

ZH_OBERGERICHT LY180019 vom 21. Juni 2018

ZH Obergericht, 2018-06-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY180019

FR: ZH_OBERGERICHT LY180019 du 21 juin 2018

IT: ZH_OBERGERICHT LY180019 del 21 giugno 2018

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Winterthur vom 15. Juli 2014 wurden die Parteien geschieden. Der gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt.mm.2011, wurde unter die alleinige elterliche Sorge der heutigen Klägerin, Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) gestellt. Sodann wurde die Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung inklusive die Kinderbelange genehmigt. Ziff. 3 der Vereinbarung lautet wie folgt: "Mangels Leistungsfähigkeit des Vaters wird derzeit von einem Kinderunterhaltsbeitrag abgesehen. Die Kinderzulage wird von der Mutter bezogen." (Urk. 7/8/8).

E. 2

Mit Eingabe vom 10. Oktober 2017 reichte die Gesuchstellerin eine Abänderungsklage betreffend den Kinderunterhalt ein (Urk. 7/1). Da anlässlich der Einigungsverhandlung vom 22. November 2017 keine Vereinbarung erzielt werden konnte, ersuchte die Gesuchstellerin um Erlass von vorsorgliche Massnahmen (Prot. I S. 4). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 2 S. 2 f.). Am 28. März 2018 erliess die Vorinstanz die vorstehend wiedergegebene Verfügung (Urk. 2).

E. 2.1

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbehagen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

E. 2.2

Die Mittellosigkeit ist bei beiden Parteien ausgewiesen. Beide Parteien verweisen auf die Unterlagen vor Vorinstanz und ergänzen, dass sich die finanzielle

- 19 - Situation in der Zwischenzeit nicht verbessert habe (Urk. 1 S. 9; Urk. 8 S. 4). Dies ist glaubhaft, weshalb beide Parteien als prozessual mittellos gelten.

E. 2.3

Da die Berufung abzuweisen ist, gilt der Prozessstandpunkt der Gesuchstellerin nicht als aussichtslos. Zudem war sie als rechtsunkundige Partei zur gehörigen Führung des Prozesses auf eine Rechtsverbeiständung angewiesen. Der Gesuchstellerin ist für das Berufungsverfahren Rechtsanwältin lic. iur. Y._____, als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

E. 2.4

Demgegenüber ist nach dem Ausgeführten der Prozessstandpunkt des Gesuchsgegners im Berufungsverfahren als von vornherein aussichtslos zu werten. Daher ist sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen.

E. 2.5

Angesichts der finanziellen Verhältnisse des Gesuchsgegners ist nicht davon auszugehen, dass die Parteientschädigung einbringlich ist. Folglich ist die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Gesuchstellerin vom Kanton angemessen zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Der Anspruch auf die Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung auf den Kanton über. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelgerichts in Zivil- und Strafsachen am Bezirksgericht Hinwil vom 29. März 2018 betreffend die Dispositiv-Ziffer 3 in Rechtskraft erwachsen ist. 2. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben. 3. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. 4. Das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

- 20 - 5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der Verfügung des Einzelgerichts in Zivil- und Strafsachen am Bezirksgericht Hinwil vom 29. März 2018 werden bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner auferlegt. 4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 500.– zu bezahlen. 5. Die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Gesuchstellerin wird mangels Einbringlichkeit der Parteientschädigung aus der Gerichtskasse mit Fr. 500.– entschädigt. Der Anspruch der gesuchstellenden Partei auf Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung an den Kanton über. Die Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten. 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 7. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 21. Juni 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Notz versandt am:

E. 3

Am 27. April 2018 erhob der Beklagte, Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) Berufung und beantragte die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids. Gleichzeitig ersuchte er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Gewährung

der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 9. Mai 2018 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 9). Da die Berufung abzuweisen ist, kann auf das Einholen einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

E. 3.1

Bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse (Bedürfnisse des Kindes, Leistungsfähigkeit der Eltern, Lebenskosten; vgl. Art. 286 Abs. 1 ZGB) setzt das Gericht den Unterhaltsbeitrag auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes neu fest oder hebt ihn auf (Art. 286 Abs. 2 ZGB). Die Änderung setzt damit voraus, dass neue erhebliche und dauerhafte Tatsachen eintreten, welche eine Neuregelung des Unterhalts notwendig machen. Die Abänderungsklage dient jedoch nicht der Korrektur (Revision) eines allenfalls fehlerhaften Urteils. Absehbare Veränderungen der massgeblichen Verhältnisse, die bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrags bereits berücksichtigt worden sind, bilden ebenfalls keinen Grund zur Anpassung. Erachtet das Gericht die Voraussetzungen von Art. 286 Abs. 2 ZGB

- 6 - als erfüllt, hat das Gericht den Unterhaltsbeitrag neu festzulegen, nachdem es alle Berechnungsparameter aktualisiert hat (vgl. BGER 5A_90/2017 vom 24. August 2017, E. 3.3 mit Hinweisen).

