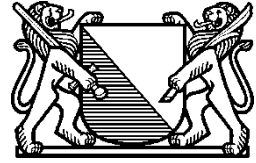


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC220004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 28. März 2022

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 10. Mai 2021; Proz. FP190003

Rechtsbegehren:

(act. 57)

1. Ziff. 1 und 2 der gerichtlich genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 13.10.2011 seien aufzuheben und der Kläger sei neu zu verpflichten, für den Unterhalt und die Betreuung der Kinder C._____, geb. tt.mm.2003, D._____, geb. tt.mm.2005, und E._____, geb. tt.mm.2007, monatlich je Fr. 380.– plus Kinderzulagen zu zahlen. Die neuen Unterhaltsbeiträge seien monatlich im Voraus, rückwirkend erstmals per 1. März 2019, bis zur Mündigkeit und darüber hinaus an die Beklagte zu zahlen, solange die Kinder keine eigenen Ansprüche stellen und im gleichen Haushalt der Beklagten wohnen.
2. Dem Kläger sei in Abänderung von Ziff. 2 des Urteils vom 26. April 2010 neu das gemeinsame Sorgerecht zu erteilen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Urteil des Einzelgerichtes:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 9'000.– festgesetzt.
Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 9'103.95 (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. [Mitteilungen]
6. [Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 96 S. 2):

Das Urteil des BG Bülach vom 10. Mai 2021 sei aufzuheben und die Klage Ziff. 1 gemäss Klagebegehren vom 12. Februar 2019, abgeändert durch den Antrag des Klägers anlässlich der Duplik [recte: Replik] vom 19.04.2021 auf monatlich

Fr. 380.– (siehe Protokoll, S. 37, Urteil, S. 1), sei gutzuheissen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Erwägungen:

1. Ausgangslage und Verfahrensverlauf

1.1. Aus der Ehe von B. _____ und A. _____ sind die drei Kinder C. _____, geboren am tt.mm.2003, D. _____, geboren am tt.mm.2005, und E. _____, geboren am tt.mm.2007, hervorgegangen. Die Ehe wurde mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 26. April 2010 geschieden (act. 33/5/4). A. _____ (Kläger und Berufungskläger, nachfolgend: Kläger) wurde verpflichtet, B. _____ (Beklagte und Berufungsbeklagte, nachfolgend Beklagte) an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder je Fr. 650.– bis zum 12. Altersjahr und anschliessend Fr. 850.– pro Monat zu bezahlen. Der Kläger klagte in den Jahren 2011 und 2017 auf Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge. Im ersten Abänderungsverfahren (FP110031) genehmigte das Gericht mit Urteil vom 21. Oktober 2011 die Vereinbarung der Parteien vom 13. Oktober 2011 (act. 33/4/12), mit welcher die Kinderunterhaltsbeiträge vorübergehend, vom 1. November 2011 bis 31. Oktober 2013, auf je Fr. 325.– (bis zum 12. Altersjahr der Kinder) und ab 1. November 2013 wieder auf die gleiche Höhe wie im Scheidungsurteil vom 26. April 2010, zudem bis 31. Oktober 2016 nach unten unabänderlich, festgelegt wurden (act. 33/4/13). Im zweiten Abänderungsverfahren (FP170023) zog der Kläger den Antrag um Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge zurück, worauf das Verfahren mit Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge mit Verfügung vom 30. Oktober 2017 abgeschrieben wurde (act. 33/18).

1.2. Mit Klage vom 12. Februar 2019 ersuchte der Kläger beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (nachfolgend Vorinstanz) erneut um Abänderung des Scheidungsurteils. Er verlangte die gemeinsame elterliche Sorge, die Regelung eines gerichtsblichen Besuchsrechts und die Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge ab 1. März 2019 auf Fr. 200.– pro Kind (act. 1). Nachdem Vergleichsbemühungen anlässlich der Einigungsverhandlung vom 15. Mai 2019 und der Instruktionsverhandlung vom 18. Dezember 2019 gescheitert waren (Prot. Vi

S. 6, insbes. S. 20 f., S. 24, insbes. S. 29), zog der Kläger den Antrag betreffend Änderung des Besuchsrechts im Rahmen der Klagebegründung vom 21. Februar 2020 zurück, mit Bezug auf die Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge beantragte er eine Reduktion auf Fr. 380.– pro Monat und Kind und am Antrag betreffend Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge hielt er fest (act. 57). Die Beklagte erstattete die Klageantwort am 16. Oktober 2020 (act. 70). In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 19. April 2021 vorgeladen (act. 73). Anlässlich der Hauptverhandlung zog der Kläger auch den Antrag betreffend Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge zurück. An der Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge auf Fr. 380.– pro Kind hielt er fest (Prot. VI S. 37 ff.). Mit Urteil vom 10. Mai 2021 wies die Vorinstanz die Abänderungsklage ab (act. 91 = act. 98 = act. 99, nachfolgend zit. als act. 99).

