

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC130019-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

## **Beschluss und Urteil vom 8. Mai 2013**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (4. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. März 2013; Proz. FP120169**

### **Rechtsbegehren:**

Es seien die Kinderunterhaltsbeiträge gemäss der mit Urteil vom 16. August 2004 genehmigten Scheidungskonvention vom 2. Juni 2004 angemessen zu erhöhen.

### **Urteil des Bezirksgerichtes Zürich:**

1. In Abänderung der mit Urteil vom 16. August 2004 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 2. Juni 2004 über die Scheidungsfolgen (Ziffer II.3 und IV.1) wird der Beklagte verpflichtet, ab Rechtskraft dieses Abänderungsurteils bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung (auch über die Mündigkeit hinaus) an die Kosten des Unterhalts und die Erziehung der Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2000, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2003, je Fr. 900.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen) zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Klägerin zu bezahlen, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Mündigkeit hinaus bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, solange die Kinder im Haushalt der Beklagten leben und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Kläger stellen bzw. keinen andern Zahlungsempfänger bezeichnen.

Die Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende November 2012 von 99.1 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar jedes Jahres, erstmals auf den 1. Januar 2014, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt nach folgender Formel

$$\text{neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{ursprünglicher Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{ursprünglicher Index}}$$

2. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf Fr. 2'500.-. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5./6. Mitteilung/Rechtsmittel.

(act. 28)

### **Berufungsanträge:**

des Beklagten (act. 26):

1. Die Festsetzung der Höhe der Kinderalimente sei von Fr. 1'800.-- auf Fr. 1'200.-- herabzusetzen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin.

### **Erwägungen:**

1. Bei der Scheidung der Eheleute A.-B. \_\_\_\_\_ im August 2004 wurden die Kinder C. \_\_\_\_\_ (\*tt.mm.2000) und D. \_\_\_\_\_ (\*tt.mm.2003) in die elterliche Sorge der Mutter gegeben. Der Vater verpflichtete sich, für die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 390.-- zuzüglich allfällige Kinderzulagen (damals gemäss Vereinbarung Fr. 560.--) zu zahlen, mit einer üblichen Indexierung. Eine Frauenrente wurde nicht festgesetzt; die Parteien stellten fest, dass zwar ein Anspruch darauf bestünde und die monatliche Unterdeckung Fr. 1'276.-- betrage, dass der Ehemann aber nicht leistungsfähig sei - eine Anpassung für den Fall verbesserter finanzieller Verhältnisse beim Ehemann wurde für die Dauer von fünf Jahren ab Rechtskraft des Urteils vorbehalten (act. 4/14).

Am 3. September 2012 reichte die Mutter (= "Klägerin") Klage ein mit dem Begehren, es seien die Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder zu erhöhen. Der Einzelrichter unternahm einen Schlichtungsversuch und führte nach dessen Scheitern das formelle Verfahren durch. Am 14. März 2013 fällte er das eingangs wiedergegebene Urteil. Auf dessen Begründung ist zurück zu kommen.

2. Das Urteil wurde dem Vater (= "Beklagten") am 23. März 2013 zugestellt. Am 17. April 2013 und damit innert der dreissigtägigen Frist gab er die Be-

rufung zur Post, mit welcher er die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'800.-- (je Fr. 900.--) auf Fr. 1'200.-- (je Fr. 600.--) verlangt.

Das Obergericht zog die Akten des Einzelrichters bei. Weitere prozessuale Verfügungen wurden nicht getroffen.

3.1 Das Verfahren der Berufung untersteht der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO).

Nach Art. 311 ZPO muss die Berufung führende Partei einen bestimmten Antrag stellen und diesen begründen, damit auf die Berufung eingetreten werden kann (*BGer* 4D\_61/2011 vom 26. Okt. 2011). Mit dem Antrag, die Unterhaltsbeiträge auf Fr. 1'200.--, das heisst Fr. 600.-- pro Kind zu reduzieren (oder gegenüber dem bisherigen Zustand: auf nicht mehr als je Fr. 600.-- zu erhöhen), kommt der Beklagte dem nach. Er gibt für seinen Antrag auch eine wenn auch knappe Begründung.