E. 3.2

Mit einer vorsorglichen Abänderung kann nicht mehr und nichts anders verlangt werden, als in der Hauptsache voraussichtlich zu erreichen sein wird; namentlich kann die Rückwirkung vorsorglicher Massnahmen nicht weiter reichen als in der Hauptsache. Weil im Hauptverfahren mithin (abgesehen von einer Abänderung auch für die Zukunft nach Rechtskraft des Abänderungsurteils) dieselben Unterhaltsansprüche für dieselbe Unterhaltsperiode beurteilt werden wie im Massnahmeverfahren, handelt es sich bei der provisorischen Abänderung des Scheidungsurteils um eine antizipierte Vollstreckung dessen, was der Kläger auch in der Hauptsache verlangt, somit um rein prozessualen einstweiligen Rechtsschutz i.S.v. Art. 261 ff. ZPO. Entsprechend ist ein vorsorglicher Abänderungsentcheid kein Endentscheid i.S.v. Art. 90 BGG, sondern ein Zwischenentscheid i.S.v. Art. 93 BGG. Dieser Rechtsnatur entsprechend - und weil die bestehende Unterhaltsregelung so lange in Kraft und vollstreckbar bleibt, bis über die Abänderung endgültig entschieden ist - kann eine vorsorgliche Abänderung nur in dringenden Fällen und nur unter speziellen Umständen gewährt werden. Damit hat der Gesuchsteller - abgesehen von einer positiven Hauptsacheprognose (Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO) - der Sache nach einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil bzw. Dringlichkeit glaubhaft zu machen (Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO; zum Ganzen vgl. Zogg, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra.ch 2018 S. 47, 90 f., mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Ein Teil der Lehre lässt es – unter Hinweis auf die sinngemässe Anwendbarkeit von Art. 281 und 284 aZGB (heute: Art. 303 und Art. 304 ZPO) – auch im Abänderungsverfahren genügen, dass das unmündige Kind ein schutzwürdiges Interesse an der verlangten Massnahme bzw. an der vorläufigen Zahlung hat, was der Fall sei, wenn der Beklagte von sich aus den angemessen erachteten Unterhalt nicht, nicht vollständig oder nicht regelmässig und pünktlich leistet. Nicht erforderlich sei eine Gefährdung des Anspruchs oder eine Notlage des Kindes (BK-Hegnauer, Art. 281-284 ZGB N 21 mit Verweis auf BGE 117 II 131, Art. 286 ZGB N

96 f.).

- 7 -

E. 4

Die Berufung hemmt die Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten ist Dispositiv-Ziffer 3 (Abweisung Schuldneranweisung). Diese Ziffer ist somit rechtskräftig, was vorzumerken ist.

- 5 - II. 1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). 2. Neue Tatsachen können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Der im Berufungsverfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 272 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 138 III 788 E. 4.2).

E. 4.1

Die Gesuchstellerin begründete ihr Begehren mit einer eigenen Einkommensreduktion und einer Einkommenssteigerung beim Gesuchsgegner (Urk. 7/14). Der Gesuchsgegner beantragte dessen Abweisung. Er wandte vor Vorinstanz ein, im Scheidungsurteil sei auf die Teilung der Pensionskassengelder verzichtet worden. Im Gegenzug habe die Gesuchstellerin bewusst auf Kinderunterhaltsbeiträge für C._____ verzichtet. Das widersprüchliche Verhalten sei nicht schutzwürdig (Urk. 7/28 S. 2). Die Vorinstanz erwog, dass in der damaligen Eingabe der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin ausdrücklich festgehalten worden sei, dass der Gesuchsgegner, "wenn er eine Stelle hat, an welcher er mehr verdient, zuerst Unterhalt für den Sohn C._____ leisten [muss]". Es sei damit keinesfalls vorgesehen gewesen, dass der Gesuchsgegner im Gegenzug für den Verzicht auf den Ausgleich der beruflichen Vorsorge von sämtlicher Unterhaltspflicht gegenüber C._____ befreit werde. So halte auch die eingereichte Konvention ausdrücklich fest, dass "derzeit von einem Unterhaltsbeitrag für den Sohn C._____ abgesehen [wird]". Damit sei bereits durch wörtliche Auslegung der Konvention widerlegt, dass die Gesuchstellerin endgültig auf Unterhaltsbeiträge für C._____ habe verzichten wollen (Urk. 2 S. 6).

E. 4.2

In der Berufungsschrift hält der Gesuchsgegner am Vorwurf des Rechtsmissbrauchs fest. Er macht erneut geltend, im Scheidungsurteil sei von einem Vorsorgeausgleich rechtskräftig abgesehen worden. Dies sei von den Parteien so vereinbart worden, weil der Gesuchsgegner keinen Unterhalt für den gemeinsamen Sohn bezahlen sollte. Damit sei -

so der Gesuchsgegner - bewusst auf Kin- derunterhalt verzichtet worden, weil er keine Pensionskassengelder der Gesuch- stellerin erhalten habe. Die Begründung der Vorinstanz, wonach in der Eingabe der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin ausdrücklich festgehalten werde, dass der Gesuchsgegner an den gemeinsamen Sohn der Parteien Unterhalt zu leisten habe, wenn er mehr verdiene, sei widersprüchlich, weil in eben dieser Eingabe der Verzicht auf Kinderunterhaltsbeiträge im Gegenzug zum Verzicht auf den Vorsorgeausgleich beantragt worden sei. Schliesslich werde von der Vorinstanz darauf hingewiesen, dass in der Scheidungskonvention das Wort "derzeit" stehe. Wegen Wortklauberei dürfe ein der deutschen Sprache nicht mächtiger

- 8 - Ex-Ehemann nicht sowohl um seine berufliche Vorsorge gebracht als plötzlich mit Unterhaltsforderungen konfrontiert werden (Urk. 1 S 3 f.).

E. 4.3

Die Auslegung einer Scheidungskonvention erfolgt nach den allgemeinen Kriterien der Vertragsauslegung. Somit ist vorab der subjektive Parteiwille zu er- mitteln. Falls dieser nicht ermittelt werden kann, ist eine objektivierte Auslegung anhand des Vertrauensprinzips vorzunehmen (BGer 5A_895/2014 vom 6. Mai 2015, E. 4.4.2.).

E. 4.4

Das Scheidungsgericht hat die strittige Unterhaltsvereinbarung ohne Vorbe- halt gerichtlich genehmigt. Eine tatsächliche Willensübereinstimmung wurde vom Gesuchsgegner nicht behauptet. Die Konvention ist daher nach dem Vertrauens- prinzip auszulegen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welcher jedoch nicht isoliert, sondern aus dem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen ist. Das Gericht hat zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzuneh- men ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 122 III 420 E. 3a). Der Wortlaut der fraglichen Klausel kann nach Treu und Glauben nicht anders verstanden werden, als dass nur im Moment, also einstweilen, von einem Unterhaltsbeitrag des Gesuchsgegners abgesehen wurde. Diese Aus- legung nach dem Wortlaut ist erstens primäres Auslegungsmittel und keine Wort- klauberei. Dem nicht anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner war denn auch an- lässlich der Scheidungsverhandlung die Konvention Punkt für Punkt vorgelesen und übersetzt worden (Urk. 8/8 Prot. S. 4). Zweitens ist diese Auslegung geset- zeskonform. Die damals gültige Bestimmung zur Unterhaltspflicht der Eltern sah vor, dass der Unterhalt durch Pflege und Erziehung oder wenn das Kind nicht un- ter der Obhut der Eltern steht, durch Geldzahlung geleistet wird (aArt. 276 Abs. 2 ZGB). Im Bereich der strengen Officialmaxime können Parteien nicht auf einen Unterhaltsbeitrag verzichten. Der Unterhaltsanspruch ist als ganzer unverzichtbar und voraussetzungslos, d.h. im Prinzip unabhängig von den Verhältnissen (wirt- schaftliche Leistungsfähigkeit, häusliche Gemeinschaft und persönliche Bezie- hung, Innehabung der elterlichen Sorge oder Besuchsrecht [BGE 120 II 179 E. 3b]) geschuldet (BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 276 N 2). Auch nach geltendem Recht haben die Eltern gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für

- 9 - den gebührenden Unterhalt des Kindes zu sorgen und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Letztlich ist auch die Begründung in der Eingabe der Ge- suchstellerin nicht widersprüchlich. Mit Bezug auf den Verzicht auf Vorsorgeun- terhalt wurde nämlich erwähnt, dass der Gesuchsgegner "derzeit" keinen Unter- halt für den Sohn bezahle (Urk. 7/8/1 S. 4). Die Vorinstanz hat zu Recht gefolgert, dass die damals geschlossene

Vereinbarung einer Überprüfung der Abänderungsgründe und der Festsetzung eines allfälligen Unterhaltsbeitrags nicht entgegenstehe (Urk. 2 S. 6).