1.3. Gegen das Urteil der Vorinstanz erhob der Kläger am 8. Februar 2022 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 96). Gleichzeitig ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (act. 96 S. 2). Den Parteien wurde der Eingang der Berufung mitgeteilt (act. 100/1-2), und die Akten der Vorinstanz wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1-94). Da sich die Berufung sofort als unbegründet erweist, erübrigen sich weitere prozessuale Schritte.

2. Prozessuales

2.1. Nach Eingang der Berufung prüft die Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Diese sind vorliegend gegeben. Die Berufung richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid (Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO). Sie ging rechtzeitig, schriftlich begründet und mit konkreten Anträgen versehen bei der Rechtsmittelinstanz ein (Art. 311 ZPO; act. 96). Der Kläger ist durch das vorinstanzliche Urteil beschwert und zur Rechtsmittelerhebung legitimiert; für das Rechtsmittel gegen den vorinstanzlichen Entscheid ist das angerufene Obergericht zuständig.

2.2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges

Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBI 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden weiteren Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Was nicht

oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-HURNI, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; GLASL, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

2.3. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen, unter denen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, abschliessend, ohne danach zu differenzieren, ob ein Verfahren in den Anwendungsbereich der

Verhandlungs- oder Untersuchungsmaxime fällt. Zu beachten bleibt jedoch trotz des Ausschlusses von Art. 229 Abs. 3 ZPO für das Berufungsverfahren, dass das Gericht und damit auch die Rechtsmittelinstanz den Sachverhalt bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten von Amtes wegen zu erforschen hat (Art. 296 Abs. 1 ZPO) und daher auch im Rechtsmittelverfahren von sich aus noch Untersuchungen anstellen kann bzw. muss (vgl. BGer 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016 E. 2). Dies führt dazu, dass in Kinderbelangen Noven in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO grundsätzlich auch noch im Berufungsverfahren unbeschränkt bis zum Beginn der Urteilsberatung zuzulassen sind (BGE 144 III 349, E. 4.2.1; OGer ZH LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1; LY150026 vom 4. März 2016, E. II.4; LY160035 vom 14. Dezember 2016, E. 2.3; LY160050 vom 18. April 2017, E. II.3.2).

3. Passivlegitimation

3.1. Die Vorinstanz hielt fest, wenn das Gemeinwesen für den Unterhalt aufkomme, gehe der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über (Art. 289 Abs. 2 ZGB, sog. Legalzession). Gegenstand der Legalzession seien auch zukünftige Unterhaltsforderungen, von denen feststehe, dass sie zu bevorschussen sein werden (mit Hinweis auf BGE 137 III 193). Folglich müsse sich die Abänderungsklage des unterhaltspflichtigen Elternteils gegen das Gemeinwesen richten, wenn der Unterhaltsanspruch des Kindes auf das Gemeinwesen übergehe. Der Kläger habe die Abänderungsklage einzig gegen die Beklagte erhoben, obwohl er im Jahr 2020 lediglich fünf Unterhaltszahlungen zu Fr. 1'000.– getätigt habe und die Unterhaltsbeiträge im Übrigen von der Alimentenhilfe bevorschusst worden seien. Es gebe keine prozessrechtliche Grundlage, um das bevorschussende Gemeinwesen ins Verfahren einzubeziehen. Folglich sei die Klage aufgrund fehlender Sachlegitimation abzuweisen (act. 99 S. 14 f.).

3.2. Der Kläger macht diesbezüglich geltend, die Passivlegitimation ergebe sich aus dem Urteil, welches abgeändert werden soll. Die Ausführungen der Vorinstanz würden zutreffen, wenn es sich um eine unabhängige Klage handelte und die Kinder oder die bevorschussende Behörde auf Kinderunterhalt klagten. Bei einer Abänderungsklage sei die Passivlegitimation indessen durch das abzuän-

dernde Urteil vorgegeben. Art. 289 ZGB komme nur bei einer eigenständigen Klage zur Anwendung (act. 95 S. 3).

3.3. In dem von der Vorinstanz erwähnten BGE 137 III 193, der eine Schuldneranweisung betraf, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Subrogation des Gemeinwesens nicht nur die effektiv bevorschussten Forderungen betreffe, sondern dass das Unterhalts-Stammrecht als solches auf das Gemeinwesen übergehe. Das Bundesgericht bekräftigte diese Praxis in BGE 143 III 177 hinsichtlich der Sachlegitimation bei einer Abänderungsklage. In einem aktuellen, zur amtlichen Publikation vorgesehenen Entscheid hat sich das Bundesgericht nun von dieser Praxis abgewendet und festgehalten, es gebe keine Anhaltspunkte, dass der historische Gesetzgeber an einen Übergang des Stammrechts auf das Gemeinwesen gedacht hätte. Vielmehr betreffe der Forderungsübergang bei der Legalzession nach der Konzeption des Gesetzgebers nur die effektiv bevorschussten Unterhaltsbeiträge (BGer 5A_75/2020 vom 12. Januar 2022 E. 6.3.). Da das Stammrecht nicht auf das Gemeinwesen übergehe, müsse sich dieses an einer gegen das Kind gerichteten Abänderungsklage oder an einem sich zwischen den Eltern abspielenden Abänderungsverfahren nicht beteiligen (a.a.O. E. 6.7.). Das Bundesgericht sah ernsthafte und sachliche Gründe dafür, dass seine nunmehr gemachten Überlegungen der besseren Erkenntnis der ratio legis von Art. 289 Abs. 2 ZGB entsprächen und die Rechtsprechung zu ändern sei, zumal damit nicht die Rechtssicherheit gefährdet, sondern vielmehr bestehende Rechtsunsicherheit beseitigt und für die Zukunft Rechtssicherheit geschaffen werde (a.a.O. tt.mm.).