Dazu legt der Beklagte eine Vielzahl neuer Unterlagen ein (act. 27/2-16). Bei keinem dieser Dokumente macht er geltend, er habe es nicht früher einreichen können. Einzelne Unterlagen beziehen sich zwar auf den März 2013, sie sollen aber nicht (nur) diesen Monat, sondern die immer wiederkehrenden monatlichen Ausgaben resp. Einnahmen belegen. Damit entfällt die Anwendung der Bestimmung von Art. 317 ZPO, wonach neue Beweismittel dann auch noch in der Berufung vorgelegt werden können, wenn das in der ersten Instanz trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich war. Das Bundesgericht hat entschieden, dass Art. 229 Abs. 3 ZPO (neue Vorbringen sind dann zulässig, wenn das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen abklärt) in der Berufung auch nicht analog anwendbar sei (*BGE* 138 III 625 E. 2.2). Ob das auch für die Fälle der strengen "Erforschungsmaxime" für Kinderbelange im Zivilprozess (Art. 296 ZPO) oder im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 446 Abs. 1 ZGB) so gehandhabt werden kann, hat die Kammer offen gelassen (*OGerZH* LY120018/U vom 7. Februar 2013). Eine Klärung durch das Bundesgericht wäre wünschenswert. Bis dahin wendet die Kammer einstweilen Art. 229 Abs. 3 ZPO in den genannten Materien analog auf das Verfahren der Berufung an. Die Untersuchungsmaxime bedeutet

freilich nicht, dass die Parteien von der Mitwirkung gänzlich dispensiert wären. In aller Regel sind sie über die massgebenden Verhältnisse selber am besten informiert und dokumentiert. Wo sie ihrer Obliegenheit zur Mitwirkung nicht oder nur ungenügend nachkommen, und wo die so erstellten Grundlagen eines Entscheides nicht offenkundig unrichtig sind, darf das Gericht zu Lasten der nachlässigen Partei darauf abstellen und auf weitere eigene Abklärungen verzichten.

3.2 Der Einzelrichter führt zutreffend aus, was die Voraussetzungen für eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge für die Kinder sind (Urteil S. 4, E. II/1). Der Beklagte zieht das zu Recht nicht in Zweifel, und es kann darauf verwiesen werden. Die vor der Abänderung geltenden Unterhaltsbeiträge beruhten auf einem Einkommen des Vaters von Fr. 4'705.-- pro Monat, anrechenbaren Ausgaben von Fr. 3'364.-- und damit einem freien Betrag von monatlich Fr. 1'341.-- (Dossier FE040175 act. 9 Anhang 4). Diesen freien Betrag wiesen die Eltern in ihrer Vereinbarung resp. das Gericht im Urteil zu je Fr. 390.-- (zusammen also Fr. 780.--) den Kindern zu und liessen den Überschuss (Fr. 561.--) dem Vater.

Für die Beurteilung, ob der Beklagte heute leistungsfähiger sei, untersucht der Einzelrichter zutreffend zunächst das Einkommen. Er hält fest, der Beklagte habe dazu keine sachdienlichen Unterlagen vorgelegt. Der Beklagte "bestreitet, dass ich keine Lohnabrechnungen eingereicht habe". Er macht aber nicht geltend, wo und wie er das getan hätte - es ist offenkundig unrichtig: er reichte zwar zahlreiche Unterlagen ein, aber gerade keine Lohnabrechnungen (act. 12/1-15). Dem Einzelrichter gab er in der Verhandlung am 14. November 2012 an, er arbeite temporär und mit ungewissen Aussichten über "... " als Chauffeur, bei einem Stundenlohn von Fr. 30.--. Aktuell verdiene er wöchentlich ca. Fr. 1'100.--; was er bei einer Fest-Anstellung erzielen könne, sei "schwierig zu sagen" (Prot. I S. 9 f.). In der Hauptverhandlung vom 6. Februar 2013 erklärte er, die Arbeit als Chauffeur gehe weiter, und immer noch temporär - der Arbeitgeber sei mit ihm allerdings offenbar durchaus zufrieden. Manchmal arbeite er nur einen halben Tag, gesamt haft seien es aber "immer etwa 100%" (Prot. I S. 16). Daraus ermittelte der Einzelrichter ein Einkommen von rund Fr. 4'400.-- netto monatlich. Mit der Berufung erklärt der Beklagte nun, sein Netto-Einkommen betrage nur Fr. 4'207.--, und er

