäss Beklagte). Insgesamt ist somit für beide Berufungen von einem Streitwert von Fr. 109'878.– auszugehen. In Anwendung von § 2 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 3 (wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen gemäss Art. 92 ZPO) und § 8 GebV OG (summarisches Verfahren) ist die Gebühr auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Davon sind dem Kläger entsprechend dem Streitwert der Erstberufung, welcher rund 5% des Gesamtstreitwertes ausmacht, Fr. 150.– aufzuerlegen. Der auf die Beklagte entfallende Teil der Gerichtsgebühr ist demnach, aufgrund des erheblich höheren Streitwertes der Zweitberufung, auf Fr. 2'850.– festzusetzen. Zufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Gerichtsgebühren jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zunehmen, allerdings unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO. Da für beide Berufungen keine Antworten einzuholen waren, sind den Parteien keine Aufwendungen entstanden, welche es zu entschädigen gälte. Es wird beschlossen: 1. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche

Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

- 20 - 2. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 3. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufungen werden vollumfänglich abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 3. November 2015 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden im Umfang von Fr. 150.– dem Kläger und im Umfang von Fr. 2'850.– der Beklagten auferlegt. Zufolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Rechtspflege werden diese Kosten jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. 4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 8/2 und an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 3 und 4/2, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach, 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

- 21 - 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. 90 und 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert liegt über Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: lic. iur. R. Barblan versandt am:

## **E. 5**

A., Zürich 2014; allgemein verbindliche Gesamtarbeitsverträge, etc.). Gemäss Rechtsprechung werden hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft gestellt, wenn es wie im vorliegenden Fall auch um Kinderunterhalt geht und darüber hinaus wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118, Erw. 3.1).

## **E. 10**

Juli 2015 (Eingang des Abänderungsbegehrens) bis 29. Februar 2016 sind die tatsächlich erzielten Einkünfte von durchschnittlich Fr. 3'487.– als Einkommen anzurechnen. Die diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen erweisen sich damit insgesamt als richtig.

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