E. 5

Einkommen Gesuchstellerin

E. 5.1

Die Gesuchstellerin reduzierte ihr Arbeitspensum von 100 % im Zeitpunkt der Scheidung im Jahr 2014 auf 60 % im August 2016 und verdient aktuell beim RAV Winterthur Fr. 3'750.– netto zuzüglich Kinderzulagen und 13. Monatslohn. Sie begründete diese Änderung damit, dass die volle Erwerbstätigkeit neben der Betreuung des Kindes auf längere Sicht eine zu grosse Belastung geworden sei. Per August 2016 (Eintritt des Kindes in den Kindergarten, Verlegung Arbeitsort) habe sie deshalb ihr Arbeitspensum reduzieren müssen und sei auf Unterhalt für den Sohn angewiesen (Urk. 7/14 S. 3). Anlässlich der Verhandlung zu den vor-sorglichen Massnahmen ergänzte die Gesuchstellerin, dass im Kindergarten von C._____ keine wirklich ergänzende Kinderbetreuung existiere. Sie habe nun eine private Kinderbetreuung aufgegleist. Es sei ihr wegen des fehlenden Betreuungsangebots nicht möglich, in einem höheren Pensum zu arbeiten (Prot. I S 11). Der Gesuchsgegner kritisierte, es sei nicht ersichtlich, weshalb die Gesuchstellerin ihr Arbeitspensum habe reduzieren müssen, zumal sie den Sohn seit dessen Eintritt in den Kindergarten in geringerem Umfang betreuen müsse. Die Gesuchstellerin habe ihr Einkommen freiwillig vermindert (Urk. 7/28 S. 4). Die Vorinstanz verwarf diesen Einwand. Sie verwies insbesondere auf das neue Kindesunterhaltsrecht, wonach der betreuende Elternteil seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem Kind im Sinne von Art. 276 Abs. 1 ZGB in erster Linie in Form von Pflege und Erziehung nachzukommen, während der nicht betreuende Elternteil seinen Beitrag in Form von Geldzahlungen zu leisten habe. Der betreuende Elternteil solle nicht verpflich-

- 10 - tet sein, bei entsprechender Leistungsfähigkeit auch den Barunterhalt des Kindes durch seine Arbeitstätigkeit zu decken. Die Gesuchstellerin wäre aufgrund des Alters von C._____ nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur 10/16-Regel nicht verpflichtet, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Und da kein Betreuungsunterhalt geschuldet sei und nach Berücksichtigung des gesamten Bedarfs ein Überschuss resultiere, sei der Gesuchstellerin auch kein höheres Einkommen anzurechnen. Andererseits sei die Reduktion des Arbeitspensums zur Sicherstellung der Kinderbetreuung unumgänglich und damit gerechtfertigt. Der Gesuchstellerin sei daher das gegenwärtige Einkommen bei einem 60 %-Pensum und kein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Dies entspreche einer Reduktion von rund 35 %. Die Gesuchstellerin sei im Zeitpunkt der Scheidung noch in Winterthur wohnhaft gewesen. Es sei damals noch nicht ersichtlich gewesen, dass sich bei einem Umzug nach E._____ [Ortschaft] mit Eintritt von C._____ in den Kindergarten Schwierigkeiten bei der ausserschulischen Kinderbetreuung ergeben könnten. Daher seien die Voraussetzungen für die Abänderung gegeben (Urk. 2 S. 8 ff.).

E. 5.2

Im Berufungsverfahren bringt der Gesuchsgegner wiederum vor, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesuchstellerin mit Eintritt des gemeinsamen Sohnes in den Kindergarten weniger arbeite, da sie das Kind nun weniger betreuen müsse. Die Verlegung des Wohnortes (von Winterthur nach E._____) sei freiwillig erfolgt. Es werde nicht einmal behauptet, dass sie eine neue Stelle in der Nähe des Wohnortes gesucht habe, zumal sie mit

ihrer Ausbildung und Erfahrung gute Chancen auf eine entsprechende Stelle gehabt hätte. Die Gesuchstellerin verzich- te freiwillig auf Einkommen. Sie könnte beispielsweise 80 % arbeiten und ent- sprechend mehr verdienen. Einstweilen könne von einem monatlichen Nettoein- kommen von Fr. 4'761.20 ausgegangen werden (Urk. 1 S. 5).

E. 5.3

Mit diesen Ausführungen wiederholt der Gesuchsgegner seinen Standpunkt vor Vorinstanz, ohne sich konkret mit den substantiierten Erwägungen im ange- fochtenen Entscheid auseinanderzusetzen. Damit genügt er seiner Rügepflicht nicht. Weiter ist zu bemerken, dass die Gesuchstellerin als alleinige Sorgeinhabe- rin ihren Beitrag für den gebührenden Unterhalt von C. _____ sowohl durch per- sönliche Betreuung als auch in finanzieller Hinsicht erbringt. Eine Verschlechte-

- 11 - rung der Leistungsfähigkeit des obhutsberechtigten Elternteils ist nur zu berück- sichtigen, wenn dessen Leistungsfähigkeit bei der Verteilung der Beitragslasten unter den Eltern Berücksichtigung gefunden hat (FamKomm Schwen- zer/Fankhauser, Art. 286 ZGB N 7). Dies ist vorliegend der Fall. Gerade der Ein- tritt in den Kindergarten bedeutet für viele erwerbstätige Eltern eine grosse Um- stellung in der Betreuungssituation. Während die Kinder im Vorschulalter während des ganzen Tages in einer - mitunter wohnortsunabhängigen - Kindertagesstätte verbleiben können, bedingt der Besuch des Kindergartens, der zwar täglich am Morgen, nicht aber jeden Nachmittag stattfindet, dass die Kinder zu einer be- stimmten Zeit das Haus bzw. die Wohnung verlassen und zu einer bestimmten Zeit wieder heimkehren. Auch ist für die freien Nachmittage eine Betreuung si- cherzustellen. Die Wochentage sind anders strukturiert als noch im Vorschulalter, und dies verlangt eine gewisse Flexibilität. Und wie die Gesuchstellerin glaubhaft ausgeführt hat, fehlt es in der Wohngemeinde an einer ergänzenden Betreuungs- einrichtung. Deshalb ist die Reduktion des Pensums nachvollziehbar. Der Ge- suchsgegner macht im Übrigen nicht geltend, die Gesuchstellerin habe ihr Ein- kommen in Schädigungsabsicht vermindert, noch ist eine solche Absicht aufgrund der Akten ersichtlich. Nach dem Ausgeführten ist mit der Vorinstanz auf das Ein- kommen von 60 % zu einem Nettolohn von Fr. 3'868.- abzustellen.

E. 6

Einkommen Gesuchsgegner

E. 6.1

Die Vorinstanz führte aus, im Rahmen des Scheidungsverfahrens habe das Bezirksgericht Winterthur mit einem Nettoeinkommen von monatlich Fr. 2'500.- gerechnet. Der Gesuchsgegner habe bereits damals Arbeitslosentaggelder bezo- gen und einen Zwischenverdienst als Küchenhilfe erzielt. Derzeit beziehe der Ge- suchsgegner (wieder) Arbeitslosentaggelder. Das Taggeld betrage Fr. 156.40. Noch im Eheschutzverfahren vor dem hiesigen Gericht Ende 2013 habe sein Ar- beitslosentaggeld Fr. 138.25 betragen. Von diesem Einkommen sei offensichtlich auch das Bezirksgericht Winterthur im Scheidungsverfahren ausgegangen. Damit habe sich das Einkommen des Gesuchsgegners entgegen seiner Behauptung seit der Scheidung verändert. Bei einem Taggeld von Fr. 156.40 erziele er bei durchschnittlich 21.7 Arbeitstagen pro Monat, ohne Berücksichtigung des Zwi-

- 12 - schenverdienstes, ein Einkommen von rund Fr. 3'400.- brutto. Sein Nettoein- kommen habe sich damit auf mindestens Fr. 3'000.- erhöht. Für die Dauer des

Abänderungsverfahrens sei auf dieses Einkommen abzustellen. Durch den Zwischenverdienst erziele der Gesuchsgegner ein Fr. 3'000.– übersteigendes Einkommen. Da dieses sehr unterschiedlich und keinesfalls gesichert sei, werde es aber zugunsten des Gesuchsgegners nicht in seinem (anrechenbaren) Einkommen berücksichtigt. Dem Gesuchsgegner sei damit ein tatsächliches Einkommen von gerundet Fr. 3'000.– anzurechnen (Urk. 2 S. 11 f.).

E. 6.2

Der Gesuchsgegner moniert, die Annahme der Vorinstanz, es würden ihm pro Monat Fr. 3'000.– netto zur Verfügung stehen, entspreche leider nicht den Tatsachen. Es würden immer wieder Einstelltage verfügt. Es sei weiterhin von einem Einkommen von Fr. 2'500.– auszugehen (Urk. 1 S. 4f.). Mit dieser Behauptung stellt sich der Gesuchsgegner erstens in Widerspruch zur Angabe vor Vorinstanz, wo er plädieren liess, es sei unrealistisch, dass er mehr als Fr. 3'000.– verdienen könne (Urk. 7/28 S. 4). Zweitens greift auch das Argument der Einstelltage nicht, da Anspruchsberechtigte Einstelltage selber zu verantworten haben (vgl. Art. 30 AVIG). Und drittens ist daran zu erinnern, dass der Gesuchsgegner im Jahr 2015 Fr. 37'711.– netto verdient hat (Urk. 7/11/1 Blatt 3) und damit belegt ist, dass er sehr wohl in der Lage ist, ein Einkommen von Fr. 3'000.– pro Monat zu erzielen.

E. 6.3

Die Vorinstanz ermittelte das Einkommen des Gesuchsgegners aufgrund der Arbeitslosenentschädigung mit einem versicherten Verdienst von Fr. 4'243.– und einem Taggeld von Fr. 156.40. Dem Gesuchsgegner werden notabene 80 % des versicherten Verdienstes ausgerichtet und nicht nur 70 %, wie es für Fälle gilt, wenn Versicherte keine Unterhaltspflicht für Kinder unter 25 Jahren haben (Art. 22 Abs. 2 lit. a AVIG). Der Gesuchsgegner verfügt über einen Restanspruch von 282 Taggeldern, was bei 21.7 Tagen rund 13 Monaten entspricht. Die Rahmenfrist läuft bis 23.07.2019 (Urk. 5/2). Damit liegen für die Dauer des Verfahrens liquide Verhältnisse vor, weshalb mit der Vorinstanz von einem anrechenbaren Einkommen von Fr. 3'000.– auszugehen ist. Folglich hat sich auch das Einkommen des Gesuchsgegners um 20 % bzw. wesentlich verändert.

