

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE220013-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie
Gerichtsschreiber Dr. O. Hug

Urteil vom 2. November 2022

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____,

betreffend **Abänderung Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 16. Februar 2022 (EE210143-L)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 22 S. 2)

" In Abänderung des Eheschutzurteils vom 17. Dezember 2020 (EE200266) sei der Gesuchsteller von seiner Unterhaltspflicht zu befreien,

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. 7.7% MwSt) zu Lasten der Gesuchsgegnerin."

Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht

Zürich, 5. Abteilung, vom 16. Februar 2022:

(Urk. 29 S. 14 f. = Urk. 31 S. 14 f.)

1. Die mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirks Zürich vom 17. Dezember 2020 in Dispositiv-Ziffer 3 genehmigte Unterhaltspflicht des Gesuchstellers gegenüber dem Sohn C._____ (Ziffer 3 der im Geschäft Nr. EE200266-L genehmigten Vereinbarung) wird wie folgt abgeändert:

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin monatlich die Familienzulagen für den Sohn C._____ zu überweisen; rückwirkend ab 1. Januar 2021 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

Erzielt der Gesuchsteller ein monatliches Netto-Einkommen von mehr als Fr. 3'040.- (zuzüglich Familienzulagen, inkl. 13. Monatslohn und Sonderzahlungen jeglicher Art), wird er verpflichtet, den Fr. 3'040.- übersteigenden Betrag als Kinderunterhalt an die Gesuchsgegnerin zu bezahlen und zwar innert drei Arbeitstagen nach erfolgter Lohnauszahlung.

Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin jeweils unaufgefordert eine Kopie seiner monatlichen Lohnabrechnungen zuzustellen und zwar innert drei Arbeitstagen ab Erhalt der jeweiligen Lohnabrechnung.

Grundlage dieser Unterhaltsverpflichtung bildet das aktuelle Einkommen des Gesuchstellers von Fr. 2'843.- (zuzüglich Familienzulagen) bei einer Anstellung im Umfang von 100%.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

CHF 2'250.00; die weiteren Gerichtskosten betragen

CHF 322.50 Dolmetscherkosten

3. Die Kosten des Entscheids 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.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage; Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO und Vollstreckbarkeit gemäss Art. 315 Abs. 4 lit. b ZPO).

Berufungsanträge:

der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (Urk. 30 S. 2):

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 16. Februar 2022 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Das Gesuch des Berufungsbeklagten um Abänderung des Eheschutzurteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Dezember 2020 sei abzuweisen.
3. Der Berufungsklägerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten des Berufungsbeklagten."

des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (Urk. 47 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Eventualiter sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das Kind C._____, geb. tt.mm.2015, monatliche Unterhaltsbeiträge im Betrag von Fr. 330, zahlbar jeweils auf den Ersten eines Monates, erstmals auf den dritten nach Eintritt der Rechtskraft folgenden Monat, zu bezahlen, zuzüglich allfällige vertragliche oder gesetzliche Kinderzulagen.
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. 7,7% MwSt) zu Lasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind verheiratet. Aus ihrer Ehe ging der gemeinsame Sohn C._____, geboren am tt. mm. 2015 (fortan C._____), hervor. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Dezember 2020 (Geschäfts-Nr. EE200266-L) wurde das Getrenntleben der Parteien und insbesondere die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchsteller) gegenüber C._____ geregelt (Urk. 4/18). Mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung (fortan Vorinstanz), vom 16. Februar 2022 wurde das vorstehend zitierte Abänderungsbegehren des Gesuchstellers mit eingangs aufgeführtem Urteil gutgeheissen (Urk. 29 S. 14 f. = Urk. 31 S. 14 f.).

2. Dagegen erhob die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 3. März 2022 Berufung, wobei sie die oben angeführten Anträge stellte (Urk. 30 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-29). Am 23. Mai 2022 wurden die Parteien zur Vergleichsverhandlung auf den 8. Juni 2022 vorgeladen (Urk. 37), in der jedoch keine Einigung gefunden werden konnte (Prot. S. 4). Mit Beschluss vom 14. Juni 2022 wurde den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und dem Gesuchsteller Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ sowie der Gesuchsgegnerin Rechtsanwalt MLaw X._____ jeweils als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (Urk. 46). Die Berufungsantwort datiert vom 27. Juni 2022 (Urk. 47) und ist mit vorliegendem Entscheid und den Beilagen zur Berufungsantwort (Urk. 49/1-2) der Gesuchsgegnerin zuzustellen. Gleiches gilt für die Noveneingabe des Gesuchstellers vom 18. Oktober 2022 (Urk. 52, 53 und 54/1-7).

II.

1. Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache, mithin über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfra-

gen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1).

2. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Im Bereich des vorliegend anwendbaren strengen Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 296 ZPO (betreffend sämtliche Kinderbelange) können die Parteien im Berufungsverfahren jedoch auch dann Noven vorbringen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

3. Unter Hinweis auf den Rücktritt von Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schneider und die Wahl von Oberrichter lic. iur. A. Huizinga zum Präsidenten der Kammer ergeht der vorliegende Entscheid mit geänderter Besetzung.

4. Aufgrund der Bevorschussung der Unterhaltsbeiträge durch das Gemeinwesen warf die Gesuchsgegnerin die Frage auf, ob sie im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt passivlegitimiert gewesen sei (Urk. 30 S. 7). Hierzu führte das Bundesgericht jüngst aus, in der Abänderungsklage seien unabhängig davon, ob und ab wann bzw. wie lange eine Bevorschussung besteht, immer nur der Unterhaltsschuldner und das Kind (oder dessen gesetzlicher Vertreter als Prozessstandschafter) die Prozessparteien, aber nie das bevorschussende Gemeinwesen (BGer 5A_75/2020 vom 12. Januar 2022, E. 6.7, zur Publikation vorgesehen).

5. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit notwendig eingegangen (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1.).

III.

1. Im Berufungsverfahren umstritten ist zunächst, wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 31 S. 6 f.), ob hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge ein Abänderungsgrund vorliegt (vgl. Urk. 30 S. 3 ff.; Urk. 47 S. 6 ff.). Diese Frage ist vorgängig zu klären. Eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge gestützt auf sämtliche aktualisierten Berechnungsparameter, welche die Vorinstanz im Ergebnis vorgenommen hat (vgl. Urk. 31 S. 9 ff.), erfolgt nämlich erst in einem zweiten Schritt, wenn in einem ersten Schritt das Vorliegen von Abänderungsgründen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB bejaht wird (vgl. *OGer ZH LE190055 vom 5. Februar 2020, E. III.1 m.w.H.*).

2. Die Vorinstanz hat im Übrigen die geltende Lehre und Rechtsprechung zu den Abänderungsvoraussetzungen für Eheschutzmassnahmen zutreffend dargelegt. Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden (Urk. 31 S. 4 ff.).

3. Im ursprünglichen Eheschutzentscheid vom 17. Dezember 2020 wurde der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin ab 1. Juli 2021 an den Unterhalt und die Betreuung von C._____ monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 930.– (zzgl. Familienzulagen) zu bezahlen (Urk. 4/18 S. 4 Dispositiv-Ziffer 3.3.). Entsprechend der dem Eheschutzentscheid zugrundeliegenden Vereinbarung der Parteien vom 8. Dezember 2020 beruht die Unterhaltsfestsetzung auf einem effektiven Einkommen des Gesuchstellers von Fr. 3'000.– bis 30. Juni 2021 bei einem Arbeitspensum von 70 % und einem hypothetischen Einkommen von Fr. 4'250.– ab dem 1. Juli 2021 bei einem Arbeitspensum von 100 % (Urk. 4/18 S. 5 Dispositiv-Ziffer 3.5.).

4. Zur Begründung seines Abänderungsgesuchs führte der Gesuchsteller im vorinstanzlichen Verfahren zusammengefasst aus, ihm sei Ende Februar 2021 seine Anstellung bei der D._____ AG per Ende März 2021 gekündigt worden. Per 1. April 2022 habe er eine neue Stelle bei der E._____ GmbH gefunden, wobei er

nun lediglich Fr. 2'843.–, zuzüglich Kinderzulagen, verdiene und das bei einem Arbeitspensum von 100 %. Sämtliche Bemühungen, eine besser bezahlte Anstellung zu erhalten, seien gescheitert. Weiter führte der Gesuchsteller aus, dass er nicht etwa einen Willensmangel geltend mache oder ein "caput controversum" neu aufrollen wolle. Letzteres würde voraussetzen, dass er mit der Gesuchsgegnerin über den realistischen Nettolohn ab Juli 2021 verhandelt und einen echten (das hiesse auf gegenseitigen Zugeständnissen beruhenden) Vergleich geschlossen hätte. Dem sei aber nicht so gewesen (Urk. 1 und Urk. 22 S. 3 ff.).

5.

5.1. Die Vorinstanz führte hinsichtlich des Abänderungsgrundes aus, selbst wenn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Unabänderbarkeit von Eheschutzvereinbarungen in Bezug auf ein vereinbartes hypothetisches Einkommen gefolgt würde (BGE 142 III 518 E. 2.6), seien im zu beurteilenden Fall neue, im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung nicht vorhersehbare Tatsachen eingetreten, womit das Eheschutzurteil vom 17. Dezember 2020 einer Abänderung zugänglich sei. Der Gesuchsteller sei im Zeitpunkt des Abschlusses der Trennungsvereinbarung in einem 70 %-Pensum angestellt gewesen. Der entsprechende Arbeitsvertrag datiere vom 30. Juli 2020. Mit diesem Pensum habe der Gesuchsteller ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'000.– erzielt. In der Vereinbarung sei dem Gesuchsteller ausgehend von diesem Einkommen und unter Gewährung einer Übergangsfrist ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'250.– ab dem 1. Juli 2021 angerechnet worden. Die Parteien seien sich einig gewesen, dass der Gesuchsteller sich um eine 100 %-Stelle bemühen müsse und ihm dafür eine Frist bis Ende Juni 2021 zuzugestehen sei. Der Gesuchsteller habe jedoch kurze Zeit nach Abschluss der Vereinbarung seine bisherige Arbeitsstelle verloren; ihm sei Ende Februar 2021 auf Ende März 2021 gekündigt worden (mit Verweis auf Urk. 17/2). Diese Kündigung sei nicht vorhersehbar gewesen. Der Gesuchsteller habe sich danach umgehend um eine andere Arbeitsstelle bemüht und per 1. April 2021 eine Anstellung mit einem 100 %-Pensum gefunden. Damit verdiene er jedoch - zuzüglich Kinderzulagen - netto nur Fr. 2'843.– pro Monat (mit Verweis auf Urk. 22 S. 3 und 13 sowie auf Urk. 2/1-2). Die rasche Kündigung nach der Trennungsvereinbarung sowie der Umstand, dass es ihm

nicht möglich gewesen sei, eine neue Anstellung mit einem höheren Lohn zu finden, stellten neue Tatsachen dar, welche ausserhalb des Spektrums der künftigen Entwicklungen lägen, welche aus Sicht der Parteien im Zeitpunkt der Trennungsvereinbarung möglich erschienen seien (Urk. 31 S. 7 f.).

5.2. Zu den vom Gesuchsteller vorgelegten Suchbemühungen, welche aus Sicht der Gesuchsgegnerin ungenügend seien, sei das Folgende zu bemerken: Beide Parteien stammten aus Syrien. Der Gesuchsteller verfüge über keine abgeschlossene Berufsausbildung. Er verfüge hier in der Schweiz über den Aufenthaltsstatus F als vorläufig aufgenommenem Ausländer. Während des gemeinsamen Zusammenlebens der Parteien habe er - unbestrittenermassen - nie mehr als einen Mindestlohn im Umfang von netto rund Fr. 3'000.- erzielt und dies bei einem Arbeitspensum von 100 % (mit Verweis auf Urk. 22 S. 12 und Urk. 17/1). Die Anstellung bei der D._____ AG ab 1. August 2021 [recte: 2020; vgl. Urk. 17/2] habe diesbezüglich eine Ausnahme dargestellt: Hier habe er dieses Minimaleinkommen mit einem Pensum von 70 % verdient. Diese Stelle habe der Gesuchsteller nach diversen erfolglosen Suchbemühungen (mit Verweis auf Urk. 23/1-8) erhalten. Die Anstellung habe jedoch lediglich sieben Monate gedauert. Es verstehe sich von selbst, dass es sich der Gesuchsteller nach erfolgter Kündigung nicht leisten können, bei der Stellensuche wählerisch zu sein und die Frist gemäss Trennungsvereinbarung für eine 100 %-Stelle mit einem Einkommen von Fr. 4'250.- netto auszureizen. Es wäre lebensfremd anzunehmen, dass der Gesuchsteller bei einer Stellenzusage hätte absagen können, weil der Lohn nicht dem entspreche, was in der Trennungsvereinbarung hypothetisch angenommen worden sei. Mit der Arbeitslosenunterstützung auf dem Lohn der letzten Anstellung hätte er seine Lebenshaltungskosten nicht decken können. Über Rücklagen, auf die er zur Überbrückung hätte zurückgreifen können, habe der Gesuchsteller nicht verfügt. Als vorläufig aufgenommenem Ausländer habe der Gesuchsteller auch keine realistischen Chancen gehabt, bei einer Stellenbewerbung harte Lohnverhandlungen mit den potentiellen Arbeitgebern zu führen; die potentiellen Arbeitgeber für Stellensuchende ohne Ausbildung und mit schlechten Deutschkenntnissen seien es, die den Lohn festsetzten, und den Arbeitssuchenden bleibe nur zu entscheiden, ob die Stelle angenommen werde oder nicht. Vorliegend ha-

be der Gesuchsteller das in seiner konkreten Situation Mögliche getan, um nach seiner Kündigung Ende Februar 2021 per Ende März 2021 rasch eine neue Stelle zu finden. Dass er sich nicht unmittelbar nach dem Antritt der neuen Stelle ab 1. April 2021, sondern erst im Herbst 2021 weiterhin um neue Stellen bemüht habe (mit Verweis auf Urk. 23/9-33), könne ihm vorliegend nicht zum Vorwurf gemacht werden. Der Gesuchsteller habe froh sein müssen, überhaupt eine neue Stelle zu finden, und zudem könne bei einem Arbeitspensum von 100 % bei einer 45-Stunden-Woche mit körperlich anstrengender Arbeit (mit Verweis auf Urk. 2/1) nicht ernsthaft von mangelnder Ausschöpfung seiner Ressourcen gesprochen werden. Die eingereichten Absagen zeigten mit aller Deutlichkeit, dass es für einen Stellensuchenden mit dem Hintergrund des Gesuchstellers sehr schwer sei, eine gut bezahlte Stelle zu finden (Urk. 31 S. 8 f.).

