

# ZH\_OBERGERICHT LY190017 vom 11. November 2019

ZH Obergericht, 2019-11-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY190017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY190017)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY190017 du 11 novembre 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LY190017 del 11 novembre 2019

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben zwei gemeinsame Kinder: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2010, sowie D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2014. Mit Ehe- schutzentscheid vom 7. November 2017 wurde das Getrenntleben geregelt und der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) insbesondere ver- pflichtet, für die beiden Kinder mit Wirkung ab 1. Dezember 2017 Unterhaltsbei- träge von je Fr. 600.– (zuzüglich allfällige Familienzulagen) zu bezahlen. Dabei wurde festgehalten, dass der Barunterhalt nicht gedeckt sei und der Gesuchsteller mangels Leistungsfähigkeit nicht in der Lage sei, einen höheren Unterhaltsbeitrag zu bezahlen (siehe Urk. 9/6/26 Disp. Ziff. 8 lit. B und C). Diesem Entscheid lagen Einkünfte des Gesuchstellers (Arbeitslosentaggelder) in Höhe von Fr. 4'656.– zu- grunde (Urk. 9/6/26 Disp. Ziff. 10).

### E. 1.1

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Fest- stellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Beru- fungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsa- che, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, ein- schliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbe- gründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstin- stanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderun- gen genügenden Weise beanstandet wird, ist – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – von der Rechtsmittelinstanz grundsätzlich nicht zu überprüfen (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die

- 6 - Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

### E. 1.2

Was die Besonderheiten des summarischen Verfahrens sowie die vorlie- gend anwendbaren Prozessmaximen anbelangt, kann auf die zutreffenden Erwä- gungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 E. II./1.1. f.). 2. Abänderung Unterhaltsbeiträge

### E. 2

Seit dem 19. Juli 2018 stehen sich die Parteien vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren gegenüber. Gleichzeitig mit dem Scheidungsbegehren stell- te der

Gesuchsteller das eingangs aufgeführte Gesuch um vorsorgliche Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge (Urk. 9/4 S. 2). Eine Einigung konnte in Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge nicht erreicht werden (siehe Urk. 9/28). Für weitere Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessgeschichte kann auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 2 S. 2 ff. E. I.). Am

- 5 - 28. März 2019 erliess die Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 9/45 S. 16 f. = Urk. 2 S. 16 f.).

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen Eheschutzmassnahmen abgeändert werden können (Urk. 2 E. II./1.3.). Auf diese Ausführungen kann – zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen – verwiesen werden.

### **E. 2.2**

Der vorliegende Abänderungsprozess dreht sich um die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers: Die Vorinstanz ging im Wesentlichen davon aus, dass eine wesentliche und dauerhafte Reduktion der Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers gegenüber dem im Eheschutzentscheid festgehaltenen Einkommen (Arbeitslosentaggelder) vorliege, nachdem der Gesuchsteller seit neun Monaten ohne Selbstverschulden über keine Einkünfte mehr verfüge (Ablauf der Rahmenfrist für den Bezug von Arbeitslosentaggeldern Ende Mai 2018; Unterstützung seither durch die Sozialhilfe Winterthur). Da der Gesuchsteller aktuell über keine Einkünfte verfüge und offensichtlich nicht in der Lage sei, seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinen beiden Kindern nachzukommen, sei seine Unterhaltspflicht ab 1. August 2018, mithin mit Einreichung des Abänderungsbegehrens, aufzuheben. Ab 1. Juli 2019 sei der Gesuchsteller unter Anrechnung eines hypothetischen Einkommens (im Rahmen seiner Leistungsfähigkeit) zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen von Fr. 300.– pro Kind zu verpflichten (Urk. 2 E. II./3.3. ff.).

### **E. 2.3**

Dass ein Abänderungsgrund vorliegend gegeben ist, wird von keiner Partei in Abrede gestellt. Streitig sind im vorliegenden Rechtsmittelverfahren einzig die vom Gesuchsteller ab 1. Juli 2019 zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge, wobei

- 7 - der Gesuchsteller das ihm angerechnete hypothetische Nettoeinkommen sowie den im Bedarf der Gesuchstellerin berücksichtigten Grundbetrag moniert (Urk. 1 Rz. 10 ff. und Rz. 17). 3. Hypothetisches Einkommen des Gesuchstellers

### **E. 3**

Hiergegen erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 8. April 2019 Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 1 S. 2). Mit Beschluss vom 18. Juli 2019 wurde vorgemerkt, dass die Berufung des Gesuchstellers rechtzeitig erhoben worden war. Gleichzeitig wurde beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gewährt (Urk. 18 Disp. Ziff. 1-3). Die Berufungsantwort datiert vom 2. August 2019 (Urk. 19; Urk. 18 Disp. Ziff. 4). Hierzu nahm der Gesuchsteller mit Eingabe vom 2. September 2019 Stellung (Urk. 21; Urk. 22). Die Gesuchstellerin liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

### **E. 3.1**

Vorinstanzlicher Entscheid Die Vorinstanz erwog in Bezug auf das dem Gesuchsteller anzurechnende hypothetische Einkommen, dass nach der Rechtsprechung bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Unterhaltspflichtigen abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden dürfe, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdiene. Dabei dürften auch Erwerbsmöglichkeiten in Betracht gezogen werden, die keine abgeschlossene Berufsausbildung erfordern würden und sich im Tieflohnbereich befänden (mit Verweis auf BGE 137 III 118 E. 3.1). Vorliegend dürfe man vom Gesuchsteller demnach erwarten, dass er seine Arbeitskraft in Zukunft nicht nur in seinem angestammten Bereich als Sachbearbeiter für den Verkauf von Metallbaufertigteilen oder als Logistiker auszuschöpfen versuche, sondern sich auch auf Stellen beispielsweise im Detailhandel bewerbe. Der Medianlohn für eine 37-jährige Verkaufskraft ohne Berufsausbildung mit einjähriger Berufserfahrung betrage in der Region Zürich gemäss statistischer Lohnstrukturerhebung Fr. 4'700.– brutto bzw. bei Berücksichtigung der Sozialabzüge von rund 15 % Fr. 4'000.– netto. Dieses Einkommen müsse sich der Gesuchsteller inskünftig anrechnen lassen. Im Weiteren sei dem Gesuchsteller seit dem Eheschutzentscheid vom 7. November 2017 bekannt, dass er seinen beiden Kindern C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ Unterhalt schulde. Seine Rahmenfrist bei der Arbeitslosenversicherung sei zudem bereits seit Ende Mai 2018 abgelaufen. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass es dem Gesuchsteller faktisch schon lange bewusst sei, dass er seine Leistungsfähigkeit wieder erhöhen müsse. Unter diesen Umständen erscheine eine Übergangsfrist von rund zwei Monaten als angemessen. Damit sei dem Gesuchsteller ab dem 1. Juli 2019 ein hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 4'000.– pro Monat anzurechnen (Urk. 2 E. II./4.2. f.).

- 8 -

### **E. 3.2**

Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs

#### **E. 3.2.1**

Der Gesuchsteller rügt in formaler Hinsicht zunächst eine Verletzung der Begründungspflicht. Die Vorinstanz habe eine Auseinandersetzung mit den rechtlichen Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, d.h. ob die Erzielung eines Erwerbseinkommens für den Gesuchsteller vorliegend effektiv zumutbar und möglich sei, gänzlich unterlassen. Insbesondere sei die Vorinstanz nicht auf die geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen und faktischen Erschwernisse bei der Stellensuche aufgrund der "durchsetzten" beruflichen Biographie des Gesuchstellers eingegangen. Auch habe sich die Vorinstanz mit keinem Wort zu den Vorbringen des Gesuchstellers in seiner Eingabe vom 14. Januar 2019 geäußert, in welcher er ausgeführt habe, weshalb ihm die Erzielung eines Erwerbseinkommens weder möglich noch zumutbar sei (Urk. 1 Rz. 10 f.).

#### **E. 3.2.2**

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folgt die Pflicht des Gerichts, seinen Entscheid zu begründen. Dabei ist nicht erforderlich, dass sich das Gericht mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann es sich in seinen Urteilsabwägungen auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der

Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BGE 142 III 433 E. 4.3.2; 136 I 184 E. 2.2.1). Zu begründen ist das Ergebnis des Entscheids, das im Urteilsdispositiv zum Ausdruck kommt und welches allein die Rechtsstellung der betroffenen Person berührt. Über dessen Tragweite – und nicht über ihm zugrunde liegende Erwägungen – soll sich die betroffene Person anhand der Begründung Rechenschaft geben können (BGE 136 I 229 E. 5.2; 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.; vgl. auch BGer 5D\_183/2017 vom 13.06.2018, E. 3.2; 5A\_382/2013 vom 12.9.2013, E. 3.1; 5A\_95/2012 vom 28.3.2012, E. 2).

- 9 -

### **E. 3.2.3**

Der Vorwurf des Gesuchstellers mag gerechtfertigt sein. Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann aber ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2. m.w.H.). Das Obergericht verfügt im Berufungsverfahren über eine umfassende Kognition (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6), mithin über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz. Der Berufungsinstanz steht daher im Rahmen der Berufungsanträge eine uneingeschränkte Überprüfung des angefochtenen Entscheids im genannten Sinne zu. Wie nachfolgend zudem zu zeigen sein wird, erscheint die Erzielung eines Erwerbseinkommens in Höhe von Fr. 4'000.– pro Monat auch bei Berücksichtigung der geltend gemachten Einschränkungen sowohl zumutbar als auch möglich. Von einer Rückweisung – die auch nicht beantragt wird – kann daher abgesehen werden.

### **E. 3.3**

Materielle Beurteilung

#### **E. 3.3.1**

Der Gesuchsteller bemängelt, dass ihm die Erzielung eines Erwerbseinkommens im Tieflohnbereich – wie es die Vorinstanz annehme – weder möglich noch zumutbar sei. Er leide sowohl in körperlicher als auch in psychischer Hinsicht an gesundheitlichen Problemen bzw. Belastungen. Entsprechend erweise sich der von der Vorinstanz zitierte BGE 137 III 118 als nicht einschlägig, sei in diesem doch einer uneingeschränkt arbeitsfähigen und gesunden Kindsmutter ein hypothetisches Einkommen aus einer Tätigkeit im Tieflohnbereich angerechnet worden. Dass die körperlichen Einschränkungen des Gesuchstellers nach wie vor erheblich seien, sei an der Verhandlung vom 26. Oktober 2018 ausgeführt worden und durch ein Arztzeugnis, gemäss welchem der Gesuchsteller erneut unter star-

- 10 - ken Schmerzen sowie Bewegungseinschränkungen von Seiten der Lendenwirbelsäule und beider Hüften leide und darüber hinaus eine Angststörung entwickelt habe, hinreichend belegt worden. Die Vorinstanz verkenne denn auch, dass sich der Gesuchsteller nachweislich auch in anderen Branchen und nicht nur in seinen angestammten Bereichen (Logistiker und Sachbearbeiter für den Verkauf von Metallbaufertigteilen) beworben habe. In seinem ursprünglich erlernten Beruf könne er aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme mit seinem Bewegungsapparat denn auch gar nicht mehr tätig sein. Ohne sich mit seinen gesundheitlichen Problemen, die eine Umschulung gerade notwendig gemacht hätten, auseinanderzusetzen und ohne den Gesuchsteller jemals zu dieser Möglichkeit befragt zu haben, habe die Vorinstanz ihm ein Einkommen für eine Verkäufertätigkeit anzurechnet. Dies mute angesichts dessen, dass ein Verkäufer ähnliche Bewegungsabläufe wie ein Logistiker haben dürfte, geradezu willkürlich an. Eine Tätigkeit im Verkauf sei für den Gesuchsteller aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme weder möglich noch zumutbar. Er würde innert kurzer Zeit unter derart starken Schmerzen leiden, sodass er nicht mehr arbeitsfähig wäre. Sein körperliches Handicap verunmögliche es ihm auch, sonstige körperlich stark beanspruchende Tätigkeiten, wie sie im Tieflohnbereich in aller Regel anzutreffen seien, auszuüben. Im Übrigen sei es auch widersprüchlich, wenn die Vorinstanz zwar davon ausgehe, dass der Gesuchsteller in der Vergangenheit erfolglose Arbeitsbemühungen habe nachweisen können, ihm jedoch in der Folge eine extrem kurz bemessene Übergangsfrist von zwei Monaten gewähre. Der Gesuchsteller bemühe sich seit drei Jahren um eine Arbeitsstelle, finde jedoch nicht zuletzt aufgrund seiner gesundheitlichen Einschränkungen schlichtweg keine Anstellung (Urk. 1 Rz. 12 ff.).

### **E. 3.3.2**

Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Pflichtigen, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, wenn die betreffende Prozesspartei bei gutem Willen und zumutbarer Anstrengung ein solches Einkommen erzielen kann (BGE 137 III 118 E. 2.3; 128 III 4 E. 4a; 127 III 136 E. 2a). Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt, vielmehr geht es da-

- 11 - rum, die wirtschaftliche Existenz der Unterhaltsberechtigten sicherzustellen und die Lasten des Familienunterhalts gerecht zu verteilen. Dazu ist die Rechtsfrage zu beantworten, ob dem Gesuchsteller zuzumuten ist, ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen zu erwirtschaften. Tatfrage ist, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit (aufgrund von Ausbildung, Arbeitsmarktlage, Alter, Gesundheit etc.) möglich und welches Einkommen dabei effektiv erzielbar ist (Lohnstrukturerehebungen des Bundesamtes für Statistik; Philippe Mülhauser, Das Lohnbuch 2019; BGE 137 III 118 E. 2.3 m. H.). Im Verhältnis zu einem minderjährigen Kind sind besonders hohe Anforderungen an die Ausschöpfung der Erwerbskraft zu stellen, insbesondere dann, wenn – wie hier – enge wirtschaftliche Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 3.1 S. 121; BSK ZGB I-Fountoulakis/Breitschmid, Art. 276 N 25; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl. 2010, N. 09.43). Der Pflichtige hat sich daher ausreichend (intensiv und ernsthaft) um eine Erwerbstätigkeit zu bemühen. Die Meldung bei der Arbeitslosenversicherung genügt nicht. Die Bemühungen sind in nachprüfbarer Weise konkret darzulegen und zu dokumentieren. Schriftliche Bewerbungen (bestehend aus Stellenangebot, Bewerbungsschreiben, Antwortschreiben) sind vorzulegen (vgl. OGer ZH

LC160005 vom 21.10.2016, E. II./2.5.).

### E. 3.3.3

Vorliegend erscheint glaubhaft, dass der Gesuchsteller seit 2011 unter gesundheitlichen Einschränkungen im Zusammenhang mit seinem Bewegungsapparat leidet (Urk. 24/8-9; Urk. 9/23/21-22). Entsprechend erscheint eine Tätigkeit in seinem ursprünglich erlernten Beruf als Lagerist EFZ (Urk. 9/6/23/26 S. 2; siehe auch Urk. 5/5 S. 55) weder zumutbar noch möglich, zumal dieser Beruf fraglos eine gesunde körperliche Konstitution voraussetzt. Gleiches gilt grundsätzlich auch in Bezug auf eine Tätigkeit als Verkäufer, in welcher der Arbeitnehmer bekanntermaßen lange und ausdauernd stehen sowie im Verlauf des Tages weite Strecken zurücklegen muss. Anders präsentiert sich die Sachlage hingegen bezüglich einer Tätigkeit als Sachbearbeiter bzw. kaufmännischer Mitarbeiter: Der Gesuchsteller absolvierte nach eigenen Angaben im Jahr 2014 eine von der IV aufgrund seiner gesundheitlichen Probleme finanzierte Umschulung, erwarb im Jahre 2015 das "Handelsdip-

- 12 - lom VSH Intensiv" (Urk. 9/4 Rz. 7; Urk. 9 S. 2; Urk. 9/6/23/26 S. 2) und war in der Folge in zwei Betrieben während insgesamt 13 Monaten als Sachbearbeiter (Mitarbeiter Einkauf/Vertrieb/Logistik bei der E.\_\_\_\_\_ AG sowie Sachbearbeiter Verkauf von Metallbau-Fertigteilen bei der F.\_\_\_\_\_ AG in Winterthur; vgl. Urk. 9/6/23/26 S. 2 und Urk. 5/5 S. 39 f.) tätig. Die Stellen verlor er auch nicht aufgrund seiner gesundheitlichen Beeinträchtigungen, sondern aus wirtschaftlichen Gründen bzw. aufgrund mangelnder Französischkenntnisse (vgl. Urk. 9/34 Rz. 9; Urk. 1 Rz. 6 und Rz. 8). Er verfügt damit als Sachbearbeiter bereits über erste praktische Erfahrungen. Ausserdem geht aus seinem Lebenslauf hervor, dass er schon vor der Umschulung während neun Jahren bei der G.\_\_\_\_\_ AG unter anderem als Sachbearbeiter im Bereich Einkauf und Verkauf tätig gewesen war (Urk. 9/6/23/26 S. 2; Urk. 5/5 S. 53). Dass eine solche Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen im heutigen Zeitpunkt nicht mehr möglich sein soll, ist nicht ersichtlich. Die vom Gesuchsteller eingereichten Arztzeugnisse halten einzig fest, dass er für schwere körperliche Arbeiten nicht belastbar sei (siehe Urk. 24/8-9; vgl. auch Urk. 9/23/21-22). Der Chiropraktor Dr. H.\_\_\_\_\_ weist in seinem Attest vom 4. April 2019 darauf hin, dass bei durchgemachtem Bandscheibenvorfall das Risiko auf Schmerzrezidive erhöht sei und statische Belastungen wie langes Sitzen und Stehen erneute Schmerzrezidive provozieren könnten. Entsprechend sei eine Wechselbelastung der Arbeit mit Bewegung, der Möglichkeit zu sitzen sowie das Vermeiden von Tragen von schweren Lasten "vorzuziehen" (Urk. 5/3). Diese Voraussetzungen dürften bei einer Tätigkeit als Sachbearbeiter erfüllt sein, ist eine solche doch regelmässig mit überwiegendem Sitzen, in Wechselbelastung und ohne Heben, Tragen und Bewegen von Lasten, verbunden. Allfälligen Schmerzen aufgrund längeren Sitzens kann zudem mittels eines Stehpultes entgegengewirkt werden. Dass ein längeres Sitzen bei einer Wechselbelastung möglich ist, zeigt auch die Tatsache, dass der Gesuchsteller im Sommer 2018 mit dem Bus mehrere Stunden in die Ferien nach Italien reisen konnte (Prot. I S. 8; Urk. 19 S. 4 mit Verweis auf Urk. 9/38 S. 3), was er damit begründete, dass er im Reiseкар die Möglichkeit gehabt hätte, aufzustehen sowie sich im Gang zwischen den Sitzreihen zu strecken/beugen, wodurch er den negativen Auswirkungen des langen Sitzens habe entgegenwirken können (Urk. 22 Rz. 5). Soweit der Gesuchsteller

- 13 - im Weiteren geltend macht, er leide zusätzlich noch an psychischen Problemen (siehe Urk. 1 Rz. 8 f. und Rz. 13), ist zu bemerken, dass das von ihm eingereichte ärztliche Attest

vom 25. Oktober 2018 (Urk. 9/23/21) keine Auskunft darüber gibt, inwiefern die darin diagnostizierte depressive Anpassungsstörung seine Arbeitsfähigkeit beeinflusst. Zudem legt der Gesuchsteller nicht dar, dass und in welchem Ausmass er heute noch durch die psychischen Probleme belastet sein soll. Auch der Umstand, dass der Bezug einer IV-Rente offenbar nicht zur Diskussion steht, spricht dafür, dass die Erwerbsmöglichkeiten des Gesuchstellers – wenn auch eingeschränkt – intakt sind. Zwar ist im Weiteren zu berücksichtigen, dass die Lage auf dem Arbeitsmarkt für eine in der Arbeitsfähigkeit beeinträchtigte Person nicht einfach und bei ausgeschriebenen Stellen für Sachbearbeiter mit einigen Mitbewerbern zu rechnen ist. Angesichts der aktuell günstigen allgemeinen Wirtschaftslage, die sich auch darin widerspiegelt, dass im Raum Zürich viele Stellenangebote für Sachbearbeiter zu finden sind (vgl. [www.jobs.ch](http://www.jobs.ch)), ist dennoch davon auszugehen, dass der erst 37-jährige Gesuchsteller bei genügend intensiven Suchbemühungen innert angemessener Frist (siehe nachfolgend) eine entsprechende Anstellung finden dürfte. Bezüglich seiner geltend gemachten (erfolgreichen) Suchbemühungen (siehe hierzu auch Urk. 9/34 Rz. 6) ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Bemessung von Kinderunterhalt dafür hält, dass die für die Arbeitslosenversicherung geltenden Kriterien nicht unbesehen übernommen werden können. Namentlich sei die Tatsache, dass ein Unterhaltsverpflichteter arbeitslos und trotz entsprechender Bemühungen keine Stelle gefunden habe, kein Beweis dafür, dass es ihm tatsächlich nicht möglich sei, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen (BGE 137 III 118 E. 3.1; vgl. auch OGer ZH LE180028 vom 20.12.2018, E. G.1.3.2.; OGer ZH LE120041 vom 08.03.2013, E. III.A.1.3.2). Der Gesuchsteller reichte vor Vorinstanz das von der Arbeitslosenkasse zur Verfügung gestellte und von ihm selbst ausgefüllte Formular betreffend Suchbemühungen ins Recht (siehe Urk. 9/35/37, "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen"). Daraus geht hervor, dass er bis zu seiner Aussteuerung im Mai 2018 durchschnittlich nur unwesentlich mehr als die für die Arbeitslosenkasse erforderliche Mindestanzahl von zehn Arbeitsbemühungen pro Monat tätigte. In der Zeit vom 25. Juni 2018 bis 30. November

- 14 - 2018 war der Gesuchsteller gemäss ärztlicher Bescheinigung zu 100 % arbeitsunfähig, wobei er sich offenbar dennoch für vier Stellen bewarb (vgl. Urk. 9/35/38). Für den Monat Dezember 2018 legte der Gesuchsteller drei Stellenbewerbungen vor (vgl. Urk. 9/35/38). Im Berufungsverfahren reicht der Gesuchsteller diverse neue Bewerbungsschreiben und Absagen als Sammelbeilage ins Recht (Urk. 5/5). Diese Sammelbeilage enthält 16 (erfolglose) E-Mail-Bewerbungen, wobei sämtliche enthaltenen Bewerbungsschreiben (mehrheitlich für Stellen als Sachbearbeiter) zwischen dem 20. und 29. Februar 2019 datieren. Stelleninserate zu diesen Bewerbungen reicht der Gesuchsteller keine ein. Zudem fällt auf, dass sich der Gesuchsteller offenbar auf die meisten Stellenausschreibungen mit demselben standardisierten (unpersönlichen) Schreiben beworben hat. Eine Anfrage einer Stellenvermittlerin beantwortete der Gesuchsteller darüber hinaus lapidar mit "Sie können mich gerne für diese Stelle vorschlagen" (Urk. 5/5 S. 19 f.). Der Gesuchsteller erklärt dies damit, dass er die Stellenvermittlerin auf deren E-Mail hin telefonisch erfolglos zu erreichen versucht habe und – um sein Interesse zu unterstreichen – dieser um 18.50 Uhr geantwortet habe (Urk. 22 Rz. 6). Dies überzeugt jedoch nicht. So erkundigte sich die Stellenvermittlerin in ihrem E-Mail nach der Erreichbarkeit des Gesuchstellers und wollte zunächst die Details ihres Jobangebots besprechen. Der Gesuchsteller teilte in seiner sehr kurz gehaltenen E-Mail jedoch weder seine Erreichbarkeit mit, noch nahm er in irgendeiner Weise Bezug auf ihr Angebot oder

erwähnte seine vergeblichen Kontaktversuche. Auch erstaunt, dass sich der E-Mail-Korrespondenz nicht entnehmen lässt, wann die Stellenvermittlerin ihr Angebot gesendet hatte. Insgesamt bestehen erhebliche Zweifel an der Ernsthaftigkeit der Suchbemühungen des Geschwärtstellers. Alles in allem vermochte er keine ausreichenden Suchbemühungen in Bezug auf eine Stelle als Sachbearbeiter nachzuweisen. Zusammenfassend ist damit davon auszugehen, dass es dem Geschwärtsteller sowohl zumutbar als auch möglich wäre, bei genügend intensiven Suchbemühungen ein Erwerbseinkommen als Sachbearbeiter bzw. kaufmännischer Mitarbeiter, insbesondere im Bereich Einkauf und Verkauf, zu erzielen.

- 15 -

#### **E. 3.3.4**

Der Geschwärtsteller verdiente als Sachbearbeiter bei seinen früheren Arbeitgeberinnen, der E. \_\_\_\_\_ AG sowie der E. F. \_\_\_\_\_ AG, ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 5'500.– (Urk. 9/6/18/3-4). Mit Blick auf den statistisch erfassten Durchschnittslohn für einen 37-jährigen Sachbearbeiter (Einkauf/Verkauf) im Bereich Detailhandel ohne Berufslehre und ohne (relevante) Berufserfahrung bei einem Pensum von 100 % von brutto Fr. 4'900.– pro Monat (Lohnstrukturhebung, [www.lohnrechner.ch](http://www.lohnrechner.ch), entsprechend unter Abzug von 15 % Sozialabgaben Fr. 4'165.– netto) sowie in Anbetracht des durch den Geschwärtsteller zuletzt erzielten Einkommens von monatlich netto Fr. 5'500.– sollte es für den Geschwärtsteller ohne Weiteres möglich sein, das von der Vorinstanz angerechnete monatliche Nettoeinkommen von Fr. 4'000.– zu erwirtschaften.

#### **E. 3.3.5**

Hinsichtlich der zu gewährenden Anpassungsfrist ist zu berücksichtigen, dass im Eheschutzentscheid vom 7. November 2017 dem Geschwärtsteller als Einkünfte Arbeitslosentaggelder in der Höhe von Fr. 4'656.– angerechnet wurden und er sich verpflichtete, für seine beiden Kinder Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 600.– zu bezahlen (siehe Urk. 9/6/26 Disp. Ziff. 8 und 10; siehe auch Urk. 9/6/24). Insofern hätte dem Geschwärtsteller bereits im Zeitpunkt seiner Aussteuerung, spätestens aber nach Erhalt des vorinstanzlichen Entscheids vom 28. März 2019 (Urk. 9/46/1) klar sein müssen, dass er sich um die Wiedereingliederung in den Stellenmarkt sehr intensiv bemühen muss, um der Verpflichtung zur Zahlung der Unterhaltsbeiträge nachkommen zu können. Dies hat er jedoch nicht in rechtsgenügender Weise getan (siehe Ziffer II./3.3.3.). Dennoch ist nicht ausser Acht zu lassen, dass der Lebenslauf des Geschwärtstellers Lücken aufweist (vgl. Urk. 9/6/23/26), er bereits während drei Jahren arbeitslos und darüber hinaus gesundheitlich eingeschränkt ist, was die Arbeitssuche durchaus erschweren dürfte. Zudem war er vom 16. August bis 15. September 2019 aufgrund seiner Beschwerden (erneut) arbeitsunfähig (siehe Urk. 24/9). Unter diesen Umständen rechtfertigt sich die Einräumung einer Anpassungsfrist bis zum 1. Januar 2020.

- 16 -

#### **E. 3.4**

Fazit Nach dem Ausgeführten ist dem Geschwärtsteller damit ab 1. Januar 2020 ein hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 4'000.– pro Monat anzurechnen. Bis zu diesem Zeitpunkt ist seine Unterhaltsverpflichtung mangels Leistungsfähigkeit aufzuheben.

#### **E. 4**

Bedarf der Gesuchstellerin

#### **E. 4.1**

Die Vorinstanz berücksichtigte im Bedarf der Gesuchstellerin einen Grundbetrag von Fr. 1'250.– pro Monat und erwog, die Gesuchstellerin lebe unbestrittenermassen seit September 2017 mit ihrem heutigen Lebenspartner zusammen. Folgerichtig sei ihr gestützt auf das obergerichtliche Kreisschreiben der Tarif für eine alleinerziehende Person in Haushaltsgemeinschaft mit einer anderen erwachsenen Person einzusetzen (Urk. 2 E. II./4.7.).

#### **E. 4.2**

Der Gesuchsteller wirft der Vorinstanz auch diesbezüglich zunächst eine Verletzung der Begründungspflicht vor. Er habe an der Verhandlung vom 26. Oktober 2018 ausführen lassen, dass die Gesuchstellerin seit September 2017 mit ihrem Lebenspartner zusammenlebe. Die Gesuchstellerin habe zudem selbst ausgeführt, dass sie mit ihrem Lebenspartner verlobt sei. Sie habe mit diesem eine Familie gründen wollen, habe das Kind aber in der Folge tragischerweise verloren (mit Verweis auf Prot. I S. 16). Daraus könne geschlossen werden, dass die Gesuchstellerin dieser Beziehung selbst bereits einen sehr stabilen Charakter zumesse. Es rechtfertige sich deshalb zweifelsohne, den hälftigen Grundbetrag für Ehegatten, der auch bei Konkubinatspaaren einzusetzen sei, im Bedarf zu berücksichtigen. Mit diesen Vorbringen der Parteien habe sich die Vorinstanz nicht auseinandersetzt (Urk. 1 Rz. 17).

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz erläuterte, weshalb sie einen Grundbetrag von Fr. 1'250.– im Bedarf der Gesuchstellerin berücksichtigte. Damit genügt ihr Entscheid in diesem Punkt den verfassungsmässigen Anforderungen an die Begründung. Denn wie bereits erwähnt, folgt aus dem Gehörsanspruch nicht, dass sich die Behörde zu allen Punkten einlässlich äussern und jedes einzelne Vorbringen widerlegen muss

- 17 - (siehe hierzu vorstehend Ziffer II./3.2.2.). Der Gesuchsteller war denn auch ohne Weiteres in der Lage, die diesbezügliche vorinstanzliche Festsetzung sachgerecht anzufechten, wie seine Beanstandungen in der Berufungsschrift zeigen. Eine Verletzung der Begründungspflicht bzw. des rechtlichen Gehörs ist damit zu verneinen. Ob die Vorinstanz in Bezug auf die Gesuchstellerin zu Recht den Grundbetrag für eine alleinerziehende Person in Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person einsetzte, ist keine Frage der Begründungspflicht, sondern betrifft den materiellen Gehalt ihres Entscheids. Unbestrittenermassen lebt die Gesuchstellerin mit ihrem Lebenspartner zusammen und ist mit diesem gemäss eigenen Angaben auch verlobt (Prot. I S. 16). In Anbetracht dieser Umstände rechtfertigt es sich in der Tat, den hälftigen Ehegatten-Grundbetrag von Fr. 850.– einzusetzen (vgl. Ziff. II des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009).

#### **E. 4.4**

Die weiteren Positionen im Bedarf der Gesuchstellerin wurden von keiner Partei beanstandet und erscheinen angemessen. Entsprechend ist in Bezug auf die Gesuchstellerin von einem Bedarf in Höhe von Fr. 1'751.– pro Monat (Fr. 850.– + Fr. 338.– + Fr. 15.– + Fr. 115.– + Fr. 278.– + Fr. 60.– + Fr. 95.–) auszugehen (vgl. Urk. 2 E. II./4.7.).

## **E. 5**

Unterhaltsberechnung Weder der von der Vorinstanz festgestellte Bedarf des Gesuchstellers noch der-jenige der beiden Kinder C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ wurden beanstandet. Gleiches gilt hinsichtlich des festgestellten Einkommens der Gesuchstellerin sowie der Einkünfte der Kinder (Familienzulage). Nachdem diese Grundlagen der Unterhaltsberechnung auch zu keinen Bemerkungen Anlass geben, kann insofern auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 E. II./4.4. ff.). Die Vorinstanz ging sodann davon aus, dass der Gesuchsteller den gesamten Barunterhalt der Kinder zu tragen hat (vgl. Urk. II./4.9.). Dies wird ebenfalls von keiner Partei beanstandet und erweist sich angesichts des von der Gesuchstellerin vollumfänglich zu erbringenden Naturalunterhalts denn auch als angemessen (vgl. Urk. 9/29 Disp. Ziff. 1 bezüglich des geltenden Besuchsrechts des Gesuchstellers). Der Ge-

- 18 - suchsteller erweist sich ab 1. Januar 2020 im Umfang von Fr. 600.– als leistungsfähig (Fr. 4'000.– hypothetisches Einkommen abzüglich Fr. 3'408.– Notbedarf, vgl. vorstehend Ziff. II./3.4. und Urk. 2 E. II./4.9.). Diesen Betrag verteilte die Vorinstanz gleichmässig auf beide Kinder (zuzüglich allfällige Familienzulagen; Urk. 2 E. II./4.9. f.), was ebenfalls nicht zu beanstanden ist. Ein Betreuungsunterhalt ist, wie die Vorinstanz zu Recht festhielt (vgl. Urk. 2 E. II./4.9.), angesichts der Eigenversorgungskapazität der Gesuchstellerin nicht zuzusprechen.

## **E. 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 Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

- 21 - Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 11. November 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. C. Faoro versandt am: mc

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