- 13 -

E. 7

Bedarf Gesuchsgegner

E. 7.1

Die Vorinstanz setzte den Bedarf auf Fr. 2'396.– fest (Urk. 2 S. 16). Umstritten ist die Position Mobilität.

E. 7.2

Vor Vorinstanz machte der Gesuchsgegner Fr. 600.– zuzüglich Fr. 120.– für einen Parkplatz geltend. Er arbeite an verschiedenen Orten und zu sehr unregelmässigen Zeiten. Zudem würde er ohne privates Fahrzeug viel Zeit verlieren bei seinen sonntäglichen Besuchen von C._____ (Urk. 7/28 S. 3). Die Vorinstanz veranschlagte Fr. 100.– mit der Begründung, der Zwischenverdienst werde nicht berücksichtigt, weshalb auch allfällig im Zusammenhang stehende Mehrkosten nicht zu berücksichtigen seien. Die infolge der Erwerbstätigkeit zusätzlich anfallenden Mobilitätskosten könne der Gesuchsgegner durch

das Mehreinkommen aus dem Zwischenverdienst decken. Für die Arbeitssuche sei der Gesuchsgegner nicht auf ein privates Fahrzeug angewiesen. Dennoch sei dem Gesuchsgegner ein Betrag für die Grundmobilität sowie insbesondere die Ausübung des Besuchsrechts anzurechnen (Urk. 2 S. 17 f.).

E. 7.3

Im Berufungsverfahren wiederholt der Gesuchsgegner, dass er auf ein privates Fahrzeug angewiesen sei, was auch seine Arbeitgeberin bestätigt habe. Ohne Fahrzeug käme gar kein Zwischenverdienst in Frage. Zudem bewerbe er sich um neue, feste Stellen und werde oftmals nach einem privaten Fahrzeug gefragt. Dementsprechend komme dem Fahrzeug Kompetenzcharakter zu (Urk. 1 S. 6). Die Behauptung, dass sich der Gesuchsgegner für neue, feste Stellen bewirbt, ist nicht belegt. Auf die entscheidungstragende Erwägung der Vorinstanz, dass dem Gesuchsgegner kein Zwischenverdienst anzurechnen und daher auch das private Fahrzeug nicht anzurechnen sei, geht der Gesuchsgegner nicht rechtsgenügend ein. Da die Vorinstanz ausschliesslich auf die Arbeitslosenentschädigung abstellte, hat sie zu Recht die Aufwendungen für ein privates Fahrzeug nicht angerechnet und entsprechend auch die Auslagen für die Garage unberücksichtigt gelassen.

E. 7.4

Der Gesuchsgegner macht weiter geltend, er sei für die Ausübung des Besuchsrechts auf das private Fahrzeug angewiesen. In der Vergangenheit habe er

- 14 - einen Monat lang mit dem öffentlichen Verkehr den gemeinsamen Sohn der Parteien besuchen müssen, was wegen der schlechten Verbindungen ca. drei Stunden gedauert habe. Eine solche Tortur sei dem gemeinsamen Sohn nicht zumutbar (Urk. 1 S. 6). Dass der Gesuchsgegner für den Weg der Besuchsrechtsausübung drei Stunden benötigt habe, ist ein neues und verspätetes Vorbringen. Gemäss Scheidungskonvention gehen die Kosten der Besuchsrechtsausübung zulasten des Gesuchsgegners (Urk. 7/8/8). Die Gesuchstellerin lebte allerdings im Zeitpunkt der Scheidung an der ...strasse in Winterthur, was wesentlich näher bei F._____ [Ortschaft] liegt. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Weg von F._____ nach E._____ mit dem öffentlichen Verkehr zeitaufwendig ist (vgl. Fahrplan ZVV; Art. 296 Abs. 1 ZPO). Ob der Sachrichter dem Besuchsberechtigten im familienrechtlichen Streit um die Festsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen für die Ausübung des Besuchsrechts einen gewissen Betrag zugestehen will, ist eine Frage des dem Gericht in Unterhaltsbelangen zustehenden weiten Ermessens (BGE 5A_693/2014 vom 1. Dezember 2014, E. 3.2.). Da bei beiden Parteien knappe Verhältnisse vorliegen, ist das Vorgehen der Vorinstanz vertretbar.

E. 7.5

Damit sind die Mobilitätskosten mit Fr. 100.– und ist der Bedarf mit Fr. 2'396.– zu bestätigen.