3.4. Unbestrittenermassen werden die vom Kläger geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträge von der Alimentenhilfe bevorschusst (Prot. Vi S. 41 ff. S. 45 f.; act. 80 S. 2 f., act. 96 S. 2). Dies ergibt sich auch aus der Abrechnung des Amts für Jugend- und Berufsberatung, Alimentenhilfe, vom 15. April 2021, wonach in der hier relevanten Zeit ab 1. März 2019 die indexierten Unterhaltsbeiträge im Betrag von je Fr. 845.10 im Jahr 2019, Fr. 844.25 im Jahr 2020 und Fr. 838.55 im Jahr 2021 vollumfänglich bevorschusst wurden, wobei dem bevorschussten Unterhaltsbeitrag von Fr. 646.25 für den Sohn E. _____ im März 2019 noch der bis

zum 12. Altersjahr geschuldete, zu indexierende Unterhaltsbeitrag von Fr. 650.– zugrunde lag (act. 81). Aus dem vom Kläger eingereichten Kontoauszug für die Zeit vom 1. Januar 2017 bis 2. Mai 2019 geht zudem hervor, dass er regelmässig Rückzahlungen an die Alimentenhilfe leistet, weshalb er zweifellos um die Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge durch das Gemeinwesen wusste (act. 30/5). Damit hätte sich die vorliegende Abänderungsklage nach der vom Bundesgericht in BGE 143 III 177 vertretenen Auffassung auch gegen das bevorschussende Gemeinwesen richten müssen, zumal sich die Kammer – nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit – der bundesgerichtlichen Praxis angeschlossen hat. Der unlängst ergangene Entscheid, in dem sich das Bundesgericht mit dogmatisch überzeugenden Argumenten zu einer Praxisänderung veranlasst sah, führt im vorliegenden Verfahren nun dazu, dass das Unterhalts-Stammrecht trotz der Bevorschussung nicht auf das Gemeinwesen übergegangen und das Gemeinwesen nicht am Abänderungsverfahren zu beteiligen ist. Die während laufender Rechtsmittelfrist vom Bundesgericht vorgenommene Praxisänderung bewirkt, dass die Beklagte als Prozessstandschafterin der gemeinsamen Kinder im vorliegenden Abänderungsverfahren alleine passivlegitimiert ist. Die von der Vorinstanz vertretene Auffassung kann aufgrund der zwischenzeitlich ergangenen Praxisänderung nicht geschützt werden.

3.5. Die Vorinstanz verneinte auch das Vorliegen eines Abänderungsgrundes. Nachfolgend ist auf die diesbezüglichen Vorbringen des Klägers einzugehen.

4. Abänderungsgrund

4.1. Die rechtliche Grundlage für die Abänderung von Kinderunterhaltsbeiträgen findet sich in Art. 286 Abs. 2 ZGB. Diese Bestimmung gilt auch, wenn der Kinderunterhaltsbeitrag als Nebenfolge der Scheidung festgesetzt wurde (Art. 134 Abs. 2 ZGB). Demnach setzt das Gericht bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse den Unterhaltsbeitrag auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes neu fest oder hebt ihn auf. Dabei gelten die uneingeschränkte Untersuchungs- und Officialmaxime; das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und es ist an Parteianträge nicht gebunden (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

4.2. Die Abänderung dient nicht dazu, eine fehlerhafte rechtskräftige Unterhaltsregelung zu korrigieren, sondern es kann nur darum gehen, die rechtskräftige Unterhaltsregelung an veränderte Verhältnisse anzupassen. Bei der Neufestsetzung der Kinderalimente sind aber die Parameter der Unterhaltsbemessung zu aktualisieren, wobei unter Umständen sogar unverändert gebliebene Parameter angepasst werden dürfen und der Richter sogar Parameter korrigieren darf, die infolge unrichtiger Sachverhaltsfeststellung von Beginn weg falsch waren (BGer 5A_513/2014 vom 1. Oktober 2015 E. 5.1). Damit ist aber auch gesagt, dass die Korrektur allfälliger von Anfang an falscher Parameter erst in Frage kommt, wenn eine erhebliche und dauerhafte Veränderung von wesentlichen Sachverhaltselementen und damit ein Abänderungsgrund vorliegt (BGer 5A_506/2011 vom 4. Januar 2012 E. 6.2.; OGer ZH LC190032 vom 25. März 2020 E. 4). Der massgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung, ob neue Umstände eingetreten sind, ist das Datum der Einreichung der Abänderungsklage (BGE 137 III 604 E. 4.1.1; BGer 5A_506/2011 vom 4. Januar 2012 E. 3.1).

4.3. Die Vorinstanz führte mit Bezug auf das Vorliegen eines Abänderungsgrundes im Wesentlichen aus, bei der Scheidung sei von einem "Gesamteinkommen" des Klägers von Fr. 49'000.– pro Jahr ausgegangen worden, wobei zwischen Fr. 24'000.– Einkommen gemäss Steuererklärung 2009 und ca. Fr. 25'000.– buchhalterischen Aufrechnungen differenziert worden sei. Ab 2017 sei ein "Gesamteinkommen" von Fr. 55'000.– pro Jahr und ein Vermögen von Fr. 420'000.– angenommen worden (act. 99 E. V.5. S. 11 m.H.a. act. 33/5/4). Die Bestimmung der Leistungskraft einer selbständig erwerbenden Person sei aufgrund der finanziellen Verflechtung zwischen der Unternehmung und dem Unternehmenshaushalt schwierig. In der Regel werde auf das Durchschnittsnettoeinkommen der letzten drei Jahre abgestellt. Das massgebliche Einkommen werde durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen korrigiert. Überdies sei es nach der Rechtsprechung auch zulässig, ordentliche Abschreibungen als Einkommen zu berücksichtigen, sofern damit Ersparnisse gebildet oder Gewinne verschleiert würden. Dass Abschreibungen von der Steuerbehörde akzeptiert würden, genüge nicht für eine Anrechnung (gemeint: für eine entsprechende Berücksichtigung bei der Einkommenser-

mittlung). Die Belege über das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit seien zu würdigen und dabei sei insbesondere zu prüfen, ob Indizien dafür bestünden, dass das ausgewiesene nicht mit dem tatsächlichen Einkommen übereinstimme. Gemäss Steuerabschluss habe der Kläger in den Jahren 2017 und 2018 ein Einkommen (Differenz von Aufwand und Ertrag) von Fr. 40'526.53 bzw. Fr. 42'000.06 generiert. Aus den Abschlüssen "Version mit Abschreibungen" seien Abschreibungen in der Höhe von Fr. 36'931.– ersichtlich. Im Jahr 2019 gehe aus dem Steuerabschluss ein Einkommen von Fr. 21'813.13 hervor. Dabei fielen Abschreibungen in der Höhe von Fr. 50'446.– auf, welche allesamt unbelegt und unklar seien. Gemäss der zitierten Rechtsprechung seien Abschreibungen, die offensichtlich dazu dienten, Gewinne zu verschleiern, im Rahmen von Unterhaltszahlungen nicht zu berücksichtigen. Entsprechend sei dem Kläger im Jahr 2019 ein deutlich höheres Einkommen anzurechnen, welches durchaus mit jenem der Jahre 2017 und 2018 vergleichbar sei bzw. sogar um einiges höher ausfallen dürfte. Da das Jahr 2020 gemäss Ausführungen des Klägers ein absolutes Rekordjahr gewesen sei, dürfte das Einkommen im Jahr 2020 noch höher ausgefallen sein. Jedenfalls habe durchwegs ein deutlich höheres Einkommen als Fr. 24'000.– im Zeitpunkt des Scheidungsurteils resultiert. Damit gelinge es dem Kläger nicht, eine erhebliche Einkommensreduktion zu belegen. Ergänzend hielt die Vorinstanz fest, die eingereichten Steuerabschlüsse seien nicht belegt, obwohl es dem anwaltlich vertretenen Kläger durchaus zuzumuten gewesen wäre, die Buchführung entsprechend zu belegen. Die in Art. 296 ZPO verankerte Untersuchungsmaxime verpflichte den Richter, von sich aus tätig zu werden, wenn dies nötig und sinnvoll sei, um rechtserhebliche Umstände zu ermitteln. Es bleibe aber in erster Linie Sache der Parteien, im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht die massgebenden Tatsachen vorzutragen und die Beweismittel zu nennen. Weiter erwähnte die Vorinstanz mehrere zweifelhafte bzw. unklare Positionen in der Erfolgsrechnung ("Diverses Pflanzenbau", "Diverses Tierhaltung", "Diverse Ausgaben" und "Aufwand unklar"). Schliesslich wies sie darauf hin, dass der Kläger als Unterhaltsschuldner alles in seiner Macht Stehende tun und seine Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen müsse. Der Beklagten sei insoweit beizupflichten, als der Kläger sich nach anderen (Teilzeit-)Erwerbsquellen umzusehen habe, sofern sein

Hof nicht genügend rentiere. Entsprechendes gelte auch für die auf dem Hof des Klägers wohnende Drittperson oder für die Pensionspferde, die nichts oder zu wenig bezahlten. Auch durch die Verpachtung des Betriebes oder eines Teils davon könnten weitere Einnahmen generiert werden (act. 99 S. 11 ff.).

4.4. Der Kläger bringt in der Berufung vor, im vorliegenden Verfahren sei auf die finanzielle Situation im Jahr 2019 abzustellen. 2017 habe sein Einkommen ohne Abschreibungen Fr. 40'256.– betragen, 2018 Fr. 42'000.– und 2019 Fr. 72'000.–. Dies ergebe ein Durchschnittseinkommen von Fr. 51'000.–. Bei einem Bauernbetrieb müssten zwingend Abschreibungen gemacht werden, diese seien detailliert aufgeführt und könnten nachvollzogen werden. Es handle sich weder um "verschleierte Gewinne" noch würden dadurch Ersparnisse gebildet. Die Abschreibungssätze ergäben sich aufgrund der von den Steuerbehörden akzeptierten Kriterien. Die Bilanz sei von einem auf Bauernbetriebe spezialisierten Fachmann verfasst worden. Tatsächlich habe das Einkommen aus Landwirtschaft und betrieblichen Nebenerfolgen 2018 Fr. 19'996.–, 2019 Fr. 21'813.– und 2020 Fr. 33'203.– betragen. Laut Steuererklärung habe das Einkommen 2020 lediglich Fr. 31'004.– betragen. Der Kläger reicht im Berufungsverfahren neu die Jahresrechnung 2020 und die Steuererklärung 2020 ein (act. 97/1-2). Sodann kritisiert er, die Vorinstanz habe nicht begründet, weshalb die Abschreibungen in den Jahresrechnungen 2018 und 2019 a) ausserordentliche Abschreibungen, b) unbegründete Rückstellungen oder c) ersparnisbildende Abschreibungen sein sollten. Aufgrund der Oficialmaxime hätte die Vorinstanz sich z.B. beim kantonalen Bauernverband oder in einschlägiger Literatur erkundigen müssen, ob die vom Kläger bzw. seinem fachkundigen und auf Bauernbetriebe spezialisierten Treuhänder angewandten Abschreibungssätze tatsächliche und notwendige Abschreibungen seien (act. 96 S. 3 ff.).

4.5. Die vom Kläger neu eingereichte Steuererklärung für das Jahr 2020 ist im Berufungsverfahren in Anwendung der Untersuchungsmaxime zuzulassen. Wie den nachfolgenden Erwägungen zu entnehmen ist, kann der Kläger aus der Steuererklärung für das Jahr 2020 aber nichts Entscheidendes zu seinen Gunsten ableiten.

4.6. Der Kläger trägt die Beweislast für das Vorliegen eines Abänderungsgrundes (Art. 8 ZGB). In diesem Zusammenhang obliegt es ihm einerseits, eine erhebliche Veränderung seiner finanziellen Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung der Abänderungsklage darzutun. Andererseits hat er – soweit für die Beurteilung, ob eine dauerhafte und wesentliche Veränderung vorliege, notwendig – darzulegen, welche finanziellen Verhältnisse dem Scheidungsurteil zugrunde lagen. Auch wenn im vorliegenden Verfahren die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt, entbindet dies die Prozessparteien nicht von der Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts. Sie haben dem Gericht die massgebenden Tatsachen vorzutragen und die Beweismittel zu nennen (BGer 5A_357/2015 vom 19. August 2015 E. 4.2).

4.7. Der Kläger ging im Zeitpunkt der Scheidung von einer Steigerung seines Gesamteinkommens auf Fr. 55'000.– im Jahr 2017 aus (act. 33/5/4). Im vorliegenden Abänderungsverfahren ist deshalb zu prüfen, ob sein Einkommen im Jahr 2019 erheblich unter Fr. 55'000.– lag. Den Scheidungsakten lassen sich keine Details zu dieser Zahl entnehmen. Anlässlich der gemeinsamen Anhörung im Scheidungsverfahren gab der Kläger – nach dem Grund für das gemäss Konvention höhere Einkommen ab August 2017 gefragt – an, das sei realistisch, ab dann müsse er mehr Unterhalt für die Kinder bezahlen (Prot. FE100128 [act. 33/5] S. 4 f.). Der Regelung der Kinderunterhaltsbeiträge bis Juli 2017 lag ein Gesamteinkommen des Klägers im Jahr 2009 von Fr. 49'000.– zugrunde. Dieses setzte sich aus den Einkünften gemäss Steuererklärung im Betrag von Fr. 24'000.– und "buchhalterischen Aufrechnungen" von ca. Fr. 25'000.– zusammen. Den Akten lassen sich keine Angaben entnehmen, wie sich die "buchhalterischen Aufrechnungen" im genannten Betrag zusammensetzten. Im Verfahren FP110031 erklärte der Kläger lediglich, die Aufrechnungen, wie sie im Scheidungsurteil gemacht worden seien, stimmten nicht, einige Posten in der Buchhaltung seien überbewertet worden (Prot. FP110031 [act. 33/4] S. 5).

4.8. Der Kläger stützte sich im erstinstanzlichen Verfahren für den Nachweis einer erheblichen und dauerhaften Veränderung seiner Einkommenssituation auf die Steuerausweise der Jahre 2013-2016 ab, aus denen ein steuerbares Ein-

kommen von Fr. 0.–, Fr. 1'500.–, Fr. 10'000.– und Fr. 10'000.– hervorgeht (act. 57 S. 2 mit Verweis auf act. 1 und 3/3-7). Im Scheidungsurteil betrug die Differenz zwischen dem Einkommen des Klägers gemäss Steuererklärung und dem anrechenbaren Einkommen wie erwähnt Fr. 25'000.–. Die Berücksichtigung von "buchhalterischen Aufrechnungen" spricht zweifellos dafür, dass das in der Steuererklärung 2009 ausgewiesene Einkommen nicht dem tatsächlichen Einkommen des Klägers im Zeitpunkt der Scheidung entsprach. Vor diesem Hintergrund ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass für die Ermittlung des massgebenden Einkommens des Klägers – entgegen seinen Ausführungen – nicht allein auf das in der Steuererklärung ausgewiesene Einkommen abgestellt werden kann. Der Kläger unterliess es im vorliegenden Abänderungsverfahren indessen darzulegen, weshalb seine Einkünfte – anders als noch im Scheidungsverfahren, als er sich buchhalterische Aufrechnungen anrechnen liess – dem steuerbaren Einkommen entsprechen sollen. Der Kläger erzielt seine Einkünfte weiterhin aus der Bewirtschaftung seines Hofes und Lohnarbeiten für Dritte, seit dem Jahr 2017 betreibt er eine Pferdepension (Prot. Vi S. 40; Prot. FP170023 [act. 33] S. 8). Er machte im vorliegenden Abänderungsverfahren keine schlüssigen Ausführungen dazu, dass bzw. inwiefern sich in seinem Betrieb seit dem Scheidungsurteil die Verhältnisse mit Bezug auf die buchhalterischen Aufrechnungen geändert haben sollen. Er erklärte auch nicht, wie sich die "buchhalterischen Aufrechnungen" von Fr. 25'000.– im Jahr 2009 zusammensetzten. Als behauptungs- und beweisbelastete Partei hätte der Kläger im Rahmen des Abänderungsverfahrens Hintergründe und Zusammensetzung der "buchhalterischen Aufrechnungen" im Betrag von Fr. 25'000.– aufzeigen und belegen müssen, beispielsweise durch Beilage der Jahresrechnung 2009. Für die Beurteilung, ob eine wesentliche Veränderung der Einkommensverhältnisse vorliegt, ist die Zusammensetzung der "buchhalterischen Aufrechnungen" im Scheidungszeitpunkt und bei Einreichung der Abänderungsklage zentral. Dies wird auch durch die Darstellung des Klägers im ersten Abänderungsverfahren untermauert, wonach einige Posten in der Buchhaltung in der Scheidungsvereinbarung überbewertet worden seien (Prot. FP110031 S. 5). Da es an Behauptungen zu den "buchhalterischen Aufrechnungen" im Jahr 2009 und heute fehlt, fehlt es an einer wesentlichen Grundlage, um das Vorliegen eines

Abänderungsgrundes zu beurteilen. Trotz der im vorliegenden Verfahren anwendbaren uneingeschränkten Untersuchungsmaxime wäre es Aufgabe des Klägers gewesen, die massgebenden Grundlagen für die Beurteilung seiner Abänderungsklage vorzutragen. Wie erwähnt stellte er im vorliegenden Abänderungsverfahren keine substantiierten Behauptungen dazu auf, weshalb bei der Ermittlung seines Einkommens – anders als im Scheidungszeitpunkt – keine buchhalterischen Aufrechnungen zu berücksichtigen seien. Darüber hinaus thematisierte er auch die Zusammensetzung der buchhalterischen Aufrechnungen im Betrag von Fr. 25'000.– nicht, obwohl es sich dabei um eine wesentliche Tatsache für die Beurteilung der Abänderungsklage handelt. Da seitens des behauptungs- und beweisbelasteten Klägers schlüssige Behauptungen zum massgebenden Sachverhalt seiner Abänderungsklage fehlen, ist das Vorliegen eines Abänderungsgrundes zu verneinen. Obwohl es bei diesem Ergebnis nicht mehr darauf ankommt, rechtfertigt es sich dennoch auf die Ermittlung des klägerischen Einkommens durch die Vorinstanz und die diesbezüglichen Rügen des Klägers einzugehen.

4.9. Der Kläger rügt diesbezüglich, dass ihm die Vorinstanz die Abschreibungen im Betrag von Fr. 50'446.– vollumfänglich als verdeckter Gewinn angerechnet hat (act. 96 S. 4). Der Kläger betreibt einen Landwirtschaftsbetrieb. Der Wert von Gebäuden, Betriebseinrichtungen, Maschinen und Fahrzeugen (sog. Sachanlagen) nimmt durch Alterung, Gebrauch und Verschleiss laufend ab. Um diesem Werteverlust Rechnung zu tragen, sind planmässige (ordentliche) Abschreibungen vorzunehmen. Dabei handelt es sich um den Aufwand aus Abnutzung und Alterung, verteilt über die erwartete Nutzungsdauer. Idealerweise wird der Betrag, um den der Wert einer Sachanlage jährlich während seiner Nutzungsdauer abgeschrieben wird, zurückgestellt, damit nach Ablauf der Nutzungsdauer genügend Mittel vorhanden sind, um ihn zu ersetzen. Mit ordentlichen Abschreibungen wird der voraussichtliche, nutzungs- und altersbedingte Wertverlust der Sachanlagen berücksichtigt. Ersparnisse werden damit grundsätzlich keine gebildet. Dies bedeutet indessen nicht, dass die von den Steuerbehörden akzeptierten Abschreibungen ohne weiteres zu übernehmen sind, da diese erfahrungsgemäss grosszügi-

ger bemessen sind, als betriebswirtschaftlich genauer ermittelte Sätze (BGer 5A_280/2015 vom 27. November 2015 E. 4.2.3, m.w.H.).

4.10. Solange substantiierte Behauptungen des Klägers fehlen, wie sich die "buchhalterischen Aufrechnungen" im Zeitpunkt des Scheidungsurteils zusammensetzten, lässt sich nicht prüfen, ob eine wesentliche Einkommensreduktion eingetreten ist. Unabhängig von der Zusammensetzung der "buchhalterischen Aufwendungen" lässt sich aber sagen, dass ordentliche Abschreibungen bei der Ermittlung des Einkommens grundsätzlich nicht anzurechnen sind. Aus dem Buchhaltungsabschluss 2019 ist ersichtlich, dass sich die Abschreibungen im Betrag von Fr. 50'446.– aus den folgenden Positionen zusammensetzten: Konto 154 "Maschinen" Fr. 14'263.–, Konto 259 "Auto" Fr. 1'755.–, Konto 160 "Techn. Einrichtungen" Fr. 16'293.–, Konto 161 "Aussenanlagen" Fr. 1'142.–, Konto 163 "Pferdestall 2017" Fr. 2'189.–, Konto 165 "Wohnhaus" Fr. 239.–, Konto 166 "Oekonomiegebäude" Fr. 5'487.– und Konto 167 "Laufstall Kühe" Fr. 9'078.– (act. 64/1 S. 3 und 16; Konto 549). Die in der Jahresrechnung 2019 vorgenommenen Abschreibungen sind klar aufgeschlüsselt und betreffen Sachanlagen, deren Wertverlust durch ordentliche Abschreibungen Rechnung getragen werden muss. Auch wenn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die steuerlichen Abschreibungssätze – konkret variieren die Abschreibequoten im Steuerabschluss 2019 zwischen 2.0 % und 20.0 % (act. 64/1 S. 6 ff.) – im Rahmen der Unterhaltsberechnung nicht unbesehen zu übernehmen sind, so können Abschreibungen auf Einrichtungen, Maschinen etc. nicht einfach pauschal als verdeckter Gewinn bezeichnet und angerechnet werden. Vorgesehen ist nur die Anrechnung von ausserordentlichen Abschreibungen und Rückstellungen, welche zu Zwecken der Gewinnminimierung vorgenommen werden. Dem Kläger ist insoweit zuzustimmen, dass keine Anhaltspunkte vorliegen, dass es sich bei sämtlichen Abschreibungen im Betrag von rund Fr. 50'000.– um ausserordentliche Abschreibungen, unbegründete Rückstellungen oder ersparnisbildende Abschreibungen handelte. Darüber hinaus hätte die Vorinstanz das durch Abschreibungen korrigierte Einkommen im Jahr 2019 dem Gesamteinkommen von Fr. 55'000.– (und nicht dem in der Steuererklärung 2009 ausgewiesenen Einkommen von Fr. 24'000.–) gegenüber stellen müssen. Da die Abänderungsklage aber mangels

substantiiertes Behauptungen zu den "buchhalterischen Aufrechnungen" abzuweisen ist, erübrigen sich Weiterungen zur Ermittlung des klägerischen Einkommens.

4.11. Die Vorinstanz äusserte sich im Rahmen einer Alternativbegründung zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Auch die diesbezüglichen Erwägungen werden vom Kläger im Berufungsverfahren kritisiert, weshalb der Vollständigkeit halber darauf einzugehen ist. Der Kläger führt Argumente gegen einen Verkauf seines Bauernbetriebes an (act. 96 S. 5 f.). Diese gehen ins Leere, weil die Vorinstanz im Zusammenhang mit den von ihm (dem Kläger) zu unternehmenden Bemühungen zur Ausschöpfung seiner Leistungsfähigkeit keinen Verkauf, sondern eine Verpachtung des Betriebes bzw. von Teilen davon in Erwägung gezogen hat. Zu einer Verpachtung äussert sich der Kläger in der Berufung indessen nicht. Er macht vielmehr geltend, er könne neben seiner täglichen Tätigkeit auf dem Hof keinem 100%-igen Erwerb nachgehen. Mit dieser Behauptung geht er nicht auf die Erwägung der Vorinstanz ein, er habe sich nach einer anderen (Teilzeit-)Erwerbsquelle umzusehen, sofern sein Betrieb nicht genügend rentiere. Darüber hinaus begnügt sich der Kläger mit der blossen Behauptung, seine Stellenbewerbungen seien allesamt mit der Begründung abgelehnt worden, er sei von seinem Alter und mit seinem Bauernhof als Haupterwerb mit dem Anfall von unvorhergesehenen Arbeiten auf dem Hof nicht geeignet (act. 96 S. 7). Auch in der Berufung bringt der Kläger gegen einen zusätzlichen Teilzeiterwerb nichts Konkretes vor. Hinzu kommt, dass er weder im erstinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren Unterlagen zu seinen Stellensuchbemühungen (wie z.B. Bewerbungsschreiben, Absagen, Bestätigungen etc.) einreichte, aus denen der Schluss gezogen werden könnte, er habe sich intensiv, aber erfolglos um die Aufnahme einer zusätzlichen unselbständigen (Teilzeit-)Nebenerwerbstätigkeit bemüht. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind, wenn es um den Unterhalt minderjähriger Kinder geht, vorab in jenen Fällen, wo wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (vgl. BGE 137 III 118 E. 3.1). Auch bei unverschuldeter Einkommensverminderung kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, denn die gesetzliche Unterhaltspflicht hat zur Folge, dass der Pflichtige alles in seiner

Macht Stehende unternehmen und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen muss, um das erforderliche Einkommen zu generieren (vgl. BGE 143 III 233 E. 3.4). Reicht das tatsächlich erzielte Einkommen des Unterhaltspflichtigen nicht aus, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (statt vieler BGer 5A_592/2018 E. 3.1; BGE 137 III 118 E. 2.3). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte, angerechnet werden kann, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit (angesichts des Alters, der Gesundheit, der Ausbildung und persönlichen Fähigkeiten, der Arbeitsmarktlage etc.) möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (vgl. BGE 137 III 118 E. 2.3; BGE 126 III 10 E. 2b).

4.12. Mit Bezug auf die Aufnahme einer Teilzeit-Nebenerwerbstätigkeit des Klägers und die Anrechnung eines entsprechenden hypothetischen Einkommens ist aufgrund der wiedergegebenen Grundsätze festzuhalten, dass sich das Gericht dazu äussern müsste, welche Tätigkeit für den Kläger zumutbar wäre. Anschliessend wäre zu beurteilen, ob ein Einkommen aus der als zumutbar erkannten Tätigkeit angesichts des Alters des Klägers, der Arbeitsmarktlage etc. tatsächlich erzielbar wäre. Im Falle des Vorliegens eines Abänderungsgrundes wären in dieser Hinsicht im Anwendungsbereich der Untersuchungsmaxime Weiterungen angezeigt.

4.13. Bei der gegebenen Ausgangslage hat die Vorinstanz die Abänderungsklage im Ergebnis zu Recht abgewiesen. Es fehlt an substantiierten Behauptungen des Klägers zu den "buchhalterischen Aufrechnungen", insbesondere zu deren Zusammensetzung, im Jahr 2009 und bei Einreichung der Abänderungsklage. Die Berufung ist abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen und unentgeltliche Rechtspflege

5.1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens wird der Kläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gegenstand des Berufungsverfahrens war nur die Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber seinen Kindern, weshalb es sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt. Der Kläger verlangt die Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge ab dem 12. Februar 2019 auf Fr. 380.– pro Kind, die Differenz zur bestehenden Unterhaltsverpflichtung beträgt demnach monatlich Fr. 470.– pro Kind. Da bei der Berechnung des Streitwerts von einer Unterhaltspflicht des Klägers bis zur Mündigkeit jedes Kindes auszugehen ist, resultiert ein Streitwert von Fr. 72'380.–. Ausgehend von diesem Streitwert beträgt die Grundgebühr rund Fr. 7'340.– (§ 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Diese ist gestützt auf § 4 Abs. 3 GebV OG um einen Drittel zu ermässigen.

5.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen; dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr durch das Berufungsverfahren keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

5.3. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (sog. Mittellosigkeit) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Unabhängig von der Beurteilung der Mittellosigkeit scheidet das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an der Aussichtslosigkeit seines im Berufungsverfahren vertretenen Standpunktes. Da er keine substantiierten Behauptungen zum Klagefundament seiner Abänderungsklage macht, ist die Berufung als aussichtslos zu bezeichnen. Somit sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands nicht erfüllt. Das Gesuch ist abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 10. Mai 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'900.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage der Berufungsschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 96 und 97/1-7), sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Fr. 72'380.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: