

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC150037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## Beschluss und Urteil vom 7. Oktober 2015

in Sachen

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

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 4. August 2015 (FP120049-C)**

### **Rechtsbegehren:**

#### **Rechtsbegehren des Klägers:**

1. Es sei die in Ziff. 4 des Urteils vom 7. März 2007 genehmigte Kinderunterhaltsregelung Ziff. 3 per 1. Oktober 2012 aufzuheben und es sei der jeweils sorgeberechtigte Elternteil zu verpflichten, für das unter seiner Obhut bzw. bei ihm nach der Mündigkeit lebende Kind finanziell aufzukommen und es sei ausdrücklich festzuhalten, dass von einem Elternteil bezogene Kinder- bzw. Ausbildungszulagen an die nicht unter seiner Obhut bzw. bei ihm lebenden berechtigten Kinder zu bezahlen sind; dies auch über die Mündigkeit hinaus, solange das Kind keine selbständigen Ansprüche gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen den anderen Elternteil stellt;
2. Der Antrag der Beklagten auf Erhöhung der Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ sei abzuweisen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) zu Lasten der Beklagten.

#### **Rechtsbegehren der Beklagten:**

1. Es seien die klägerischen Begehren abzuweisen;
2. es sei in Abänderung des Ehescheidungsurteils des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2007 der Kläger zu verpflichten, der Beklagten an die Kosten und die Erziehung des gemeinsamen Kindes C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 950.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu leisten und es sei festzustellen, dass die Beklagte nicht zu verpflichten ist, dem Kläger an die Kosten und die Erziehung des gemeinsamen Kindes D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1995, monatliche Kinderunterhaltsbeiträge zu leisten;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MWST zu Lasten des Klägers.

#### **Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 4. August 2015:**

1. Die Teilvereinbarung der Parteien vom 20. Dezember 2012 über die Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. März 2007 wird in Bezug auf die Kinderbelange von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998,

genehmigt und ansonsten wird von der Vereinbarung Vormerk genommen. Sie lautet wie folgt:

1. Die Parteien vereinbaren, die Ziffern 2.1, 2.2 der mit Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2007 genehmigten Scheidungskonvention wie folgt zu ersetzen:
  - Ziffer 2.1: "Das Kind C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998, sei unter die elterliche Sorge der Gesuchstellerin und das Kind D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1995, sei unter die elterliche Sorge des Gesuchstellers zu stellen.  
Die Gesuchsteller verpflichten sich gegenseitig, sich regelmässig über besondere Ereignisse im Leben der Kinder zu benachrichtigen und vor Entscheiden, die für die Entwicklung der Kinder wichtig sind, anzuhören. Dies gilt vor allem für die Wahl der Schule, die Wahl der Lehrstelle, die Berufswahl sowie medizinische Eingriffe von einiger Tragweite etc."
  - Ziffer 2.2: "Auf eine ausdrückliche Besuchsrechtsregelung verzichten die Parteien in Anbetracht des Alters der Kinder."
2. Demgemäss wird die Ziffer 2.2 der mit Dispositivziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2007 genehmigten Scheidungskonvention aufgehoben und durch die folgende Fassung ersetzt:

"2.2 Auf eine ausdrückliche Besuchsrechtsregelung verzichten die Parteien in Anbetracht des Alters des Kindes C.\_\_\_\_\_."
3. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Ziffer 3 der mit Dispositivziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach vom 7. März 2007 genehmigten Scheidungskonvention durch die folgende Fassung ersetzt:

"3. Kinderunterhalt

  - a) Die Pflicht des Klägers zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für die Tochter D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1995, wird mit Wirkung ab 9. Oktober 2012 aufgehoben. Allfällige seitens der Beklagten für die Tochter D.\_\_\_\_\_ bezogene Kinder- bzw. Ausbildungszulagen sind ab 9. Oktober 2012 an den Kläger weiterzuleiten bzw. stehen der Tochter direkt zu.
  - b) Der Kläger verpflichtet sich, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Tochter C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.1998, monatliche Unterhaltsbeiträge, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, jeweils am Ersten eines Monats im Voraus zu bezahlen:
    - Fr. 500.– ab 9. Oktober 2012 bis 31. Oktober 2013,
    - Fr. 280.– ab 1. November 2013 bis 30. November 2014,
    - Fr. 650.– ab 1. Dezember 2014 bis zum Abschluss der ordentlichen Erstausbildung der Tochter, auch über die Volljährigkeit hinaus,zahlbar an die Beklagte, solange die Tochter in deren Haushalt lebt, keine selbständigen Ansprüche gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen den Kläger stellt und keine andere Zahlstelle bezeichnet."
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

5. Die Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
6. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
7. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
8. (Mitteilung)
9. (Berufung)

### **Berufungsantrag des Klägers (Urk. 90) :**

- "1. Es sei Ziff. 3.3.b) des Urteils des Bezirksgerichtes Bülach vom 4. August 2015 (Geschäfts-Nr. FP120049-C) aufzuheben und wie folgt zu ersetzen:
2. a. Die Pflicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für die Tochter C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, seit mit Wirkung ab 9. Oktober 2012 aufzuheben;
- b. Eventualiter sei der Kläger zu verpflichten, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Tochter C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, monatliche Unterhaltsbeiträge, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, jeweils am Ersten eines Monats im Voraus zu bezahlen :  
CHF 100.- ab 9. Oktober 2012 bis 31. Oktober 2013  
CHF 0 ab 1. November 2013 bis 30. November 2014  
CHF 148.10 ab 1. Dezember 2014 bis 31. Mai 2016  
CHF 0 ab 1. Juni 2016
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 8% MwSt zulasten der Beklagten."

### **Erwägungen**

#### 1. Sachverhalt

Die Parteien wurden mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 7. März 2007 geschieden. Die Töchter D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1995, und C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, wurden unter die elterliche Sorge der damaligen Gesuchstellerin gestellt. Der damalige Gesuchsteller verpflichtete sich, an den Unterhalt der Kinder monatliche

Unterhaltsbeiträge von je Fr. 650.- zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen; mangels Leistungsfähigkeit wurde kein nachehelicher Unterhalt für die damalige Gesuchstellerin festgelegt. Der Unterhaltsregelung lag ein Nettoeinkommen des Gesuchstellers von Fr. 4'395.- und ein solches der Gesuchstellerin von Fr. 3'320.- zugrunde. Der Bedarf des Gesuchstellers wurde auf Fr. 3'092.- (inkl. Steuern) und derjenige der Gesuchstellerin zusammen mit den Kindern auf Fr. 5'041.- (inkl. Steuern) beziffert.

Am 12. Mai 2012 zog die Tochter C.\_\_\_\_\_ zum Vater, kehrte aber später wieder zur Mutter zurück; gleichzeitig zog dafür die Tochter D.\_\_\_\_\_ zum Vater. Am 9. Oktober 2012 klagte der Vater beim Bezirksgericht Bülach wegen der veränderten Betreuungssituation auf Abänderung des Scheidungsurteils bezüglich der elterlichen Sorge sowie der von ihm geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträge. Hinsichtlich der elterlichen Sorge und des Besuchsrechts konnten sich die Parteien am 20. Dezember 2012 einigen. Hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge erliess die Vorinstanz am 4. August 2015 einen Entscheid. Dabei berücksichtigte sie einerseits die veränderten Betreuungsverhältnisse, andererseits die vom Kläger geltend gemachte Einkommensreduktion auf seiner Seite bzw. die Einkommenserhöhung auf Seite der Beklagten seit der Scheidung. Dies führte im Ergebnis zur Aufhebung der Pflicht zu Unterhaltsleistungen an die Beklagte für die Tochter D.\_\_\_\_\_ und zur Reduktion der Zahlungen an die Beklagte für die Tochter C.\_\_\_\_\_, jeweils ab 9. Oktober 2012, dem Datum der Klageeinleitung. Die Beklagte ihrerseits wurde zur Weiterleitung der von ihr bezogenen Kinderzulagen für D.\_\_\_\_\_ verpflichtet.

## 2. Prozessgeschichte

Der Abänderungskläger hat am 14. September 2015 rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 4. August 2015 mit den eingangs erwähnten Anträgen erhoben. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren (Urk. 90), weshalb von der Erhebung eines Prozesskostenvorschusses abgesehen wurde.

Da sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist, konnte auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 ZPO).

Die Berufung richtet sich formell einzig gegen Dispositiv-Ziffer 3.3.b) des Urteils vom 4. August 2015 (Unterhaltsbeitrag für C.\_\_\_\_). Die Dispositiv-Ziffern 1 (Vormerknahme von der Teilvereinbarung), 2 (Aufhebung des Besuchsrechts für C.\_\_\_\_), 3.3.a) (Aufhebung der Unterhaltsbeitragspflicht des Klägers für D.\_\_\_\_, dafür Pflicht der Beklagten zur Weiterleitung der Kinderzulagen für D.\_\_\_\_), 4 (Abweisung weiterer Klagebegehren) sowie 5 - 7 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) blieben unangefochten und sind damit am 15. September 2015 (Urk. 87) in Rechtskraft erwachsen, was vorab festzustellen ist. Wegen des engen Zusammenhangs von Dispositiv Ziffer 3.3.a) mit Dispositiv Ziffer. 3.3.b) wird auf eine separate Rechtskraftbestätigung der erstgenannten Dispositivziffer verzichtet, zumal auch der Kläger in seinem Berufungsbegehren diesen Zusammenhang herstellt.

Nachfolgend ist daher nur noch auf die einzelnen Faktoren der Unterhaltsbeitragsberechnung einzugehen.

### 3. Einkommen

3.1. Die Abänderungsbeklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) bezog bis Ende Oktober 2013 eine monatliche Arbeitslosenentschädigung von Fr. 3'320.- (ohne Kinderzulagen). Seit 4. November 2013 arbeitet sie vollzeitlich und erzielt dabei ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'769.50 (ohne Kinderzulagen). Dieses von der Vorinstanz berücksichtigte Einkommen blieb seitens des Abänderungs- und Berufungsklägers (nachfolgend Kläger) im Berufungsverfahren unbestritten (Urk. 91 S. 20f i.V.m. Urk. 90 S. 7 Ziff. 13).

3.2. Im Scheidungszeitpunkt war der Kläger als Chauffeur bei der Firma "E.\_\_\_\_ AG" angestellt und erzielte ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 4'395.- (ohne Kinderzulagen). Nach seinen Ausführungen im vorliegenden Abänderungsverfahren war seine damalige Arbeitgeberin als Subunternehmerin der Firma F.\_\_\_\_ tätig. Nach dem Konkurs seiner Arbeitgeberin habe er diese Anstellung Ende 2008 verloren und sei ab dann direkt auf selbständiger Basis für die Firma F.\_\_\_\_ tätig geworden. Im ersten Betriebsjahr habe er damit ein Jahresnettoeinkommen von noch Fr. 36'190.- erzielt; das Jahresnettoeinkommen sei in den

Folgejahren aber sukzessive gesunken auf zuletzt Fr. 18'156.- (2012) bzw. Fr. 10'048.- (2013).

3.2.1. Die Vorinstanz erwog, angesichts seiner Unterhaltspflichten und des jährlich sinkenden Einkommens als Selbständigerwerbender hätte sich der Kläger um eine andere Arbeit bemühen müssen, insbesondere als sich sein Einkommen ab dem Jahre 2010 auf nur noch Fr. 2'313.- pro Monat und später noch weiter reduziert habe. Es habe ihm klar sein müssen, dass ein solches Einkommen nicht ausreiche, um neben der Deckung seines eigenen Bedarfs auch seine Unterhaltspflichten gegenüber der Tochter C.\_\_\_\_\_ zu erfüllen. Der Pflicht zur Ausschöpfung seiner Erwerbskraft und zur zumutbaren Erzielung eines ausreichenden Einkommens für die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge sei der Kläger aber in keiner Weise nachgekommen. Nach den einschlägigen Lohnerhebungen könnte der Kläger als Chauffeur im Anstellungsverhältnis ein monatliches Nettoeinkommen von mindestens Fr. 4'000.- pro Monat erzielen. Er wäre auch ohne weiteres in der Lage, eine solche Anstellung zu finden, verfüge er doch über eine mehrjährige Berufserfahrung als Chauffeur, habe keine gesundheitlichen Probleme und als 44-Jähriger noch intakte Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Suchbemühungen auf dem Arbeitsmarkt für eine besser bezahlte Arbeitstätigkeit, insbesondere im Anstellungsverhältnis, seien aber nicht bekannt. Mit diesen Erwägungen rechnete die Vorinstanz dem Kläger daher ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'000.- netto pro Monat an, und zwar rückwirkend ab Klageeinleitung im Oktober 2012. Da der Kläger mit der Annahme einer Vollzeitanstellung seine Lebensverhältnisse nicht umzustellen brauche, sei ihm nach der einschlägigen Rechtsprechung keine Übergangsfrist für eine Verbesserung seiner Einkommenssituation einzuräumen (Urk. 91 S. 13ff).

3.3.2. Die Erwägungen der Vorinstanz zur Anrechnung eines hypothetischen Erwerbseinkommens bei ungenügenden Einkünften halten sich an die bewährte Praxis im familiären Unterhaltsrecht. Danach hat ein Unterhaltspflichtiger die Pflicht, alle erdenklichen Anstrengungen zu unternehmen, um für den Bedarf seiner Kinder aufkommen zu können. Falls der Unterhaltspflichtige bei gutem Willen

bzw. bei ihm zumutbarer Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient, darf vom tatsächlichen Einkommen abgewichen und ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hat keinen pönalen Charakter und setzt kein schuldhaftes Verhalten voraus. Es geht vielmehr darum, dass der Unterhaltspflichtige dasjenige Einkommen zu erzielen hat, das zur Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich möglich und ihm zumutbar ist (BGE 128 III 4 S. 5 f; BGer. 5A\_256/2015 (13.08.2015); BGer. 5A\_34/2015 (29.06.2015); BGer. 5A\_120/2014 (02.09.2014)). In diesem Sinne spielt es keine Rolle, ob sich der Kläger 2009 anfänglich völlig freiwillig selbständig gemacht hat oder von der Auftraggeberin dazu genötigt wurde, und ob er vorhersehen konnte, dass sein Einkommen in den Folgejahren massiv sinken würde (Urk. 90 S. 4f Ziff. 3 und 5). Im Jahr 2010 sanken seine Einkünfte als selbständiger Chauffeur für die Firma F. \_\_\_\_\_ jedenfalls wesentlich unter das bisherige Niveau und den Betrag, der ihm die Erfüllung seiner Unterhaltspflichten ermöglichte, und sank in den folgenden Jahren noch tiefer. Dass er damit seinen Unterhaltspflichten nicht mehr nachkommen konnte, war für den Kläger ohne weiteres ersichtlich. Unter diesen Umständen und ohne Aussichten auf eine wesentliche Einkommenssteigerung war der Kläger aber verpflichtet, sich um eine andere Erwerbstätigkeit oder zusätzliche Aufträge anderer Auftraggeber zu bemühen.

3.3.3. Was der Kläger im Berufungsverfahren den Erwägungen der Vorinstanz zur Zumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit im Angestelltenverhältnis und zur möglichen Erzielung eines monatlichen Mindesteinkommens von netto Fr. 4'000.- entgegen hält, führt zu keiner abweichenden Beurteilung.

Auch wenn er gemäss dem nunmehr vorliegenden Geschäftsabschluss 2014 ein gegenüber dem Vorjahr leicht höheres Nettoeinkommen von Fr. 1'714.- pro Monat erzielt hat (Urk. 93/2), so ist auch dieses Einkommen angesichts der Unterhaltspflichten des Klägers objektiv ungenügend, selbst wenn man dieses Einkommen noch um ca. Fr. 200.- pro Monat für geschäftlich finanzierten Privataufwand erhöht (Urk. 90 S. 4 Ziff. 4). Der Kläger vermag allein mit dem gegenüber 2013 leicht höheren Einkommen 2014 auch nicht substantiiert darzulegen, dass und weshalb in diesem Jahr eine entscheidende, anhaltende Trendwende einge-

treten wäre und z.B. zufolge einer wesentlichen Verbesserung der objektiven Auftragsituation oder der Entschädigungsbedingungen konkrete Aussichten auf eine massive Einkommenserhöhung in unmittelbarer Zukunft bestehen würden. Selbst der Kläger geht davon aus, dass - wenn überhaupt - eine nachhaltige Verbesserung der Ertragssituation ein paar Jahre dauern wird (Urk. 90 S. 5 Ziff. 6). Angesichts des aktuellen Unterhaltsbedarfs der Tochter C.\_\_\_\_\_ kann darauf nicht vertraut werden.

Denkbar ist, dass bei einem Ausstieg aus der selbständigen Tätigkeit allenfalls Kosten für den Ausstieg aus dem Leasingvertrag für den Lastwagen anfallen. Zur möglichen Höhe solcher Kosten bzw. zu den vertraglichen Bedingungen eines vorzeitigen Leasingausstiegs und möglichen Alternativen dazu machte der Kläger aber weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren konkrete Angaben (Urk. 44 S. 7, Urk. 90 S. 4 Ziff. 4). Dieser Einwand ist daher mangels Bezifferung und Substantiierung keiner näheren Prüfung und Beurteilung zugänglich und muss im Berufungsverfahren ausser Betracht bleiben. Damit kann auch nicht gesagt werden, dass die Kosten einer Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit im Verhältnis zu einem möglichen Verdienst im Anstellungsverhältnis von Fr. 4'000.- netto unverhältnismässig wären und eine Anstellung damit unzumutbar wäre (Urk. 90 S. 4 Ziff. 4). Dem zusätzlichen Einkommen von mehr als Fr. 2'000.- netto stehen lediglich Fr. 410.- zusätzliche Berufsauslagen (Urk. 91 S. 20) sowie der Wegfall gewisser als Geschäftsaufwand verbuchter Lebenshaltungskosten (Fr. 200.- Mietanteil Büro, ev. private Telefonkosten in unbekanntem Umfang) gegenüber.

Die Vorinstanz hat sich bei der Ermittlung eines anrechenbaren hypothetischen Einkommens von netto Fr. 4'000.- auf gesicherte Lohnstatistiken abgestützt (Lohnstrukturerhebung des Bundesamts für Statistik, Region Zürich; Lohnbuch des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich mit dem Hinweis auf die Landesvereinbarung zwischen dem Schweizerischen Nutzfahrzeugverband ASTAG und dem Berufsfahrerverband Les Routiers Suisses). Der Kläger hält dem im Berufungsverfahren entgegen, diese Anstellungsbedingungen seien nicht realistisch, würden sie doch auf dem Arbeitsmarkt unterlaufen, indem man die Chauffeure einfach als Selbständige beschäftige, und weshalb er auf dem Ar-

beitsmarkt keine Anstellung zu einem GAV-Lohn finden würde (Urk. 90 S. 6 Ziff. 8). Zum einen ist diese Behauptung neu und im Berufungsverfahren nicht zulässig (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Zum anderen hat sich der Kläger unbestrittenmassen nie um eine Anstellung als Chauffeur beworben, kann somit seine Behauptung weder substantiieren noch belegen, dass er auf dem Arbeitsmarkt tatsächlich keine Anstellung finden kann. Allein der Hinweis auf ein solches Vorgehen der Firma F. \_\_\_\_\_ Ende 2008 in seinem Fall reicht dafür nicht aus. (Mangels Bewerbungen könnte sich der Kläger auch nicht, wie vor Vorinstanz, darauf berufen, Arbeitgeber würden ehemals Selbständige nur mit grosser Zurückhaltung beschäftigen.) Zurecht hat die Vorinstanz darauf hingewiesen, dass der 44-jährige Kläger gesund ist und mehrere Jahre Berufserfahrung im Transportgewerbe mitbringt. Damit sind seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt intakt.

Damit ist auch im Berufungsverfahren davon auszugehen, dass der Kläger auf dem Arbeitsmarkt eine Anstellung als Chauffeur finden kann, die ihm ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 4'000.- einbringt.

3.3.4. Die Vorinstanz hat dem Kläger das hypothetische Einkommen rückwirkend auf das Datum der Klageeinleitung, somit ab 9. Oktober 2012 angerechnet. Sie stützte sich dabei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach einem Unterhaltsschuldner einerseits keine Übergangsfrist für die Erzielung eines höheren hypothetischen Einkommens anzusetzen ist, wenn er bereits bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist. Denn in diesem Fall braucht er seine Lebensverhältnisse nicht umzustellen. Und wer sich - selbst nach einem unfreiwilligen Stellenwechsel - wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit begnügt, muss sich andererseits auch rückwirkend anrechnen lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu erwirtschaften vermocht hätte, ist er doch verpflichtet, seine Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Unterhaltspflicht voll auszuschöpfen (BGer. 5A\_299/2012 (21.06.2012); BGer. 5A\_341/2011 (20.09.2011); neuerdings wiederum bestätigt in BGer. 5A\_318/2014 (02.10.2014) und BGer. 5A\_692/2012 (21.01.2013)). Diese Praxis wird auch von der erkennenden Kammer befolgt, zumindest wenn es für den Unterhaltspflichtigen deutlich

voraussehbar war, dass er seine Lebensumstände anpassen muss (z.B. Entscheidung der I. ZK vom 6. Juni 2014 Proz.Nr. LE130062).

Der Kläger führt gegen eine rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens (neben dem Hinweis auf nicht einschlägige Entscheide) an, es könne ihm kein unredliches Verhalten vorgeworfen werden. Er habe vielmehr davon ausgehen dürfen, dass er seiner Unterhaltspflicht ausreichend nachkomme, weil immer wieder zeitweise ein Kind bei ihm gewohnt habe (Urk. 90 S. 6 Ziff. 10). Aus der vom Kläger im Scheidungsverfahren unterzeichneten Vereinbarung zu seiner Unterhaltspflicht ergibt sich klar, dass bei ihm und bei der Beklagten von unterschiedlich hohen Verdienstmöglichkeiten ausgegangen wurde (Kläger Fr. 4'395.-, Beklagte Fr. 3'320.-; Urk. 3/2 S. 5 Ziff. 5). Als Folge davon war auch die Leistungsfähigkeit der Parteien für den Unterhalt der Kinder unterschiedlich hoch und der Kläger konnte und durfte nicht einfach davon ausgehen, dass die Beklagte mit einem deutlich tieferen Einkommen in der Lage bzw. verpflichtet ist, die Hälfte der Unterhaltskosten für die beiden Kinder bzw. beim Umzug eines Kindes automatisch den ganzen Unterhalt für das bei ihr lebende Kind zu übernehmen. Die Eltern haben für den Unterhalt ihrer Kinder nach ihren jeweiligen Möglichkeiten aufzukommen (Art. 285 ZGB). Dass die finanziellen Möglichkeiten vorliegend ungleich gross sind, war dem Kläger bekannt. Er kann sich daher nicht auf einen Irrtum hinsichtlich seiner Unterhaltspflicht nach dem Umzug einer Tochter berufen, welche die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens unbillig erscheinen liesse. Kommt dazu, dass sich sein Monatseinkommen ab 2010 erheblich und sukzessive von Fr. 3'015.- auf ein absolutes Minimaleinkommen von Fr. 837.- reduziert hat. Damit hätte er aber bereits im Jahre 2010 oder spätestens 2011 eine Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge anstreben müssen, wäre er ernsthaft der Meinung gewesen, diese seien für ihn nicht mehr tragbar. Diesfalls wäre er aber bereits damals auf seine Pflicht zur Erzielung eines höheren Einkommens in einem Anstellungsverhältnis hingewiesen worden. Hat er die gerichtliche Klärung der Unterhaltsfrage aber freiwillig bis Oktober 2012 hinausgezögert, rechtfertigt sich auch aus diesem Grund keine Ausnahme von der rückwirkenden Festlegung eines hypothetischen Einkommens.

#### 4. Bedarf

Die Vorinstanz hat den Bedarf der Beklagten allein (ohne Kosten der Tochter C.\_\_\_\_\_) auf Fr. 3'267.35 pro Monat beziffert (Urk. 91 S. 22), denjenigen des Klägers allein (ohne Kosten der Tochter D.\_\_\_\_\_) auf Fr. 2'936.55 (Urk. 91 S. 20, 22). Der Kläger hat diese Bedarfsberechnung im Berufungsverfahren nicht bestritten, unter Vorbehalt der ihm zugebilligten Berufsauslagen bei einer Erwerbstätigkeit im Anstellungsverhältnis (Urk. 90 S. 7 Ziff. 12). Da ihm ein hypothetisches Einkommen aus einem Anstellungsverhältnis anzurechnen ist, bleibt es bei der vorinstanzlichen Aufstellung.

#### 5. Unterhaltsberechnung

Die Vorinstanz hat bei der Neuberechnung der Kinderunterhaltsbeiträge im Grundsatz die Differenz zwischen dem Einkommenstotal beider Parteien und dem Bedarfstotal beider Parteien errechnet. Diesen Freibetrag hat sie je zur Hälfte den beiden Kindern zugewiesen und den sich dadurch beim Kläger ergebenden Einkommensüberschuss (eigenes Einkommen, abzüglich eigener Bedarf, abzüglich Unterhaltsquote von D.\_\_\_\_\_) der Beklagten als Unterhaltsbeitrag für die Tochter C.\_\_\_\_\_ zugesprochen. Bei der volljährigen D.\_\_\_\_\_ ist sie davon ausgegangen, dass diese ihre Lehre im November 2014 abgebrochen hat, gemäss eigenen Angaben seit 1. Dezember 2014 nicht mehr beim Kläger wohnt und seit April 2015 beim Sozialamt gemeldet ist (Urk. 76). Demgemäss ist für die Vorinstanz die Unterhaltspflicht des Klägers für D.\_\_\_\_\_ ab 1. Dezember 2014 entfallen und der im Scheidungsurteil für die Tochter C.\_\_\_\_\_ festgelegte Unterhaltsbeitrag von Fr. 650.- für den Kläger ab 1. Dezember 2014 finanziell wieder tragbar. Folgerichtig wurde die Beklagte ihrerseits zu keinen Unterhaltsleistungen für D.\_\_\_\_\_ verpflichtet, ausgenommen die Weiterleitung der für sie bezogenen Kinder- bzw. Ausbildungszulagen.

Soweit der Kläger die Berechnung der Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ bis Ende November 2014 anfiicht (Urk. 90 S. 8f Ziff. 16-18), ist seine Berufungskritik unbehelflich, ist doch, wie vorstehend ausgeführt, von einem hypothetischen Nettoeinkommen von Fr. 4'000.- und nicht von einem solchen von Fr. 3'000.- oder vom tatsächlichen Einkommen von Fr. 1'175.- bzw. Fr. 1'275.- auszugehen.

C.\_\_\_\_\_ ist zur Zeit noch minderjährig, besucht noch die Schule und sucht sich auf den Schulabschluss hin eine Lehrstelle (Prot. I S. 11, 17). Damit kann bis auf weiteres davon ausgegangen werden, dass sie sicher bis zur Mündigkeit, voraussichtlich aber auch noch darüber hinaus Anspruch auf Unterhalt hat und der Kläger entsprechend verpflichtet ist. Sollte C.\_\_\_\_\_ keine Ausbildung in Angriff nehmen, würde die Unterhaltspflicht selbstredend mit ihrer Mündigkeit bis auf weiteres entfallen.

Richtig ist, dass grundsätzlich auch die Tochter D.\_\_\_\_\_ gleich wie C.\_\_\_\_\_ über die Mündigkeit hinaus Anspruch auf Unterhalt hätte, falls sie eine Ausbildung absolviert. Dies ist jedoch seit Dezember 2014 und bis heute nicht mehr der Fall. Es ist auch völlig offen, ob und wann D.\_\_\_\_\_ eine neue Ausbildung in Angriff nehmen wird und wer diese finanzieren wird. Der Kläger kann daher aktuell keine fiktiven Unterhaltskosten für D.\_\_\_\_\_ in Anrechnung bringen, die ihm nicht anfallen, auch nicht unter dem Hinweis auf das Gleichbehandlungsgebot der beiden Töchter nach deren Mündigkeit (Urk. 90 S. 7 Ziff. 15, S. 9 Ziff. 19). Die Vorinstanz hat sodann - entgegen dem Kläger (Urk. 90 S. 9 Ziff. 18) - ab Dezember 2014 nicht den ganzen ihm zur Verfügung stehenden Freibetrag der Tochter C.\_\_\_\_\_ zugewiesen, sondern lediglich den im Scheidungsurteil festgesetzten Unterhaltsbeitrag bestätigt bzw. dessen Reduktion abgelehnt (Urk. 91 S. 25 Erw. 3.3.4.).

Damit sind die vorinstanzlich festgelegten (neuen) Unterhaltsbeiträge des Klägers für C.\_\_\_\_\_ wie folgt zu bestätigen :

- Fr. 500.- ab Klageeinleitung am 9. Oktober 2012 bis zum Antritt der neuen Arbeitsstelle der Beklagten Ende Oktober 2013, ab dann
- Fr. 280.- bis zum Wegfall der Unterhaltspflicht für D.\_\_\_\_\_ Ende November 2014, ab dann
- Fr. 650.- gemäss Scheidungsurteil, bis zum Abschluss der ordentlichen Erstausbildung.

Die Beklagte ihrerseits hat die von ihr bezogenen Kinder- bzw. Ausbildungszulagen an den Unterhalt der Kinder beizusteuern.

## 6. Unentgeltliche Rechtspflege

Einer mittellosen Partei kann die unentgeltliche Rechtspflege unter der Vorausset-

zung bewilligt werden, dass ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 118 lit. b ZPO). Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich die offenkundige, anfängliche Unbegründetheit der Berufung des Klägers. Es ging im Berufungsverfahren auch nur noch um rein finanzielle Kinderbelange; es kann nicht gesagt werden, der Kläger hätte in guten Treuen um nicht materielle Kinderbelange prozessiert, bei denen ein grosses richterliches Ermessen bestünde. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist daher abzuweisen.

#### 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens wird der Kläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, dem Kläger nicht zufolge seines Unterliegens, der Beklagten nicht mangels erheblicher Umtriebe.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird festgestellt, dass die Dispositiv Ziffern 1, 2, 4 sowie 5 - 7 des Urteils des Bezirksgerichts Bülach (Einzelgericht) vom 4. August 2015 am 15. September 2015 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch der Klägers und Berufungsklägers um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertreterin für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird Ziffer 3 der mit Dispositivziffer 4 des Urteils des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts

Bülach vom 7. März 2007 genehmigten Vereinbarung aufgehoben und durch folgende Regelung ersetzt :

"3. Kinderunterhalt

a) Die Pflicht des Klägers zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für die Tochter D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1995, wird mit Wirkung ab 9. Oktober 2012 aufgehoben. Allfällige seitens der Beklagten für die Tochter D.\_\_\_\_\_, bezogene Kinder- bzw. Ausbildungszulagen sind ab 9. Oktober 2012 an den Kläger weiterzuleiten bzw. stehen der Tochter direkt zu.

b) Der Kläger und Berufungskläger wird verpflichtet, an den Unterhalt und die Erziehung der Tochter C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, folgende, monatlich jeweils im voraus zahlbare Beiträge zu bezahlen :

- Fr. 500.- zuzüglich allfällige Kinder- bzw. Ausbildungszulagen ab 9. Oktober 2012 bis 31. Oktober 2013

- Fr. 280.- zuzüglich allfällige Kinder- bzw. Ausbildungszulagen ab 1. November 2013 bis 30. November 2014

- Fr. 650.- ab 1. Dezember 2014 zuzüglich allfällige Kinder- bzw. Ausbildungszulagen bis zum Abschluss der ordentlichen Erstausbildung der Tochter, auch über die Volljährigkeit hinaus,

zahlbar an die Beklagte und Berufungsbeklagte, solange die Tochter in deren Haushalt lebt, keine selbständigen Ansprüche gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen den Kläger stellt und keine andere Zahlstelle bezeichnet."

2. Im Übrigen wird die Abänderungsklage abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'400.-.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte/Berufungsbeklagte unter Beilage der Doppel von Urk. 90, 92 und 93/2-9, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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 ca. Fr. 23'700.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. Oktober 2015

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am:

mc