6.

6.1. Die Gesuchsgegnerin rügt, die Vorinstanz habe entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (mit Verweis auf BGer 5A_842/2015 vom 26. Mai 2016) eine Anpassung an wesentliche und dauernde Verhältnisse bezüglich Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden seien, bejaht. Der Gesuchsteller habe anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 8. Dezember 2020 unter Annahme eines hypothetischen Einkommens von Fr. 4'250.– ab Juli 2021 zugestimmt, für den gemeinsamen Sohn ab diesem Datum Unterhalt von Fr. 930.– zu bezahlen, weshalb eine Abänderung des Eheschutzentscheids vom 17. Dezember 2020 zum Vornherein ausgeschlossen sei (Urk. 30 S. 3).

6.2. Der Gesuchsgegnerin ist dahingehend beizupflichten, dass der Stellenverlust des Gesuchstellers vorliegend kein Abänderungsgrund für das Eheschutzurteil vom 17. Dezember 2020 darstellt. Während die vom Gesuchsteller geltend gemachte Einkommensreduktion bis zum 30. Juni 2021 keine Auswirkungen auf die vereinbarten Unterhaltsbeiträge zeitigt, weil diese erst ab dem 1. Juli 2021 geschuldet sind (vgl. Urk. 4/18 S. 4 Dispositiv-Ziffer 3.3), kann sie ab dem 1. Juli 2021 nicht Anstoss einer Anpassung sein, da ab diesem Datum bereits eine Veränderung der Einkommenssituation des Gesuchstellers in der Vereinbarung berücksichtigt wurde. Mit der Vereinbarung eines hypothetischen Einkommens

mens ab dem 1. Juli 2021 wurde die bestehende Unsicherheit in Bezug auf das Einkommen des Beschuldigten beseitigt (sog. caput controversum). Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Geschwänders per Ende März 2021 stellt somit keine unvorhersehbare Änderung der Verhältnisse dar (vgl. BGer 5A_115/2021 vom 4. Oktober 2021, E. 3.2.3.; BGer 5A_276/2021 vom 29. September 2021, E. 4.1.; je mit Verweis auf BGE 141 III 376 E. 3.3.1. m.w.H.).

6.3. Anzufügen ist, dass die Abänderungsklage nicht der Korrektur (Revision) eines allenfalls fehlerhaften Urteils dient (BGE 137 III 604 E. 4.1.1.). Die im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren vorgebrachten Behauptungen des Geschwänders zu seinem Standpunkt, es sei kein echter Vergleich an der Eheschutzverhandlung vom 8. Dezember 2020 zustande gekommen (Urk. 22 S. 3 f. und Urk. 47 S. 3 ff.), vermögen daher nicht zu greifen.

7.

7.1. Weiter reichte der Geschwändler mit Noveneingabe vom 18. Oktober 2022 fünf Arbeitsunfähigkeits-Zeugnisse vom 11., 15. und 24. August 2022 sowie vom 5. und 21. September 2022 ein, die von Dr. med. F. _____ bzw. Dr. med. G. _____ ausgestellt wurden (Urk. 54/1-5). Hierzu macht er geltend, er sei seit Mitte August 2022 wegen Rückenproblemen vollumfänglich arbeitsunfähig (Urk. 52 S. 2). Ausserdem macht er geltend, seine Anstellung bei der E. _____ GmbH sei ihm mit Schreiben vom 29. August 2022 gekündigt worden und er sei seit dem 11. August 2022 beim Regionalen Arbeitsvermittlungsam (RAV) H. _____ angemeldet (Urk. 52 S. 2; Urk. 54/6-7). Angesichts seiner gesundheitlichen Beschwerden sei es fraglich, ab wann er voll vermittlungsfähig sein werde, weshalb seine Anträge in seiner Berufungsantwort vom 27. Juni 2022 gutzuheissen seien (Urk. 52 S. 2).

7.2. Die ersten drei Arztzeugnisse bescheinigen dem Geschwändler eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vom 11. August 2022 bis 5. September 2022 (Urk. 54/1-3). Für die Zeitspanne vom 5. September 2022 bis 20. Oktober 2022 bescheinigt das vierte Arztzeugnis eine 100 % Arbeitsunfähigkeit für den angestammten Beruf im Bereich "Zügelunternehmen" (Urk. 54/4). Dem letzten Arbeits-

unfähigkeits-Zeugnis vom 21. September 2022, welches zuhanden des RAV ausgestellt wurde, kann das Folgende entnommen werden (Urk. 54/5):

"[...]

Aufgrund der medizinischen Problematik besteht bis vorerst zur Nachkontrolle am 20.10.22 eine volle Arbeitsunfähigkeit für ein sehr schweres und schweres Arbeitsplatzbelastungsniveau gemäss Dictionary of occupational titles / DOT. Dementsprechend ist er [der Gesuchsteller] auch im angespannten [recte angestammten] Beruf beim Zügelunternehmen voll arbeitsunfähig bis vorerst am 20.10.22.

Für ein mittelschweres Arbeitsplatzbelastungsniveau gemäss DOT ist er bis zum 20.10.22 vorerst 50 % arbeitsfähig unter Beachtung gewisser Einschränkungen (vgl. Angaben weiter unten).

Für ein sitzendes und leichtes Arbeitsplatzniveau gemäss DOT ist er medizinisch-theoretisch voll arbeitsfähig mit Einschränkungen (keine Kälte- oder Nässeexposition, keine monoton-repetitiven Bewegungsabläufe vom Typ Fließbandarbeit). Idealerweise würde er wechselbelastend eingesetzt.

[...]"

7.3. Die ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit des Gesuchstellers lässt noch nicht den Schluss zu, dass es ihm auch zukünftig nicht möglich sein sollte, eine Tätigkeit bei einem Zügelunternehmen oder eine Tätigkeit mit einem mittelschweren Arbeitsplatzbelastungsniveau aufzunehmen. Hinzu kommt, dass der Gesuchsteller für ein sitzendes und leichtes Arbeitsplatzniveau unter Ausschluss von Tätigkeiten mit Kälte- oder Nässeexposition sowie monoton-repetitiven Bewegungsabläufen als voll arbeitsfähig erklärt wurde. Es ist somit davon auszugehen, dass die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit von vorübergehender Natur ist, weshalb sich hieraus kein Abänderungsgrund für das Eheschutzurteil vom 17. Dezember 2020 ableiten lässt.

7.4. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass der Gesuchsteller zukünftig aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr als Umzugshelfer arbeiten

könnte, bedeutet dies ausserdem nicht bzw. kann den Akten zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht entnommen werden, dass ihm keine anderen Arbeitsmöglichkeiten offenstünden, um das vereinbarungsgemäss festgesetzte hypothetische Einkommen von Fr. 4'250.– zu erwirtschaften.

7.5. Wie bereits vorstehend dargelegt, ist in der Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei der D. _____ AG per Ende März 2021 keine unvorhersehbare Änderung der Verhältnisse mit Blick auf den Eheschutzentscheid vom 17. Dezember 2020 zu sehen (vgl. E. III.6.2.). Aus den gleichen Gründen stellt auch die im Berufungsverfahren neu vorgebrachte Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Geschwänders bei der E. _____ GmbH per Ende August 2022 (Urk. 54/6) keinen Abänderungsgrund für den Eheschutzentscheid vom 17. Dezember 2020 dar.

8.

8.1. Der Erwägung der Vorinstanz, dass eine Abänderung auch bei einem vergleichsweise festgelegten hypothetischen Einkommen zulässig sein müsse, wenn nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür beständen, dass freiwillig und absichtlich auf ein höheres Einkommen verzichtet werde (Urk. 31 S. 6), hält die Geschwändersgegnerin entgegen, der Geschwändler habe sich nicht genügend um eine besser bezahlte Anstellung bemüht (Urk. 30 S. 5).

8.3. Wie der folgenden tabellarischen Auflistung entnommen werden kann, reichte der Geschwändler sowohl im erst- als auch im zweitinstanzlichen Verfahren zahlreiche Unterlagen zu seinen erfolglosen Anstellungsbemühungen ein (Urk. 17/3, 23/1-33 und 41/1-63):

Urk.	Datum	Arbeitgeber/Stellenbeschreib	Dokumentation / weitere Anmerkungen
23/1	1. Januar 2020	I. _____ GmbH	Absage
23/2	10. Januar 2020	J. _____ Apotheke Zürich	Absage
23/3	17. Januar 2020	K. _____ AG/Chauffeur Kt. B	Absage
23/4	20. Januar 2020	L. _____ AG/Lager Mitarbeiter	Absage
23/5	5. Februar 2020	M. _____ ag	Absage
23/6	2. März 2020	N. _____ Transport AG/Chauffeur	Absage
23/7	2. März 2020	O. _____/Chauffeur	Absage/Spontanbewerbung
23/8	30. März 2020	P. _____ GmbH	Absage/Spontanbewerbung
17/3	2. März 2021	Q. _____ Umzug GmbH	Absage/Spontanbewerbung
Urk.	Datum	Arbeitgeber/Stellenbeschreib	Dokumentation / weitere Anmerkungen

17/3	10. März 2021	R.____, Räumungen Umzüge, Reinigungen, Transporte, Gartenbau	Absage/Spontanbewerbung
17/3	16. März 2021	S.____ AG	Absage/Spontanbewerbung
23/9	6. Oktober 2021	N.____ AG	Absage
23/10	4. November 2021	T.____ AG	Absage
23/11	4. November 2021	U.____ AG	Absage/Keine Bewerbung, sondern eine Anmeldung auf einer Stellenvermittlungsplattform
23/12	4. November 2021	V.____ AG/Monteur Metallindustrie	Schreiben der Arbeitgeberin, wonach für die zu vergebende Stelle eine Grundausbildung in der Mechanik benötigt würde. Bei Interesse könne der Gesuchsteller seine Bewerbungsunterlagen einreichen.
23/13	5. November 2021	W.____ AG/Chauffeur	Absage/Hinweis, dass aufgrund der fehlenden Unterlagen die Bewerbung nicht berücksichtigt werden könne.
23/14	5. November 2021	AA.____ AG/Fahrer	Absage
23/15	5. November 2021	AB.____ AG	Absage/Hinweis, dass Profil des Gesuchstellers nicht allen Bereichen der Stelle entspreche.
23/16	8. November 2021	AC.____ gmbh	Absage/Hinweis, dass Erfahrung in der Reinigung erforderlich sei und eine Anstellung mit einem 100 %-Pensum nicht angeboten werden könne.
23/17	9. November 2021	AD.____ AG	Absage
23/18	9. November 2021	AE.____ AG	Absage/Spontanbewerbung
23/19	10. November 2021	AF.____/Chauffeur	Absage
23/20	10. November 2021	AG.____ GmbH/Chauffeur	Absage
23/21	10. November 2021	AH.____ AG	Absage/Spontanbewerbung
23/22	10. November 2021	AI.____ AG	Absage/Spontanbewerbung
23/23	10. November 2021	AJ.____ AG	Absage/Spontanbewerbung
23/24	11. November 2021	AK.____ AG/Chauffeur	Absage
23/25	11. November 2021	AL.____ AG	Absage/Spontanbewerbung
23/26	12. November 2021	AM.____ GmbH	Absage/Spontanbewerbung
23/27	12. November 2021	AN.____ AG	Absage
23/28	16. November 2021	AO.____ AG	Absage
23/29	17. November 2021	AP.____	Absage
23/30	18. November 2021	AQ.____ AG	Absage/Spontanbewerbung
23/31	19. November 2021	AR.____ AG	Absage
23/32	22. November 2021	AS.____ AG	Absage
23/33	22. November 2021	AT.____ Umzüge GmbH	Absage
41/5	6. Januar 2022	AU.____ AG	Absage
41/6	17. Januar 2022	AV.____ AG	Absage
41/7	7. März 2022	AW.____ AG	Absage
41/8	7. März 2022	BA.____ AG	Absage
41/9	7. März 2022	BB.____ GmbH	Absage/Spontanbewerbung
41/10	7. März 2022	BC.____ GmbH	Absage
41/11	8. März 2022	BD.____ AG	Absage
41/12	8. März 2022	BE.____ Fitness AG	Einladung zu einem Bewerbungsgespräch
41/13	8. März 2022	BF.____ GmbH	Absage/Spontanbewerbung
41/14	9. März 2022	BG.____	Absage/Spontanbewerbung
41/15	9. März 2022	BH.____ AG	Absage
41/16	9. März 2022	BI.____ AG	Absage
Urk.	Datum	Arbeitgeber/Stellenbeschreib	Dokumentation / weitere Anmerkungen

41/17	9. März 2022	BJ._____ AG	Mitteilung, dass Bewerbung entgegengenommen worden sei.
41/18	10. März 2022	BK._____ AG	Absage
41/19	10. März 2022	BL._____ AG	Absage/Mit dem Hinweis, die Bewerbung sei unvollständig.
41/20	10. März 2022	BM._____ AG/Chauffeur b	Absage
41/21	10. März 2022	BN._____ Café Restaurant	Absage/Spontanbewerbung
41/22	11. März 2022	BO._____ Hauswartungen AG	Absage
41/23	11. März 2022	BP._____	Absage
41/24	14. März 2022	BQ._____ Tapeten AG	Absage
41/25	15. März 2022	BR._____ Schweiz AG	Bewerbungsschreiben und Absage
41/26	15. März 2022	BS._____ Umzug AG	Absage/Spontanbewerbung
41/27	15. März 2022	BT._____ .ch	Absage
41/28	16. März 2022	L._____ AG/Chauffeur (Kat. B)	Absage
41/29	16. März 2022	BU._____ Umzug GmbH	Absage/Spontanbewerbung
41/30	16. März 2022	BV._____ AG/Chauffeur (Umzugsmitarbeiter)	Absage
41/31	16. März 2022	BW._____ Malerei AG	Absage/Spontanbewerbung
41/32	16. März 2022	CA._____ Malergeschäft	Absage/Spontanbewerbung/In der Absage wird festgehalten, es sei schade, dass der E-Mail kein wirkliches Interesse entnommen werden könne.
41/33	16. März 2022	CB._____ Maler	Absage/Spontanbewerbung
41/34	17. März 2022	CC._____ Textilverwertungs-AG	Absage
41/35	17. März 2022	CD._____ AG	Absage
41/36	17. März 2022	CE._____ Umzüge GmbH	Absage/Spontanbewerbung
41/37	17. März 2022	CF._____ AG	Absage
41/38	18. März 2022	CG._____ Hotel AG	Absage
41/39	22. März 2022	CH._____ AG	Antwortschreiben mit der Anfrage, ob auch eine Bereitschaft bestünde, im Kanton Bern und allenfalls temporär/befristet zu arbeiten.
41/40	22. März 2022	CI._____ Umzüge AG	Absage/Spontanbewerbung
41/41	23. März 2022	CJ._____ Transporte & Umzüge AG	Absage
41/42	23. März 2022	CK._____ GmbH	Absage/Spontanbewerbung
41/43	24. März 2022	CL._____ GmbH	Absage/Spontanbewerbung
41/44	25. März 2022	CM._____ AG (Chauffeur Kat. B)	Absage
41/45	28. März 2022	CN._____ AG	Absage/Spontanbewerbung
41/46	5. April 2022	U._____	Absage/Mitteilung, dass aufgrund der länderspezifischen Baunormen und Arbeitsmethoden eine lokale Berufserfahrung zwingend für eine erfolgreiche Platzierung notwendig sei.
41/47	5. April 2022	CO._____ Schweiz AG	Absage/Hinweis, dass im Auswahlverfahren auf die Länge des Arbeitsweges geachtet werde.
41/48	5. April 2022	CP._____ AG	Absage/Spontanbewerbung/Hinweis, dass Unterlagen für spätere Anstellungsmöglichkeit zurückbehalten würden.
41/49	5. April 2022	N._____ Transport AG	Absage
41/50	7. April 2022	CQ._____ Möbel	Absage
41/51	11. April 2022	L._____ AG	Absage
41/52	12. April 2022	CR._____ Malermeister	Absage
41/53	14. April 2022	CS._____ Maler AG	Absage
41/54	14. April 2022	Hotel CT._____	Absage
41/55	19. April 2022	CU._____ AG	Absage

Urk.	Datum	Arbeitgeber/Stellenbeschreib	Dokumentation / weitere Anmerkungen
41/56	19. April 2022	CV._____ AG	Absage/Hinweis, dass ein gelernter Maler gesucht werde.
41/57	25. April 2022	CW._____ AG	Absage
41/58	26. April 2022	DA._____ AG	Absage
41/59	29. April 2022	DB._____	Absage/Hinweis, dass Unterlagen für spätere Anstellungsmöglichkeit zurückbehalten würden.
41/60	27. Mai 2022	DC._____ AG	Absage
41/61	30. Mai 2022	DD._____ AG	Absage
41/62	31. Mai 2022	DE._____ AG Transporte und Logistik	Absage
41/63	2. Juni 2022	DF._____ AG	Absage/Spontanbewerbung

8.4. Somit weist der Gesuchsteller 95 Absagen als Bewerbungsbemühungen zwischen dem 1. Januar 2020 bis 2. Juni 2022 (29 Monate) aus, was durchschnittlich 3.27 Bewerbungsbemühungen bzw. Absagen pro Monat oder noch nicht einmal einer Bewerbungsbemühung pro Woche entspricht. Kommt hinzu, dass es sich in 22 Fällen nach dem Wortlaut der Absagen um Spontanbewerbungen des Gesuchstellers gehandelt haben muss. Weiter ist anzumerken, dass der Gesuchsteller für die 18 Monate ab 1. Januar 2020 bis zum 1. Juli 2021, dem Zeitpunkt, ab welchem ihm ein hypothetisches Einkommen gemäss Eheschutzurteil vom 17. Dezember 2020 angerechnet wurde, gerade einmal 11 Arbeitssuchbemühungen dokumentierte (Urk. 23/1-8, 27/3 und 23/9). Sodann sind im Jahr 2021 keine Bewerbungsbemühungen in den Monaten April, Mai, Juni, Juli, August, September und Dezember sowie im Jahr 2022 im Monat Februar ersichtlich. Trotz der vermeintlich vielen Absagen kann aufgrund der im monatlichen Durchschnitt geringen Zahl und der Unregelmässigkeit der erfolgten Suchbemühungen in quantitativer Hinsicht nicht davon ausgegangen werden, der Gesuchsteller habe sich hinreichend um eine Anstellung bemüht.

8.5. Ausserdem erschliesst sich anhand der eingereichten Unterlagen nicht, dass in qualitativer Hinsicht ausreichende Suchbemühungen des Gesuchstellers erfolgten, um das festgesetzte hypothetische Einkommen zu erlangen. Der Erfolg der Stellensuche steht oftmals im direkten Zusammenhang mit den eingereichten Bewerbungsunterlagen. Hierzu zählen nebst einem vollständigen Lebenslauf auch ein auf die ausgeschriebene Stelle passendes Motivationsschreiben sowie die notwendigen schulischen, beruflichen und persönlichen Bescheinigungen des Bewerbers. Ferner ist die Stellenausschreibung einzureichen, sollte es sich nicht

um eine Spontanbewerbung handeln, damit überprüft werden kann, ob der Stellensuchende die erforderlichen Anstellungsvoraussetzungen tatsächlich erfüllt. Der anwaltlich vertretene Gesuchsteller reichte aber keine einzige seiner vorgebrachten Bewerbungen vollständig dokumentiert ein. Anhand der Absagen, des eingereichten Lebenslaufs sowie seiner drei Musterbriefe für Bewerbungen als Hilfsmaler, Chauffeur und Umzugshelfer (Urk. 41/1-4) kann nicht abschliessend überprüft werden, ob sich der Gesuchsteller ernsthaft um eine entsprechende Arbeitsstelle bemüht hat. Zuweilen ist den eingereichten Unterlagen noch nicht einmal zu entnehmen, dass eine Absage auf die Bewerbung des Gesuchstellers erfolgte (vgl. Urk. 41/12, Urk. 41/17 und Urk. 41/39). Eine Absage äussert sich gar dahingehend, dass die Bewerbung des Gesuchstellers aufgrund fehlender Unterlagen nicht berücksichtigt werden könne (Urk. 23/13). In einer anderen Absage wird festgehalten, es könne kein wirkliches Interesse des Gesuchstellers festgestellt werden (Urk. 41/32). Folglich kann auch in qualitativer Hinsicht nicht geschlossen werden, der Gesuchsteller habe sich hinreichend um eine besser bezahlte Anstellung bemüht.

9.

9.1. Vor diesem Hintergrund ist entgegen der Ansicht der Vorinstanz das Vorliegen eines Abänderungsgrundes zu verneinen. Die Berufung der Gesuchsgegnerin ist gutzuheissen. Das Begehren des Gesuchstellers um Abänderung der mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirks Zürich vom 17. Dezember 2020 genehmigten Unterhaltspflicht ist abzuweisen.

9.2. Nach dem Gesagten müssen die weiteren Einwendungen der Gesuchsgegnerin gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheid nicht mehr geprüft werden.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1.

1.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie

auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO).

1.2. Die Parteien äusserten sich hinsichtlich Kosten- und Entschädigungsregelung lediglich zu deren Verteilung (Urk. 30 S. 2; Urk. 47 S. 2 und 10). Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 2'572.50 (Fr. 2'250.– Entscheidgebühr und Fr. 322.50 Dolmetscherkosten; Urk. 31, Dispositiv-Ziffer 2) wurden bezüglich ihrer Höhe nicht gerügt. Sie entsprechen zudem den gesetzlichen Vorgaben (vgl. Art. 95 Abs. 2 ZPO, § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG) und sind zu bestätigen.

1.3. Die Kostenfolge richtet sich nach Obsiegen und Unterliegen. Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei und damit dem Gesuchsteller aufzuerlegen, wobei sie zufolge der ihm vorinstanzlich gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Urk. 20 S. 4 Dispositiv-Ziffer 2) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

1.4. Zudem ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für das erstinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3 und § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV eine volle Parteientschädigung von Fr. 4'200.– zuzüglich eines Mehrwertsteuerzuschlag von rund Fr. 325.– (vgl. Urk. 26 S. 2), also total Fr. 4'525.– zu bezahlen.

2.

2.1. Der unterliegende Gesuchsteller ist auch für das vorliegende Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist unter Berücksichtigung der durchgeführten Vergleichsverhandlung (Prot. S. 3 f.) in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 2 lit. b i.V.m. § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Als weitere Gerichtskosten kommen die Dolmetscherkosten von Fr. 435.– hinzu (Prot. S. 4; Urk. 45). Zuzugle der dem Gesuchsgegner gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Urk. 20 S. 4 Dispositiv-Ziffer 2) sind die Gerichtskosten

einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO.

2.2. Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 3'400.– zuzüglich rund Fr. 262.– (7.7 % Mehrwertsteuer; Urk. 26 S. 2), also total Fr. 3'662.– festzusetzen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 16. Februar 2022 aufgehoben und die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren (Dispositiv-Ziffer 2) werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzlichen Gerichtskosten werden auf Fr. 3'435.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten beider Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt, jedoch zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet der Gesuchsgegnerin für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'525.– zu bezahlen.
6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet der Gesuchsgegnerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'662.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchsgegnerin unter Beilage der Doppel von Urk. 47, 48, 49/1-2, 52, 53 und 54/1-7, 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. November 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. O. Hug

versandt am:
ya