

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170067-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 5. Februar 2018

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

betreffend **Abänderung Eheschutz**

Berufung gegen eine Verfügung und ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 19. Juni 2017 (EE170014-G)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1; sinngemäss)

1. Es seien die Dispositivziffern 9 und 10 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 12. Februar 2016 (EE150037-G) ersatzlos aufzuheben.
2. Es seien die Dispositivziffern 2 und 3 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 12. Februar 2016 (EE150037-G) abzuändern und durch die alternerende Obhut zu ersetzen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

Verfügung und Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 19. Juni 2017:

(Urk. 33 S. 16 f.)

- " 1. Das Gesuch wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
CHF 2'400.– ; die weiteren Kosten betragen:
CHF 281.25 Dolmetscherkosten
CHF 2'681.25 Gerichtskosten total
3. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
4. Der Gesuchsgegnerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____, ... [Adresse], eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
5. Die Gerichtskosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.
6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung von CHF 3'500.– zu bezahlen.
7. Rechtsanwältin lic. iur. X._____, wird für ihre Bemühungen und Auslagen als unentgeltliche Rechtsbeiständin der Gesuchsgegnerin aus der Gerichtskasse mit CHF 3'500.– entschädigt. Mit der Bezahlung dieser Entschädigung geht der Anspruch der Gesuchsgegnerin gegenüber dem Gesuchsteller gemäss Ziffer 6 hiavor auf die Gerichtskasse über.
8. (Schriftliche Mitteilung.)
9. (Rechtsmittelbelehrung.)"

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 32 S. 1 und 5; sinngemäss):

Das Urteil sei aufzuheben und die erstinstanzliche Abänderungsklage gutzuheissen.

Erwägungen:

1. a) Mit Urteil vom 12. Februar 2016 entschied die Vorinstanz im Eheschutzverfahren der Parteien unter anderem das Folgende (Urk. 5/60 S. 61 ff.):

" 1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Parteien das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit vereinbart haben und bereits seit dem 14. Juni 2015 getrennt leben.

2. Die Kinder C._____, geboren tt.mm.2009, und D._____, geboren tt.mm. 2011, werden für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Gesuchstellerin gestellt. Die elterliche Sorge verbleibt bei beiden Parteien.

3. Der Gesuchsgegner wird für berechtigt erklärt, die Kinder C._____
und D._____

a) bis zum Kindergarteneintritt von D._____ jedes zweite Wochenende von Samstag 10:00 Uhr bis Sonntag 18:00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen;

b) ab Kindergarteneintritt von D._____ jedes zweite Wochenende von Freitag 18:00 Uhr bis Sonntag 19:00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen;

c) in geraden Jahren je am zweiten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr sowie von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in ungeraden Jahren je am ersten Tag der Doppelfeiertage Weihnachten und Neujahr und von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen;

d) ab Kindergarteneintritt von D._____ während vier Wochen in den Schulferien, maximal eine Woche am Stück, zu sich oder mit sich in die Ferien zu nehmen, wobei das Ferienbesuchsrecht mindestens drei Monate im Voraus anzukündigen ist.

4.-8. (...)

9. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Kinder C._____
und D._____ folgende monatliche Kinderunter-

haltsbeiträge je zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen zu bezahlen, je zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats:

- a) für den Monat Juni 2015 je CHF 367.–
- b) für den Monat Juli 2015 je CHF 368.50
- c) für den Monat August 2015 je CHF 579.–
- d) für den Monat September 2015 je nur Kinderzulagen
- e) für den Monat Oktober 2015 je nur Kinderzulagen
- f) ab November 2015 je CHF 579.–
- g) ab Juli 2016 je CHF 600.– für die weitere Dauer des Getrenntlebens.

10. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab Juli 2016 für die Dauer des Getrenntlebens für sich persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 338.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab 1. Juli 2016.