E. 8

Bedarf Gesuchstellerin

E. 8.1

Den Notbedarf der Gesuchstellerin bezifferte die Vorinstanz mit Fr. 3'024.– ohne Steuern. Angefochten sind die Positionen Wohnkosten, Mobilitäts- und Gesundheitskosten.

E. 8.2

Für Wohnkosten beantragte die Gesuchstellerin Fr. 1'000.– für sich und C._____. Sie bezog sich dabei auf eine am 1. August 2014 mit dem Lebenspartner abgeschlossene Vereinbarung, wonach sie sich mit Fr. 1'000.– an den Unterhaltskosten des Hauses beteiligen werde (Urk. 7/16/5). Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, grundsätzlich seien die effektiven Wohnkosten zu berücksichtigen. Diese seien mit Fr. 1'000.– ausgewiesen und vergleichsweise gering. Zudem sei der Betrag bereits im Zeitpunkt des Einzugs der Gesuchstellerin beim Lebenspartner einvernehmlich so festgelegt worden. Wenn die Gesuchstellerin für

- 15 - sich und C._____ eine Wohnung mieten müsste, würde dieser Betrag um einiges höher ausfallen (Urk. 2 S. 13 f.). Der Gesuchsgegner moniert wie vor Vorinstanz, obschon die effektiven Wohnkosten nicht belegt seien, habe die Vorinstanz Fr. 1'000.– zugesprochen. Es sei nicht aktenkundig, wie hoch die effektiven Wohnkosten seien. Demnach seien der Gesuchstellerin und dem Sohn zusammen Fr. 750.– anzurechnen, zumal die Hypothekenzinsen sehr tief seien und sie im Eigenheim des Lebenspartners lebe. Die Gesuchstellerin habe es unterlassen, Unterlagen zu den Wohnkosten ins Recht zu legen (Urk. 1 S. 7). Mit der eingereichten Vereinbarung hat die Gesuchstellerin zumindest glaubhaft gemacht, dass sie für die Wohnkosten Fr. 1'000.– bezahlt. Dieser Betrag unterscheidet sich im Übrigen nur wenig von der Miete gemäss Scheidungszeitpunkt. Damals bezahlte die Gesuchstellerin ohne Garagenplatz ebenfalls rund Fr. 1'000.– (Urk. 7/8/5/7). Der Mietaufwand steht sodann nicht in einem Missverhältnis zur Miete des Gesuchsgegners, welcher für seine Wohnung Fr. 702.– bezahlen muss. Damit bleibt es bei Fr. 670.– für die Gesuchstellerin und Fr. 330.– für C._____.

E. 8.3

Die Vorinstanz erwog, die Gesuchstellerin mache Mobilitätskosten in Höhe von Fr. 562.– geltend mit der Begründung, sie sei auf das Fahrzeug angewiesen, da sie C._____ vom Kindergarten oder von der privaten Kinderbetreuung abholen müsse. Zeitlich sei es ihr unter Berücksichtigung der Kindergartenzeiten mit dem öffentlichen Verkehr nicht möglich, rechtzeitig am Arbeitsplatz zu erscheinen. Die Vorinstanz schloss, dass die Kosten für ein privates Fahrzeug zu berücksichtigen seien. Allerdings sei die Gesuchstellerin zur Sicherstellung der Kinderbetreuung nicht auf das Auto angewiesen. Für den Arbeitsweg seien die Auslagen auf Fr. 335.– zuzüglich Fr. 162.– Parkplatzmiete am Arbeitsort zu veranschlagen, weshalb Fr. 497.– zuzugestehen seien (Urk. 2 S. 15). Der Gesuchsgegner beanstandet, es sei für ihn nicht nachvollziehbar, weshalb die Gesuchstellerin auf ein privates Fahrzeug angewiesen sei. Die Vorinstanz lasse einerseits die schriftliche Bestätigung seiner Arbeitgeberin betreffend die Not-

- 16 - wendigkeit eines privaten Fahrzeugs unberücksichtigt und gestehe andererseits der Gegenpartei monatliche Kosten von Fr. 497.– zu. Neben dem öffentlichen Verkehr käme auch in Frage, dass der Lebenspartner die Gesuchstellerin zur Arbeit mitnehmen, sie mit einem Arbeitskollegen mitfahren oder sie ein Taxi zur nächsten Haltestelle nehmen würde (Urk. 1 S. 7). Die vom Gesuchsgegner behauptete Mitfahrgelegenheit bzw. der erwähnte Taxidienst ist ein neues, verspätetes Vorbringen. Der Arbeitsweg von E._____ nach Winterthur ist mit öffentlichen Verkehrsmitteln in der Tat problemlos zu bewältigen (vgl. Fahrplan ZVV). Vorliegend ist jedoch entscheidend, dass die Gesuchstellerin glaubhaft ausgeführt hat, dass es ihr mit den öffentlichen Verkehrsmitteln nicht möglich ist, die Betreuung von C._____ vor dem Kindergarten sicherzustellen (er wird um 7.45 Uhr mit dem Schulbus abgeholt) und gleichzeitig pünktlich um 8 Uhr am Arbeitsplatz zu sein (Prot.

I S. 13). Dies rechtfertigt, dass der Gesuchstellerin die Auslagen für das Auto zugebilligt werden. Entsprechend sind auch die Kosten für den Parkplatz zu berücksichtigen. Damit bleibt es bei den vorinstanzlich zugestandenem Fr. 497.–.

E. 8.4

Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin Fr. 160.– an für ungedeckte Gesundheitskosten. Sie erwog, die Gesuchstellerin habe ausgeführt, dass sie aufgrund einer Magenbypass-Operation auf Medikamente angewiesen sei, die sie aus Kostengründen in Deutschland einkaufe. Die Gesuchstellerin habe einen Medikamentenplan sowie Ausdrucke aus dem Internet zu den Kosten der einzelnen Medikamente eingereicht. Es sei damit glaubhaft dargelegt, dass sie auf diese Medikamente angewiesen sei und diese auch beziehe (Urk. 2 S. 14). Der Gesuchsgegner macht wie vor Vorinstanz geltend, dass nicht belegt sei, dass die Gesuchstellerin diese Medikamente tatsächlich beziehe (Urk. 1 S. 8). Die vorinstanzliche Erwägung, dass ein auf die Gesuchstellerin ausgestellter Medikamentenplan eingereicht worden sei, was darauf schliessen lasse, dass die Gesuchstellerin auf die Medikamente angewiesen sei, wird indessen nicht in Abrede gestellt. Damit aber ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass der geltend gemachte Betrag für ungedeckte Gesundheitskosten glaubhaft gemacht ist.

E. 8.5

Zusammenfassend ist der Notbedarf ohne Steuern mit Fr. 3'024.– zu bestätigen.

- 17 -

E. 9

Zur Aufteilung des Barbedarfs von C. _____ in Höhe von Fr. 1'106.– (minus Fr. 200.– Familienzulage) im Verhältnis der jeweiligen Überschüsse werden keine konkreten Rügen erhoben. Sie entspricht einerseits dem Grundsatz, dass die Unterhaltslast für alle Beteiligten ausgewogen bleiben soll (BGE 137 III 604 E. 4.1.1). Andererseits berücksichtigt sie die Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass dem Unterhaltsschuldner das betriebsrechtliche Existenzminimum in jedem Fall zu belassen ist (BGE 137 III 59 E. 4.2.1). Bei einem anrechenbaren Einkommen von Fr. 3'000.– und einem Bedarf von Fr. 2'396.– resultiert ein Überschuss von Fr. 604.–, aus dem der vorläufige Unterhaltsbeitrag von Fr. 425.– zu leisten ist. Daher erübrigen sich weitere Ausführungen. Dies spricht für eine positive Hauptsacheprognose.

E. 10

Zum Erfordernis des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils bzw. zur Dringlichkeit machte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz geltend, sie gehe davon aus, dass Unterhaltsbeiträge zugesprochen würden. Aufgrund der Verschuldung des Gesuchsgegners bestehe eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sie die Unterhaltsbeiträge nicht eintreiben könne und letztendlich einen Verlustschein erhalten werde (Urk. 7/14 S. 8). Die Befürchtungen scheinen glaubhaft, zumal der Gesuchsgegner anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahme erklärte, er sei nicht bereit, vorläufig Unterhalt zu bezahlen (Prot. I S. 5). Dazu kommt, dass im Verhältnis zum unmündigen Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnutzung der Erwerbskraft zu stellen sind, besonders in engen wirtschaftlichen Verhältnissen (BGE 137 III 118 E. 3.1). Wie dargelegt, bezieht der Gesuchsgegner Arbeitslosenbeiträge als versicherte Person mit Unterhaltspflichten und gleichzeitig muss er sich immer wieder Einstelltage anrechnen lassen, die er selber zu

vertreten hat (vgl. oben Ziff. 7.3). Daher ist die zeitliche Dringlichkeit als auch die Nachteilsprognose (C._____ ist aufgrund der veränderten Verhältnisse auf Unterhalt angewiesen) zu bejahen.

- 18 -

E. 11

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid (Dispositiv-Ziffern 1 und 2) ist zu bestätigen. III. 1. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1-3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen (Art. 105 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind ausgangsgemäss dem Gesuchsgegner aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Der unterliegende Gesuchsgegner hat die Gesuchstellerin für ihre Eingabe zur Frage der Erteilung der aufschiebenden Wirkung samt Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege mit Fr. 500.– (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen (Urk. 8). 2. Beide Parteien stellen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2, Urk. 8 S. 4 f.).

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