legt dafür eine Lohnabrechnung für März 2013 ins Recht. Diese nennt einen Bruttolohn von Fr. 4'900.-- und weist netto Fr. 4'223.15 aus (act. 27/15). Der Beklagte gab wie zitiert an, er arbeite auf Stundenbasis, und das Pensum sei "immer etwa 100%". Das heisst also, dass das Pensum und damit auch der Lohn wechseln. Mit einer einzelnen Lohnabrechnung kann der Beklagte die Feststellung des Einzelrichters daher grundsätzlich nicht erfolgreich in Frage stellen. Auch ist der Bruttolohn praktisch identisch (der Einzelrichter ging von Fr. 4'930.-- aus, der neu vorgelegte Lohnausweis nennt Fr. 4'900.--). Grösser ist der Unterschied bei den Abzügen für die Sozialversicherungen. Der Einzelrichter schätzte sie auf höchstens 10% (das wären beim Einkommen von Fr. 4'900.-- also Fr. 490.--), wogegen der Lohnausweis nun Fr. 676.85 aufführt. Dass etwas davon fakultativ wäre, ist nicht zu sehen. Es ist daher dem Folgenden ein gegenüber dem angefochtenen Urteil leicht reduzierter Nettolohn von Fr. 4'223.-- zugrunde zu legen, das sind also Fr. 214.-- weniger (Fr. 4'930.-- abzüglich 10% = Fr. 4'437.--, gegenüber den soeben ermittelten Fr. 4'223.--).

Den Grundbetrag von Fr. 1'100.-- (der Beklagte lebt in Gemeinschaft mit seiner Partnerin) stellt der Beklagte nicht in Frage.

Der Einzelrichter rechnet mit einem Anteil Miete von Fr. 700.--. Der Beklagte macht in der Berufung geltend, es seien Fr. 722.--. Der dafür eingereichte Beleg zeigt aber, dass die Miete per 1. Dezember 2012 reduziert wurde, von Fr. 1'402.-- brutto auf Fr. 1'275.-- brutto (act. 27/8) - die Hälfte davon ist Fr. 673.50. Die Rechnung verbessert sich um Fr. 26.50.

Das Auto gehört der Partnerin des Beklagten, sie versicherten es nur über ihn, weil das billiger kam (Prot. I S. 10). Die Kosten für Autoleasing, Autoversicherung und das Strassenverkehrsamt, welche der Beklagte geltend macht (act. 26 S. 2), dürfen also in seine Rechnung nicht einfließen.

Der Beklagte macht sinngemäss Kosten für einen Parkplatz am Arbeitsort geltend (Fr. 16.20 gemäss Lohnausweis). Darüber hinaus hat ihm der Einzelrichter Kosten für den Arbeitsweg von Fr. 180.-- zugestanden, weil er für den Arbeitsweg bisweilen das Auto benütze (Urteil S. 7). Der Beklagte hat das zwar er-

klärt (Prot. I S. 11 oben); an anderer Stelle sagte er aber, er fahre mit dem Bus zur Arbeit (Prot. I S. 6 f.). Wann er den Arbeitsweg wie zurücklegt, muss offen bleiben. Er kann offenbar mit dem Bus fahren, und weil das günstiger ist als das (Mit-)Halten eines Autos, sind auch nur die Kosten für den Bus einzusetzen. Der Beklagte beziffert sie mit Fr. 83.-- (Prot. I S. 7 oben). Die Rechnung verbessert sich damit gegenüber der Annahme des Einzelrichters um Fr. 97.--.

In knappen Verhältnissen wie hier werden die Steuern grundsätzlich nicht berücksichtigt, wie der Einzelrichter zutreffend ausgeführt hat (Urteil S. 7). Die Fr. 110.--, welche der Einzelrichter eingesetzt hat, sind von da her nicht berechtigt. Es hilft dem Beklagten daher nicht, dass er nun in der Berufung Unterlagen zu den geschuldeten Steuern vorlegt (act. 27/5 und 27/6). Das heisst nicht, dass er die Steuern nicht schuldet - aber es wird ihm zugemutet, zuerst seine Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern zu erfüllen, und wenn nötig die Steuern schuldig zu bleiben. Die Rechnung des Einzelrichters ist um die Fr. 110.-- zu korrigieren.

Ähnliches gilt für die mit Fr. 1'750.-- behaupteten Zahlungen an das Betreibungsamt. Zunächst gehen die familienrechtlichen Unterhaltspflichten gegenüber den Kindern den übrigen Schulden vor (dazu auch Art. 219 Abs. 4 SchKG: Erste Klasse lit. c). Aus dem vorgelegten Pfändungsprotokoll vom 14. März 2013 geht im Übrigen hervor, dass der Beklagte die Lohnpfändungsquote vollständig den Gläubigern zukommen lässt und keine Unterhaltszahlungen an die Kinder leistet - weder im bisher geschuldeten Umfang von indexbereinigt zwei Mal Fr. 410.-- noch im mit der Berufung anerkannten Betrag von zwei Mal Fr. 600.-- (act. 27/16; das erklärte er schon dem Einzelrichter: Prot. I S. 11). Die Lohnabzüge im Rahmen der laufenden Pfändungen müssen unberücksichtigt bleiben.

Für die Krankenkasse beansprucht der Beklagte einen Betrag von Fr. 278.-- (act. 26 S. 1 unten), wogegen ihm der Einzelrichter Fr. 220.-- zugesteht (Urteil S. 6 f. und act. 12/4 S. 3). Der Beklagte legt dazu keinen Beleg vor, und er gab vor Einzelrichter zu, dass er auch die auf den KVG-Anteil herabgesetzten Prämien gar nicht zahle (Prot. I S. 11). Wie schon bei der Festsetzung der pfändbaren Lohnquote im März 2013 (act. 27/16) liesse sich erwägen, für die Kranken-

kasse gar nichts einzusetzen. Weil diese Prämien früher oder später in Betreuung gesetzt werden, mag es bei den vom Einzelrichter angenommenen Fr. 220.-- bleiben. Eine Erhöhung der Position kommt aber nicht in Frage.

Die Kosten für den elektrischen Strom, die der Beklagte mit "ca. Fr. 25.--" beansprucht, sind im Grundbetrag inbegriffen (so zutreffend Urteil S. 6). Das gilt an sich auch für die Radio- und Fernseh-Empfangsgebühren "Billag". Der Einzelrichter hat hier im Rahmen seines Ermessens Fr. 20.-- eingesetzt (Urteil S. 6), und der Beklagte beansprucht Fr. 19.60 (act. 26 S. 2). Hier ist keine Korrektur angebracht; wenn überhaupt, wären die Fr. 20.-- als Abzug zu streichen.

Für die Hausrat-/Haftpflichtversicherung setzt der Einzelrichter Fr. 15.-- ein (Urteil S. 6). Dabei mag es bleiben, auch wenn der Beklagte dem Obergericht nur Fr. 10.90 angibt (act. 26 S. 2) und die Versicherung über seine Partnerin läuft, welcher er dafür nur dann etwas zahlt, "wenn es geht" (Prot. I S. 11).

Neu behauptet der Beklagte eine Zahlung von Fr. 168.-- an eine Firma "E.\_\_\_\_\_" (act. 27/10), und er macht offenbar geltend, das seien Kosten für Kontaktlinsen und Pflegemittel (act. 26 S. 2). Eine "E.\_\_\_\_\_" scheint gar nicht zu existieren - weder das Telefonbuch noch eine google-Suche geben Hinweise. Es gibt zwar im Internet eine "E1.\_\_\_\_\_", welche Dienstleistungen im Gesundheitsbereich anbietet. Dass die angegebene Zahlung Gesundheitskosten des Beklagten betreffe, ist damit allerdings weder bewiesen noch auch nur glaubhaft - umso mehr, als der Betrag einem Konto der Partnerin des Beklagten belastet wurde, und gar nicht ihm (act. 27/10).

Der Einzelrichter hat dem Beklagten einen Posten "Mehrkosten für auswärtige Verpflegung" verweigert, weil der Beklagte sein Mittagessen zur Arbeit mitnehme (Urteil S. 7). Der Beklagte bestreitet diese Annahme (act. 26 S. 1) - sie stützt sich allerdings auf seine eigene Aussage (Prot. I S. 11) und wird durch das nicht weiter belegte "Bestreiten" nicht erschüttert.

Alles in Allem hat sich gegenüber dem Zeitpunkt der seinerzeitigen Fixierung der Unterhaltsbeiträge (Juni 2004, Fr. 1'341.--) die Leistungsfähigkeit des Beklag-

ten verbessert. Der Einzelrichter kam wie erwähnt auf Fr. 2'425.--. Wenn gemäss den vorstehenden Erwägungen beim Einkommen Fr. 214.-- wegfallen, dafür aber die Abzüge um Fr. 233.50 (Fr. 26.50, Fr. 97.-- und Fr. 110.--) vermindert werden (was das Rechnungsergebnis, den freien Betrag, entsprechend erhöht), bleibt das Resultat mit Fr. 2'444.50 praktisch identisch.

Die - namentlich durch die hohen Schulden - sehr angespannte finanzielle Situation des Beklagten wird damit keineswegs verkannt. Wie bereits ausgeführt, kommen die Bedürfnisse der Kinder allerdings nach seinem Bedarf an erster Stelle, und vor allen anderen Gläubigern. Der Einzelrichter hält fest, dass die Mutter nach wie vor keinen Barbeitrag für die Bedürfnisse der Kinder leisten kann, und der Beklagte stellt das mit der Berufung nicht in Frage. Die im angefochtenen Urteil festgesetzten Fr. 900.-- pro Kind und Monat sind den Verhältnissen angemessen.

Die Berufung ist nicht begründet, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

4. Ausgangsgemäss wird der Beklagte kostenpflichtig. Der Einzelrichter hat ihm allerdings die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und seinen Ausführungen zu den finanziellen Verhältnissen kann sinngemäss ein analoges Gesuch für das Berufungsverfahren entnommen werden, sodass ein Hinweis im Sinne des Art. 97 ZPO unterbleiben kann. Offenkundig kann er die Prozesskosten nicht aufbringen, und auch wenn seine Berufung abgewiesen wird, war sie nicht im Sinne von Art. 117 ZPO aussichtslos - die unentgeltliche Rechtspflege ist ihm zu bewilligen.

Die Klägerin musste sich in der Berufung nicht äussern und hat daher keine Parteientschädigung zugut.

**Es wird beschlossen:**

1. Dem Beklagten wird für das Verfahren der Berufung die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Mitteilung zusammen mit dem nachstehenden Urteil.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das angefochtene Urteil wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.--.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 26, sowie an das Bezirksgericht Zürich (je gegen Empfangsschein), und an die Obergerichtskasse.  
Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt geschätzt Fr. 60'000.--.  
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. F. Gohl Zschokke

versandt am: