

# ZH\_OBERGERICHT LY180028 vom 13. August 2018

ZH Obergericht, 2018-08-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY180028](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY180028)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY180028 du 13 août 2018

IT: ZH\_OBERGERICHT LY180028 del 13 agosto 2018

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien heirateten am tt. März 2012. Aus der Ehe ging die Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2014, hervor (Urk. 6/23). Seit dem 8. Dezember 2015 leben die Parteien getrennt (Urk. 6/4). Mit eheschutzrichterlichem Entscheid des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Dietikon vom 9. März 2016 wurde das Getrenntleben der Parteien geregelt. Dabei wurde der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) unter anderem verpflichtet, der Be- klagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) ab 1. Februar 2016 für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Kindesunterhaltsbeiträge von Fr. 1'300.– (zuzüglich allfällige von ihm bezogene Kinderzulagen) sowie persönliche Unterhaltsbeiträge für die Beklagte von Fr. 500.– monatlich ab 1. Februar 2018 bis zu seinem Auszug aus der ehelichen Wohnung zu bezahlen (Urk. 6/6/33 S. 5).

### E. 2

Mittels Eingabe vom 12. März 2018 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Dietikon eine Scheidungsklage ein und ersuchte gleichzeitig um vorsorgliche Her- absetzung der geschuldeten Kindesunterhaltsbeiträge auf Fr. 100.– pro Monat (Urk. 6/1 S. 2 f.). Mit Verfügung vom 23. März 2018 wurde der Beklagten Frist zur Stellungnahme zum klägerischen Massnahmenbegehren anberaumt (Urk. 6/20). Innert erstreckter Frist (Urk. 6/16) bezog die Beklagte mit Eingabe vom 26. April 2018 rechtzeitig Stellung, wobei sie auf Abweisung des Herabsetzungsbegehrens Antrag stellen liess (Urk. 6/18 S. 2). Anlässlich der von der Vorinstanz auf den 8. Mai 2018 anberaumten Einigungsverhandlung sowie Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen hielt die Beklagte an diesem Antrag fest, beantragte jedoch für den Eventualfall die rückwirkende Erhöhung der Kindesunterhaltsbei- träge für C.\_\_\_\_\_ für ein Jahr um Fr. 850.– Betreuungsunterhalt (Prot. I S. 12). Mit unbegründeter Verfügung vom 8. Mai 2018 wies die Vorinstanz das Gesuch des Klägers um Anordnung vorsorglicher Massnahmen ab (Urk. 2). Fristgerecht (Urk. 6/25/2) ersuchte der Kläger in der Folge mit Zuschrift vom 18. Mai 2018 um eine Entscheidungsbegründung (Urk. 6/26). Am 7. Juni 2018 wurde dem Kläger die begründete Fassung der Verfügung vom 8. Mai 2018 zugestellt (Urk. 6/28 = Urk. 2; Urk. 6/29/2).

### E. 3

Der Kläger kritisiert mit seiner Berufung, der von der Vorinstanz zitierte BGE 143 III 233 sei keinesfalls vergleichbar mit dem vorliegenden Sachverhalt. Einer- seits handle es sich um ein überobligatorisches Zusatzeinkommen und nicht eine Hauptbeschäftigung, andererseits bestehe keine Schädigungsabsicht. Des Weite- ren sei die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Zweitjobs komplett ausser Acht gelassen worden. Er arbeite schon seit Jahren zirka 120-Stellenprozent, um die eheschutzrichterlichen Unterhaltsbeiträge für die Tochter erbringen zu können. Dass er sich heute überfordert fühle, sei nachvollziehbar.