11.-20. (...)."

b) Mit Eingabe vom 27. Februar 2017 stellte der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) das eingangs aufgeführte Rechtsbegehren betreffend Abänderung des vorinstanzlichen Urteils vom 12. Februar 2016 (Urk. 1). Sodann stellte er den prozessualen Antrag, es sei ihm für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 1).

Mit Eingabe vom 29. März 2017 stellte die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegnerin) den prozessualen Antrag, es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu ernennen (Urk. 5A).

Mit Verfügung und Urteil vom 19. Juni 2017 entschied die Vorinstanz im eingangs erwähnten Sinne (Urk. 33).

c) Innert Frist erhob der Gesuchsteller gegen die Verfügung und das Urteil vom 19. Juni 2017 Berufung mit obgenanntem Antrag (Urk. 32) sowie betreffend die Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege Beschwerde (vgl.

RE170023-O Urk. 32). Zudem verlangt er auch für das Berufungsverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 32 S. 7).

d) Auf die im Berufungsverfahren gemachten Ausführungen des Gesuchstellers ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als sich dies für die Entscheidung als notwendig erweist.

2. Der Gesuchsteller führt in der Berufungsschrift zu seinen finanziellen Verhältnissen unter anderem aus, der Umzug in eine andere Wohnung gestalte sich nicht alleine aufgrund des Marktes schwierig, sondern auch wegen seines desolaten Betreibungsauszuges. Da ihm seit der Trennung kein Geld geblieben sei, um die während der Ehe aufgelaufenen Verbindlichkeiten zu begleichen, sei es zu einer Reihe von Verlustscheinen gekommen, welche im Betreibungsregister ersichtlich seien. Kaum ein Vermieter sei bereit, mit ihm unter diesen Umständen in nähere Verhandlungen einzutreten (Urk. 32 S. 2).

Im erstinstanzlichen Verfahren führte der Gesuchsteller zur Wohnungssuche aus, dass keine adäquate Wohnung habe gefunden werden können, die in den preislichen Vorstellungen des Gerichts lägen (Urk. 1 S. 2, Urk. 22 S. 8 f.). Er reichte betreffend seine Wohnsituation und die Wohnungssuche erstinstanzlich einige E-Mails und Wohnungsinserate (Urk. 23/6) sowie einen Protokollauszug der Sozialkommission E._____ vom 4. April 2017 (Urk. 23/1) ein (Urk. 33 S. 11 E. IV.3 f.). Den im Berufungsverfahren geltend gemachten desolaten Zustand seines Betreibungsregisterauszuges liess er im erstinstanzlichen Verfahren unerwähnt.

Der Gesuchsteller brachte somit die in seiner Berufungsschrift enthaltene Tatsachenbehauptung zu dem ihn betreffenden Betreibungsregisterauszug und die sich damit ergebenden Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche erstmals im Berufungsverfahren vor. Er macht dabei nicht geltend, dass die von ihm behauptete Tatsache nicht schon im erstinstanzlichen Verfahren hätte vorgebracht werden können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Das diesbezügliche Vorbringen ist daher im Sinne von Art. 317 ZPO als verspätet zu betrachten und kann im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden.

3. a) Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet. Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen. Entsprechend ist die Berufung nach Art. 311 Abs. 1 ZPO begründet einzureichen. Dies gilt auch dann, wenn das Verfahren wie hier dem Untersuchungsgrundsatz unterliegt. Der Berufungskläger muss aufzeigen, inwiefern er den angefochtenen Entscheid als fehlerhaft erachtet. Um dieser Pflicht nachzukommen genügt es nicht, wenn er auf seine Vorbringen vor der ersten Instanz verweist oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Art und Weise kritisiert. Vielmehr muss der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht. Die Begründung muss hinreichend explizit sein, dass sie von der Berufungsinstanz einfach nachvollzogen werden kann (BGer 5A_573/2017 vom 19. Oktober 2017, E. 3.1 m.w.H.). Das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3 m.w.H.; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36 m.w.H.). Genügt die Berufung den Anforderungen an die Begründung nicht, so wird auf diese nicht eingetreten. Inhaltliche Nachbesserung der Begründung ist nach Ablauf der Berufungsfrist nicht zulässig (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 38 m.w.H.; BGer 4A_41/2017 vom 9. Februar 2017).

b) Der Gesuchsteller führt in der Berufungsschrift aus, bei der Beurteilung, ob der Wechsel zur alternierenden Obhut sinnvoll sei, gehe die Vorinstanz ohne Begründung von Folgendem aus (unter Hinweis auf S. 6 E. III.3 des angefochtenen Entscheids): "Indessen verfüge die Gesuchstellerin über die bessere Möglichkeit, die Kinder persönlich zu betreuen und gewährleiste insgesamt ein stabileres Umfeld für die Kinder als der Gesuchsgegner". Diese Annahme geschehe ohne jede Begründung sowie Abwägung der Belange der Kinder. Sollte es der Fall sein, dass die Gesuchsgegnerin nur deshalb als besser geeignet erachtet werde,

da sie eine Frau sei, so verstiesse dies gegen Art. 8 Abs. 2 BV (Urk. 32 S. 2). Dem Gesuchsteller ist bei dieser Rüge entgangen, dass die erstinstanzliche RichterIn in dem vom Gesuchsteller angeführten Teil der Erwägung III.3 einzig das rechtskräftige Eheschutzurteil vom 12. Februar 2016 zitiert und hierbei noch keine eigene Beurteilung vornimmt. Mit den Erwägungen III.4, III.7 und III.8 des angefochtenen Entscheides, in welchen sich die vorinstanzliche RichterIn konkret mit dem Antrag des Gesuchstellers auf Abänderung des Urteils vom 12. Februar 2016 und Anordnung einer alternierenden Obhut befasst, setzt sich der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift hingegen nicht auseinander. Er erwähnt zwar noch, dass die Kommunikationsunwilligkeit der Gesuchsgegnerin nicht auf dem Rücken der Kinder ausgetragen werden sollte (Urk. 32 S. 2). Dies entspricht jedoch nicht der im Berufungsverfahren notwendigen Auseinandersetzung mit der vorinstanzlichen Feststellung, dass die Umstände der Kommunikation zwischen den Parteien der Installation einer alternierenden Obhut entgegenstünden (Urk. 32 S. 8 E. III.7). Wenn der Gesuchsteller schliesslich in seiner Berufungsschrift vorbringt, es entziehe sich seiner Kenntnis, wieso die Vorinstanz die alternierende Obhut nicht einmal in Erwägung gezogen habe bzw. der Versuch dazu nicht zugelassen worden sei (Urk. 32 S. 2), dann fehlt es endgültig an einer Auseinandersetzung seinerseits mit den vorinstanzlichen Erwägungen III.7 und III.8, in welchen von der erstinstanzlichen RichterIn ausgeführt wurde, wieso vorliegend keine alternierende Obhut angeordnet werden könne. Auf die Berufung des Gesuchstellers betreffend die vorinstanzliche Abweisung der Anordnung der alternierenden Obhut wird mangels genügender Auseinandersetzung seinerseits mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen nicht einzutreten sein.

c) Der Gesuchsteller führt in seiner Berufungsschrift sodann aus, am 28. Februar 2017 habe seine Rahmenfrist beim RAV geendet. Er sei somit seit dem 1. März 2017 auf Unterstützung durch die Sozialhilfe angewiesen, was eine erhebliche Veränderung seiner finanziellen Leistungsfähigkeit bedeute. Aus diesem Grund habe er vor dem 1. März 2017 die Abänderungsklage bei der Vorinstanz eingereicht (Urk. 32 S. 1). Bereits anlässlich der Hauptverhandlung habe er ausgeführt, dass sein Einkommen stark schwankend sei, da er keinen Einfluss auf die Einsatzplanungen der einzelnen Unternehmungen habe. Der Protokoll-

auszug der Sozialkommission vom 4. April 2017 sowie der entsprechende Beschluss, gemäss welchem er mit wirtschaftlicher Sozialhilfe unterstützt werde, würden alles über seine derzeitigen finanziellen Verhältnisse aussagen (Urk. 32 S. 2). In Absprache mit dem Sozialamt E._____ sowie weiterhin auch des RAV unternehme er alles, um wieder ein akzeptables Einkommen zu erzielen. Seine Bemühungen würden regelmässig vom Sozialamt und vom RAV kontrolliert und gutgeheissen werden. Das ihm im Urteil vom 12. Februar 2016 angerechnete Nettogesamteinkommen von Fr. 5'493.90 könne er gegenwärtig nicht erzielen, da er keine entsprechende Anstellung finde (Urk. 32 S. 3). Gerne hätte er noch vor dem Ende der Rahmenfrist sein Pensum aufgestockt oder eine Vollzeitstelle angetreten. Hier würden jedoch Wunsch und Realität auseinanderdriften. Bezüglich seiner Zahlungsfähigkeit könne er nur von der Realität ausgehen. Deshalb habe er die Abänderungsklage eingereicht (Urk. 32 S. 5).

Gemäss den Erwägungen der erstinstanzlichen RichterIn blieben die vom Gesuchsteller geltend gemachten Suchbemühungen für eine neue Stelle unbelegt (Urk. 33 S. 10 E. IV.3 und S. 11 E. IV.4; siehe auch Urk. 22 S. 6 f.). Der Gesuchsteller unterlässt es im Berufungsverfahren in seinen vorstehend aufgeführten Einwendungen, sich damit konkret auseinanderzusetzen, weshalb diesbezüglich auf seine Berufung ebenfalls nicht einzutreten sein wird und im Folgenden davon auszugehen ist, dass seine geltend gemachten Suchbemühungen um eine neue bzw. weitere Arbeitsstelle unbelegt geblieben sind.

d) da) Der Gesuchsteller führt in seiner Berufungsschrift weiter an, dass gemäss gefestigter Rechtsprechung die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse erheblich und auf Dauer sowie nicht vorhersehbar sein müsse, damit die Kinderunterhaltsbeiträge der Abänderung zugänglich seien. Da im ursprünglichen Eheschutzverfahren davon ausgegangen worden sei, dass er noch vor dem Ende der Rahmenfrist wieder zu Arbeit kommen würde, seien die aktuellen Verhältnisse als nicht vorhersehbar einzustufen. Der finanzielle Einbruch von Fr. 5'027.20 im Februar 2017 auf den Grundbetrag von netto Fr. 986.- ab März 2017 sollte als erheblich angesehen werden. Sei eine Veränderung bereits zum Zeitpunkt des Urteils vorhergesehen und berücksichtigt worden, rechtfertige diese bei ihrem Ein-

treffen keine Anpassung des Unterhaltsbeitrages. Vorliegend sei von einer anderen Zukunftsprognose ausgegangen worden. Habe sich das Einkommen des Unterhaltspflichtigen unverschuldet erheblich, dauerhaft und unvorhergesehen reduziert, so habe er Anspruch auf eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge. Natürlich könne der Schuldner hingegen auch bei unverschuldeten Einkommenseinbussen keine Reduktion verlangen, wenn ihm bereits ein hypothetisches Einkommen angerechnet worden sei und er neuerdings noch weniger verdiene (Urk. 32 S. 5 f.).

Gemäss den Erwägungen der vorinstanzlichen RichterIn handelt es sich beim mit Urteil vom 12. Februar 2016 festgelegten Nettoeinkommen des Gesuchstellers in der Höhe von Fr. 5'493.90 nicht um ein tatsächlich erzielttes Einkommen, sondern um ein hypothetisches Einkommen (Urk. 33 S. 11 f. E. IV.5 f.). Damit setzt sich der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift nicht konkret auseinander. Er zitiert zwar einige Erwägungen des Urteils vom 12. Februar 2016 und führt dazu aus, dass die Annahme eines hypothetischen Einkommens schlichtweg falsch sei (Urk. 32 S. 3 f.), wieso er jedoch dieser Ansicht ist, konkretisiert er in der Folge nicht näher. Der Gesuchsteller führt schliesslich in rechtlicher Hinsicht selber aus, dass bei unverschuldeten Einkommenseinbussen keine Reduktion der Unterhaltsbeiträge beantragt werden könne, sofern der antragstellenden Person ein hypothetisches Einkommen angerechnet worden sei und dieser neuerdings noch weniger verdiene.

db) Die erstinstanzliche RichterIn erwog weiter, es sei im Urteil vom 12. Februar 2016 nicht davon ausgegangen worden, dass das tatsächliche Erzielen des Nettoeinkommens von Fr. 5'493.90 Voraussetzung für die Höhe der Unterhaltsbeiträge sei und damit – bei Nichterzielen – einen Abänderungsgrund darstelle. Dass das verminderte Einkommen des Gesuchstellers keinen Abänderungsgrund darstelle ergebe sich bereits aus den allgemeinen Regeln des zeitlichen Umfangs der Rechtskraftwirkung. Zum Zeitpunkt der Urteilsfällung – auch nur als Möglichkeit – absehbare Veränderungen (wie vorliegend die "Aussteuerung" des Gesuchstellers, ohne dass er eine neue Arbeitsstelle finde) habe der ursprüngliche Richter zu berücksichtigen und würden mit seinem Entscheid verbindlich (wenn auch nur im Rahmen der allgemein "reduzierten" Rechtskraftwirkung von Ehe-

schutzentscheiden) erledigt. Dies müsse jedenfalls dann gelten, wenn nicht ausdrücklich ein Vorbehalt angebracht worden sei, dass eine bestimmte Veränderung einen Abänderungsgrund darstellen könne. Das sei vorliegend aber nicht der Fall (Urk. 33 S. 12 E. IV.7). Da das tatsächlich erzielte Einkommen also ohne Bedeutung sei – weil eben von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen worden sei –, bleibe zu prüfen, ob sich die Annahme, der Gesuchsteller könne bei genügenden Anstrengungen wieder ein solches Einkommen erzielen, als falsch erwiesen habe. Dass man zur Zeit des ersten Urteils und aufgrund der damals vorliegenden Tatsachen grundsätzlich davon ausgegangen sei, dies sei so, könne nicht in Frage gestellt werden. Dem stehe die Rechtskraftwirkung des Urteils entgegen und eine allfällige Unberechtigung dieser Annahme hätte der Gesuchsteller auf dem Rechtsmittelweg vorbringen müssen. Möglich sei aber, dass sich nun tatsächlich gezeigt habe, dass die Annahme unberechtigt gewesen sei. Dies wäre dann der Fall, wenn der Gesuchsteller trotz genügender Anstrengungen nicht in der Lage wäre, ein solches Einkommen zu erzielen. Dafür wieder müsste er indes zumindest glaubhaft machen, dass er solche Anstrengungen unternommen habe (Urk. 33 S. 13 E. IV.8). Dass die Annahme, der Gesuchsteller könne bei genügenden Anstrengungen wieder ein Einkommen von rund Fr. 5'500.– erzielen, nicht fälschlicherweise getroffen worden sei, zeige bereits der Umstand, dass der Gesuchsteller gemäss seinen eigenen Aussagen nunmehr eine dritte Teilzeitstelle gefunden habe und ein zusätzliches Einkommen von rund Fr. 4'500.– pro Monat erzielen werde. Zusammen mit seinen weiteren monatlichen Einkünften von rund Fr. 1'500.– werde er damit in absehbarer Zeit wieder über Einkünfte in der Höhe des ihm hypothetisch angerechneten Einkommens verfügen. Dass er alle ihm zumutbaren Anstrengungen unternommen habe, um bereits früher wieder ein entsprechendes Einkommen zu generieren, substantiiere und belege der Gesuchsteller wie bereits dargelegt in keiner Art und Weise. Der Umstand alleine, dass er Arbeitslosentaggeld bezogen habe, vermöge hieran nichts zu ändern. Es obliege dem Gesuchsteller die entsprechenden Behauptungen vorzubringen und zu belegen (Urk. 33 S. 13 E. IV.9).

Wie bereits erläutert, blieben die Suchbemühungen des Gesuchstellers für eine neue Stelle unbelegt. Er konnte somit nicht glaubhaft machen, dass er An-

strengungen dafür unternommen habe, dass ihm angerechnete hypothetische Einkommen zu erzielen. So war es der erstinstanzlichen RichterIn ohne Belege nicht möglich, zu überprüfen, ob der Gesuchsteller – wie von ihm behauptet – auch tatsächlich genügend Suchbemühungen für eine neue bzw. weitere Arbeitsstelle unternommen hat. Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hat in einem Entscheid vom 25. Dezember 2002 sodann festgehalten, dass die Anforderungen an den Nachweis genügender Suchbemühungen im Rahmen der Arbeitslosenversicherung und im Rahmen der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen nicht identisch seien, weshalb im zivilrechtlichen Verfahren zum Nachweis genügender Bemühungen Beweismittel vorzulegen seien (Kass.-Nr. 2002/142 Z, in: Rechenschaftsbericht des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich über das Jahr 2002 Nr. 21 S. 22).

Der Gesuchsteller hat sich aber ohnehin auch hierzu nicht genügend mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinandergesetzt. Er führt hauptsächlich aus, dass der finanzielle Einbruch seit März 2017 erheblich sei und daher die Unterhaltsbeiträge herabzusetzen seien. Dies stellt jedoch keine genügende Auseinandersetzung mit den vorstehenden Erwägungen der erstinstanzlichen RichterIn zum hypothetischen Einkommen und zu seinen Suchbemühungen dar. So unterlässt er es im Berufungsverfahren ferner auch, die Annahme der erstinstanzlichen RichterIn, er werde mit der dritten Teilzeitstelle ein zusätzliches Einkommen von Fr. 4'500.– pro Monat erzielen (Urk. 33 S. 13 E. IV.9), konkret zu bestreiten, obwohl er anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 31. Mai 2017 noch vorbrachte, dass sein gesamthaftes Einkommen, welches er anstrebe, inklusive der dritten Teilzeitstelle brutto Fr. 4'500.– betrage (Urk. 22 S. 24). Somit wird auch diesbezüglich auf die Berufung nicht einzutreten sein.

e) Wie aufgezeigt ist die Eingabe des Gesuchstellers gesamthaft als Berufung unzureichend, da sich dieser mit der Entscheidungsbegründung der erstinstanzlichen RichterIn nicht konkret auseinandergesetzt hat. Da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die erstinstanzliche RichterIn den Sachverhalt willkürlich festgestellt oder das Recht willkürlich angewandt hat, und da sich der Gesuchsteller

mit den vorinstanzlichen Erwägungen nicht genügend auseinandergesetzt hat, ist auf seine Berufung nicht einzutreten.

4. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die Berufung war, wie dargelegt, von vorneherein aussichtslos, weshalb dem Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren die von ihm beantragte unentgeltliche Rechtspflege nicht gewährt werden kann.

5. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei bzw. die Partei, welche das Rechtsmittel erhoben hat, als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), weshalb dem Gesuchsteller die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen sind. Für deren Bemessung gelangen § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b, § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG zur Anwendung. Mangels wesentlicher Umtriebe ist der Gesuchsgegnerin für das Berufungsverfahren keine Entschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung des Gesuchstellers wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr des Berufungsverfahrens wird auf Fr. 900.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
5. Der Gesuchsgegnerin wird für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage je einer Kopie der Urk. 32 und 35/1-2, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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 Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 5. Februar 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:

mc