Weil er praktisch pausenlos arbeiten müsse, könne er seine Tochter überdies kaum sehen. Die Vorinstanz verlange von ihm praktisch, dass er sich soweit verausgaben müsste, bis er durch ein Burnout gar nicht mehr arbeitsfähig wäre. Aufgrund der jahrelangen Überbelastung sei die Kündigung notwendig geworden. Die Vorinstanz erkenne, dass die enorme Belastung ein Problem darstelle, indem sie explizit erwähne, dass sich der Entscheid nur auf die Dauer des Scheidungsverfahrens beziehe. Aufgrund einer Nachfrage sei ausserdem beim (Haupt-)Arbeitgeber klargestellt worden, dass die Weiterbeschäftigung nicht garantiert werden könne, sollte der Kläger erneut einen Zweitjob annehmen. Nur schon aus der Arbeitsbestätigung gehe hervor, dass der Kläger auch mit seinem Hauptjob durch die unregelmässigen Arbeitszeiten und Arbeitseinsätze mit Zimmerstunde ausgelastet sei. Die Möglichkeit - zusätzlich zur Zumutbarkeit - einer Wiederaufnahme eines Zweitjobs für die Dauer des Scheidungsverfahrens sei deshalb ebenfalls zu verneinen. Aufgrund seines gegenwärtigen Einkommens von Fr. 3'746.65 (inkl. 13. Monatslohn) sowie seines aktualisierten Bedarfs von Fr. 4'100.80 sei er, der Anrecht auf das Existenzminimum habe, nicht in der Lage, Unterhaltsbeiträge für seine Tochter zu bezahlen. Dennoch sei er bereit, ihr Fr. 100.- pro Monat zu bezahlen (Urk. 1 S. 3 ff.).

#### **E. 4**

Es ist kein Grund ersichtlich, die vorstehend erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach eine Abänderung der Unterhaltsleistung selbst dann ausgeschlossen ist, wenn die Reduktion des (Haupt-)Einkommens nicht mehr rückgängig gemacht werden kann, sofern der Unterhaltspflichtige sein Einkommen in Schädigungsabsicht vermindert (BGE 143 III 233, E. 3), nicht auch (analog) auf einen (zumutbaren) Nebenverdienst anzuwenden.

- 7 - Die Vorinstanz hat die von Lehre und Praxis entwickelten Kriterien betreffend die Erzielung eines Nebenerwerbs zutreffend wiedergegeben (Urk. 2 S. 6 m.H.). Es kann darauf verwiesen werden. Der Kläger liess vor Vorinstanz protokollieren, er habe von Januar 2013 bis am 28. Februar 2018 bei D.\_\_\_\_\_ als Reinigungsmitarbeiter gearbeitet, jeweils von 18.00 Uhr bis 20.00 Uhr. Er habe dort um die Fr. 680.- verdient (Prot. I S. 18 f.). Seit dem 1. August 2015 ist er auch bei E.\_\_\_\_\_ in F.\_\_\_\_\_ [Stadtteil] als Gärtner und Hilfsarbeiter im Vollzeitverhältnis festangestellt. Zuvor war er dort stundenweise auf Abruf als Aushilfe arbeitstätig (Urk. 4/14; vgl. auch Urk. 6/6: Prot. S. 14). Von August 2015 bis Ende Februar 2018 bzw. während rund 2,5 Jahren verrichtete der Kläger mithin nebst seiner Vollzeitanstellung bei E.\_\_\_\_\_ auch den Zusatzjob bei D.\_\_\_\_\_ (vgl. auch Urk. 1 S. 4, wo der Kläger anerkennt, dass er schon seit Jahren ca. 120-Stellenprozentante arbeite). Es ist daher von einer mehrjährigen regelmässig ausgeübten Nebenerwerbstätigkeit auszugehen. Die Erzielung dieses Nebenerwerbs war und ist dem Kläger auch weiterhin zuzumuten. Objektive Gründe für die seinerseits erfolgte Kündigung per Ende Februar 2018 wurden nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Dass ein Burnout drohe, ist eine blosser, durch nichts untermauerte Parteibehauptung. Insbesondere sind weder vermehrte, längere Krankschreibungen (vgl. Urk. 4/12, 14) noch sonstige ärztliche Bestätigungen aktenkundig, woraus zu schliessen wäre, dass dem 26-jährigen Kläger aus gesundheitlichen Gründen die Nebenerwerbstätigkeit nicht mehr länger zumutbar (gewesen) sein soll. Wie die Vorinstanz richtig gesehen hat, verlegte die G.\_\_\_\_\_ ihren Sitz - und damit den Arbeitsort des Klägers - von der H.\_\_\_\_\_ in I.\_\_\_\_\_ [Stadtteil] in den J.\_\_\_\_\_ Park in K.\_\_\_\_\_ [Stadtteil] bereits Ende Juni 2017 und damit mehr als ein halbes Jahr vor der Kündigung, weshalb auch dieser Umstand im Hinblick auf den Arbeitsweg die Kündigung nicht zu rechtfertigen vermag (Urk. 2 S. 7 f.; Prot. I S. 18). Die Arbeitsbelastung des Klägers ist

zwar durchaus hoch. Zu bedenken ist aber, dass es hier um Kindesunterhaltsbeiträge geht und die Finanzen knapp sind. Die Beklagte, welche zwei Töchter im Alter von 4 und 15 Jahren (vgl. Urk. 6/62, 14) unter ihrer Obhut hat, nimmt ebenfalls ein überobligatorisches Arbeitspensum auf sich (Urk. 2 S. 9; Prot. I S. 23). Überdies wies die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass die bisherige Ne-

- 8 - benerwerbstätigkeit dem Kläger jedenfalls für die (beschränkte) Dauer des Scheidungsverfahrens weiterhin zumutbar sei (Urk. 2 S. 9). Weil, wie dargetan, keine objektiven nachvollziehbaren Gründe für die vom Kläger aus freien Stücken ausgesprochene Kündigung der Nebenerwerbstätigkeit vorliegen und zudem der Zeitpunkt der Kündigung per Ende Februar 2018 und damit kurz vor Anhebung der klägerischen Scheidungsklage am 13. März 2018 (Urk. 6/1) auf eine bloss prozesstaktische Motivation hinweist, kann nicht anders als auf eine Schädigungsabsicht des Klägers geschlossen werden, zumal sich mit den vom Kläger offerierten Fr. 100.– pro Monat der Unterhalt seiner Tochter selbstständig finanzieren lässt. Dessen musste und muss sich auch der Kläger bewusst sein. Da somit davon auszugehen ist, dass der Kläger frei- und böswillig die Nebenerwerbstätigkeit kündigte, kommt es nicht darauf an, ob er diese Kündigung rückgängig machen kann oder nicht (vgl. BGE 143 III 233 E. 3). Dass die Kündigung nicht rückgängig machbar sei, wurde im Übrigen nicht substantiiert behauptet. Daher ändert auch die nachträglich beigebrachte "Stellungnahme Arbeitsverhältnis" des E. \_\_\_\_\_ vom 10. Mai 2018 nichts, wonach eine Weiterbeschäftigung des Klägers dort nicht garantiert werden könne, sollte der Kläger einen Zweitjob annehmen (Urk. 4/14). Es wird hiermit denn auch lediglich zum Ausdruck gebracht, dass ein Zweitjob keinen Einfluss auf den Haupterwerb haben dürfe. Bisher vermochte der Kläger die Haupt- und Nebentätigkeit offenbar stets zu koordinieren. Dabei liess er bereits im Eheschutzverfahren am 20. Januar 2016 protokollieren, da es sich beim E. \_\_\_\_\_ um ein Eventlokal handle, müsse er manchmal auch bis 3 Uhr nachts arbeiten, unabhängig vom Wochentag. Er habe bei E. \_\_\_\_\_ eher unregelmässige Arbeitszeiten und müsse teilweise auch am Wochenende arbeiten. Wie häufig er bis 3 Uhr nachts arbeiten müsse, hänge stark von der Anzahl Events ab, die stattfänden. Im Moment sei es ungefähr viermal pro Monat, aber im Sommer beinahe täglich (Urk. 6/6: Prot. S. 12 f.). Dass sich seine Haupterwerbstätigkeit bei E. \_\_\_\_\_ wesentlich verändert haben soll, tut der Kläger nicht glaubhaft dar (vgl. Prot. I S. 17 ff.), und es ergibt sich dies auch nicht aus den beiden Arbeitgeberschreiben (Urk. 4/14). Und schliesslich behauptet der Kläger

- 9 - nicht, dass die Firma D. \_\_\_\_\_ ihn nicht erneut anstellen würde (Urk. 2 S. 8; Urk. 1 S. 3 ff.). Zusammengefasst hat die Vorinstanz nach dem Gesagten somit richtigerweise die Voraussetzungen eines Abänderungsgrundes (hinsichtlich des klägerischen Einkommens) verneint, weil davon auszugehen ist, dass der Kläger aus freien Stücken ohne objektiven Grund und damit rechtsmissbräuchlich bzw. mit Schädigungsabsicht seinen Nebenerwerb gekündigt hat. Dieser ist ihm weiterhin hypothetisch anzurechnen. Hinzu tritt, dass auch auf Seiten des Bedarfs des Klägers kein Abänderungsgrund ersichtlich ist. Was den geltend gemachten Mietzins für die per 1. Juni 2018 neu angemietete Wohnung des Klägers in der Höhe von Fr. 1'550.– anbelangt (vgl. Urk. 1 S. 7, 9; Urk. 4/15), ist darauf hinzuweisen, dass dem Kläger im Eheschutzverfahren (angesichts der knappen finanziellen Verhältnisse zu Recht) ein hypothetischer Mietzins von lediglich Fr. 1'200.– zugestanden wurde (vgl. Urk. 6/6/19; Urk. 2 S. 10). Wenn er nunmehr eigenmächtig eine teurere Wohnung anmietete, kann dies nicht zulasten der Kindesunterhaltsbeiträge für die Tochter geschehen. Im

Eheschutzverfahren wurden dem Kläger sodann unter dem Titel Berufsauslagen für den öffentlichen Verkehr Fr. 80.– und für das Auto Fr. 100.– monatlich zugestanden (Urk. 6/6/19; Prot. I S. 20). Der Kläger legt weder mit seiner Berufung näher dar, weshalb ihm unter dem Titel Mobilität der Maximalbetrag gemäss Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 von Fr. 600.– monatlich (vgl. Ziffer III.3.3e Kreisschreiben) in Anrechnung gebracht werden sollte noch weist er nach, wo er solches bereits vor Vorinstanz dargetan haben soll (Urk. 1 S. 7 f.; vgl. dazu: OGer ZH LB170042 vom

## **E. 9**

Mai 2018, S. 6 lit b). Ein Abänderungsgrund liegt mithin auch diesbezüglich nicht vor (vgl. auch Urk. 6/1 S. 7; Urk. 6/18 S. 7; Prot. I S. 6, 9). Vor Vorinstanz deponierte er im Übrigen, er fahre mit dem Auto zur Arbeit, nehme aber auch manchmal den Bus. Das Auto benutze er, wenn er nachts arbeiten müsse oder wenn er erschöpft sei (Prot. I S. 20).

- 10 - Im Licht all dieser Erwägungen ist die Berufung demnach vollumfänglich abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen. D. Kosten- und Entschädigungsfolgen  
1. Die Vorinstanz behielt die Kosten- und Entschädigungsregelung dem Entscheider vor (Urk. 2 S. 11; Art. 104 Abs. 1 und 3 ZPO).  
2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels Aufwendungen ist der Beklagten für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen. E. Unentgeltliche Rechtspflege Der anwaltlich vertretene Kläger lässt im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung nachsuchen (Urk. 1 S. 2, Antragziffer 2, S. 9 f.). Allerdings ersucht er weder um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages noch legt er dar, warum er dies nicht tut (dies im Unterschied zu seinem entsprechenden Antrag vor Vorinstanz, vgl. Urk. 6/1 S. 3, Antragziffer 10). Bereits aus diesem Grund ist aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege auf sein Armenrechtsgesuch ohne weiteres nicht einzutreten (vgl. BGE 138 III 672 E. 4.2.1; BGer 5A\_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2). Zudem erwies sich die klägerische Berufung von Anfang an als aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO). Dementsprechend ist das klägerische Armenrechtsgesuch abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Es wird beschlossen:

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