

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130043-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil

Beschluss und Urteil vom 9. Juli 2014

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 14. November 2013, Proz. FE130059

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien sind seit dem tt. August 1996 verheiratet. Sie haben zwei gemeinsame Söhne, C._____, geboren am tt.mm.1997, und D._____, geboren am tt.mm.2000 (act. 5/2). Im Rahmen des Eheschutzverfahrens vereinbarten die Parteien am 7. Januar 2010 unter anderem, dass der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) der Klägerin ab dem 1. Juli 2010 monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'400.– bezahlt, davon Fr. 1'400.– für sie persönlich und Fr. 1'000.– für jedes Kind, zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen. Weiter verpflichtete sich der Beklagte, der Klägerin für ihren persönlichen Unterhalt jedes Jahr Fr. 3'350.– jeweils per 31. Mai und Fr. 4'100.– per 31. Dezember zu bezahlen (act. 5/7/13 und 14, Ziffer 4).

1.2. Mit Eingabe vom 11. April 2013 erhob die Klägerin beim Einzelgericht am Bezirksgericht Hinwil (fortan Vorinstanz) die Scheidungsklage (act. 5/1). Die Parteien wurden zur Einigungsverhandlung auf den 20. Juni 2013 vorgeladen (act. 5/8). Am 20. Juni 2013 schlossen die Parteien eine Teilscheidungskonvention (act. 5/21, Prot. I S. 5). Sodann beantragte der Beklagte im Rahmen vorsorglicher Massnahmen die Abänderung der Eheschutzmassnahmen (Prot. I S. 6). Aus diesem Grund wurde zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf den 19. September 2013 vorgeladen (act. 5/24). An dieser Verhandlung stellte der Beklagte das folgende Rechtsbegehren (act. 5/35 S. 1):

1. Ziff. 4 der Eheschutzverfügung vom 7. Januar 2010 sei rückwirkend (so weit möglich, sicher aber per Stellung des Begehrens am 20. Juni 2013) vollumfänglich aufzuheben und der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für sich und die Kinder der Parteien angemessene Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zu Lasten der Klägerin.

Die Klägerin beantragte die Abweisung des Begehrens des Beklagten um Abänderung der Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten (act. 5/37). In der Be-

gründung verwies die Klägerin überdies auf ihre Begehren, wonach der Beklagte diverse Unterlagen zu edieren habe (act. 5/37 S. 2 mit Verweis auf act. 5/15).

1.3. Am 14. November 2013 erliess die Vorinstanz folgendes Urteil betreffend vorsorglicher Massnahmen (act. 3/1 = 4 = 5/42 S. 26):

1. Die Editionsbegehren der Gesuchsgegnerin werden im Rahmen dieses Massnahmeverfahrens abgewiesen.
2. Der Gesuchsteller wird in Abänderung von Ziff. 4 der mit eheschutzrichterlicher Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 7. Januar 2010 genehmigten Konvention verpflichtet, der Gesuchsgegnerin ab 1. Juli 2013 monatliche Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 1'770.– zu bezahlen (Fr. 470.– für sie persönlich und Fr. 650.– für jedes Kind, zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen), zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, unter Anrechnung bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge für die Zeit ab 1. Juli 2013.

Der Gesuchsteller wird zudem verpflichtet, die notwendigen Mitwirkungshandlungen zur Erhältlichmachung des Korporationsbeitrags vorzunehmen und der Gesuchsgegnerin alljährlich nach dessen Erhalt innert 10 Tagen die Hälfte des Beitrags für ihren persönlichen Unterhalt zu überweisen. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin unaufgefordert Kopien über den Zeitpunkt und die Höhe der Auszahlung des Korporationsbeitrags zuzustellen.

3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.

[4./5. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung]

1.4. Dagegen erhob die Klägerin mit Eingabe vom 5. Dezember 2013 fristgerecht Berufung beim Obergericht. Sie stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2 f.):

1. Dispositivziffern 1 und 2 des Urteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 14. November 2013 seien aufzuheben und durch folgende Fassungen zu ersetzen:

" 1. Das Begehren des Gesuchstellers um Abänderung der eheschutzrichterlichen Verfügung des Bezirksgerichtes Hinwil vom 7. Januar 2010 wird abgewiesen.

2. (Ersatzlos zu streichen.)"

Eventualiter sei das Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 14. November 2013 gänzlich aufzuheben und es sei folgende Verfügung zu erlassen:

"Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem Gericht innert 10 Tagen folgende Unterlagen einzureichen:

- Lohnausweise 2010, 2011 und 2012
- Kündigungsschreiben betreffend der E. _____ AG
- Abrechnungen und Verfügungen der Arbeitslosenkasse 2013

Sollten die verlangten Unterlagen nicht eingehen, so wird dies im Sinne von Art. 164 ZPO berücksichtigt."

Erst nach Ablauf der gesetzten Frist sei der Entscheid über die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen zu fällen.

Subeventualiter sei Dispositivziffer 2 Abs. 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 14. November 2013 wie folgt abzuändern:

"Der Gesuchsteller wird in Abänderung von Ziff. 4 der mit eheschutzrichterlicher Verfügung des Bezirksgerichtes Hinwil vom 7. Januar 2010 genehmigten Konvention verpflichtet, der Gesuchsgegnerin ab 1. Juli 2013 monatliche Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'233.– zu bezahlen (Fr. 1'233.– für sie persönlich und Fr. 1'000.– für jedes Kind, zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen), zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, unter Anrechnung bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge für die Zeit ab 1. Juli 2013."

Subsubeventualiter sowie im Falle einer Mankosituation der Berufungsklägerin sei Dispositivziffer 2 Abs. 2 Satz 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 14. November 2013 wie folgt abzuändern:

"Der Gesuchsteller wird zudem verpflichtet, die notwendigen Mitwirkungshandlungen zur Erhältlichmachung des Korporationsbeitrages vorzunehmen und der Gesuchsgegnerin alljährlich nach dessen Erhalt innert 10 Tagen den gesamten Betrag, **eventualiter 2/3 desselben** für ihren persönlichen Unterhalt zu überweisen. (Satz 2 unverändert)"

2. Ziffer 3 des Urteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 14. November 2013 sei wie folgt abzuändern:

"Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchstellers; die Festlegung der entsprechenden Kostenfolgen erfolgt mit dem Endentscheid."

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%) zu Lasten des Berufungsbeklagten.

Prozessual beantragte die Klägerin, der Berufung sei die aufschiebende Wirkung für die Vollstreckung von Dispositivziffer 2 des angefochtenen Entscheides zu gewähren und es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie Dr. iur. X. _____ als unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen (act. 2 S. 4).

1.5. Mit Beschluss vom 6. Januar 2014 wurde der Antrag der Klägerin auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wurde gutgeheissen und Dr. iur. X. _____ wurde ihr als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Sodann wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 6).

Mit Schreiben vom 8. Januar 2014 stellte der Beklagte ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung. Mit Eingabe vom 20. Januar 2014 nahm er sodann fristgerecht zur Berufung Stellung. Er beantragte vollumfängliche Abweisung der Berufung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt) zulasten der Klägerin (act. 10).

Die Berufungsantwort wurde der Klägerin am 26. Mai 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 15), woraufhin diese mit Eingabe vom 16. Juni 2014 dazu Stellung nahm. Diese Eingabe wurde dem Beklagten am 20. Juni 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 21).

1.6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-50). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Zur Berufung

2.1. Vorab zu bemerken ist, dass das Anfechtungsobjekt zwar mit Urteil betitelt ist, es sich dabei jedoch vielmehr um eine Verfügung handelt. Ein Entscheid ergeht lediglich dann in der Form eines Urteils, wenn das Gericht eine Sache materiell entscheidet (§ 135 Abs. 1 GOG). Die Sache ist die strittige Angelegenheit, d.h. vorliegend die Scheidung. Entsprechend kommt die Form des Urteils nur für den Endentscheid des Verfahrens in Frage. Ergehen im Rahmen des Scheidungsverfahrens Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, handelt es sich hierbei – selbst wenn die Begehren materiell beurteilt werden – um Entscheide im Sinne von § 135 Abs. 2 GOG und damit um Verfügungen. Die falsche Bezeichnung ändert jedoch nichts an der Gültigkeit des Entscheids bzw. an der Zulässigkeit des Rechtsmittels.

2.2. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit Berufung können sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt.

Im Rahmen der Begründung hat die Berufungsklägerin sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinander zu setzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (ZK ZPO-REETZ/THEILER, 2. Aufl., Art. 311 N 36). Neue Behauptungen und neue Beweismittel sind nur noch zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt vor erster Instanz nicht vorgebracht werden konnten, und wenn sie der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 ZPO).

2.3. Die Klägerin bringt zu ihren Anträgen in Ziffer 1 im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Abänderungsgrund angenommen. Sie beanstandet, dass die Vorinstanz nicht geprüft habe, ob der Beklagte die bisherigen gut bezahlten Stellen durch sein Verhalten verloren habe, er sich ernsthaft um eine Arbeitsstelle mit einem Lohn in der bisherigen Höhe bemüht habe und eine Stelle mit einem Lohn wie an den Stellen in den Jahren 2010 bis 2013 möglich und zumutbar sei. Ausserdem habe die Vorinstanz vorwiegend auf die mündlichen Ausführungen des Beklagten abgestellt, ohne Unterlagen edieren zu lassen. Überdies weise die vorinstanzliche Einkommens- und Bedarfsrechnung diverse Mängel auf, namentlich bezüglich der Mietkosten des Beklagten sowie der Gesundheitskosten (act. 2 S. 6 ff.). Damit ist die Voraussetzung der Begründung in Bezug auf die Anträge in Ziffer 1 des Rechtsbegehrens grundsätzlich erfüllt, weshalb insoweit darauf einzutreten ist.

Hingegen führt die Klägerin nicht aus, was an der – bei vorsorglichen Massnahmen üblichen – Erwägung der Vorinstanz sowie der entsprechenden Dispositivziffer 3, wonach erst im Endentscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen

des Verfahrens um vorsorgliche Massnahmen befunden werde, falsch sein soll. Aus diesem Grund ist auf den Antrag in Ziffer 2 nicht einzutreten.

3. Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren

3.1. Das Gericht trifft im Scheidungsverfahren die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Hat bereits das Eheschutzgericht Massnahmen angeordnet, dauern diese während dem Scheidungsverfahren fort. Für die Aufhebung oder die Abänderung solcher Massnahmen ist das Scheidungsgericht sachlich zuständig (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Inhaltlich sind für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, d.h. Art. 172 ff. ZGB, sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Für die Frage, ob bestehende Massnahmen abgeändert oder aufgehoben werden können, ist somit Art. 179 ZGB massgebend. Nach Art. 179 ZGB (in seiner ab 1. Juli 2014 geltenden Fassung, die im Wesentlichen der bisherigen Regelung entspricht) können Massnahmen angepasst oder aufgehoben werden, wenn sich die Verhältnisse ändern oder ihr Grund weggefallen ist. Die Bestimmungen über die Änderung der Verhältnisse bei Scheidung gelten dabei sinngemäss. Eine Änderung ist folglich möglich, wenn eine wesentliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist oder die tatsächlichen Annahmen, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Ferner ist eine Änderung angebracht, wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheides einer Abänderung entgegen. Eine Abänderung ist ausserdem dann ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006 Erw. 3 mit zahlreichen Hinweisen, Zusammenfassung in: FamPra 2007 S. 373; FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, 2. Auflage 2011, Anh. ZPO Art. 276 N 8 f.).

Liegt ein Abänderungsgrund bezüglich der Unterhaltsbeiträge vor, muss die gesamte Berechnung für beide Ehegatten durchgeführt werden, und zwar mit dem aktuellen Einkommen und den aktuellen Notbedarfspositionen, steht doch nicht

von vornherein fest, ob sich Änderungen nicht allenfalls gegenseitig aufheben. Die Neuberechnung hat sich jedoch an den im abzuändernden Entscheid vorgenommenen Wertungen zu orientieren. Davon darf nur in Ausnahmefällen abgewichen werden (OGer ZH LQ100089 vom 16. November 2012 Erw. 7.4 und 7.5).

3.2. Über vorsorgliche Massnahmen ist – unter Vorbehalt der Art. 272 und 273 ZPO – im summarischen Verfahren im Sinne der Art. 248 ff. ZPO zu entscheiden (vgl. Art. 271 lit. a i.V.m. Art. 276 ZPO). Es soll in einem raschen Verfahren – ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung – eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/ LEUENBERGER, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 276 N 1 und 17). Das Gericht muss somit nicht von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt sein, es reicht aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (BGer 5A_117/2010 vom 5. März 2010 Erw. 3.3).

Im Verfahren gilt sodann Art. 272 ZPO, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Die Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht, zur Sammlung des Prozessstoffes beizutragen (FamKomm Scheidung/VETTERLI, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 272 N 1). Das Gericht kann auch Tatsachen berücksichtigen, die verspätet vorgebracht wurden (BSK ZPO-SIEHR/BÄHLER, Art. 272 N 1). Sind Kinderbelange betroffen, erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und es ist auch nicht an die Parteianträge gebunden (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Jedoch entbindet auch die Untersuchungsmaxime die Parteien nicht von ihrer Mitwirkungspflicht (BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 3.2.). Diese Pflicht drängt sich sodann umso mehr auf, wenn der Schuldner eine Herabsetzung des von ihm geschuldeten Unterhaltsbeitrags erreichen will (BGE 128 III 411 = Pra 92 [2003] Nr. 5).

4. Abänderungsgrund

4.1. Die Ausgangssituation ist folgende: Vor bzw. bei der Trennung der Parteien im August 2009 erzielte der Beklagte als Gipser/Polier bei der F._____ AG ein Einkommen von brutto Fr. 6'630.– (act. 5/7/12/6). Per Januar 2010 übernahm der Beklagte eine neue Anstellung als Projektleiter bei der E._____ AG, wobei er einen Bruttolohn von Fr. 9'500.– erzielte (act. 5/7/12/7). Dieser Lohn bildete die Basis der Unterhaltsberechnung im Eheschutzverfahren. Nach sieben Monaten wurde dieses Arbeitsverhältnis durch den Arbeitgeber gekündigt. Nach einigen Monaten Arbeitslosigkeit fand der Beklagte per 2. Mai 2011 eine Anstellung bei G._____ AG als Bauleiter, wobei er monatlich brutto Fr. 8'250.– verdiente (act. 5/36/2a). Diese Stelle wurde ihm per Ende Februar 2013, d.h. nach einer Anstellungsdauer von knapp zwei Jahren, gekündigt. Nach zwei Monaten Arbeitslosigkeit nahm er eine Anstellung als Gipser bei der H._____ GmbH an, einem Unternehmen, das einem Kollegen von ihm gehört. Hierbei erzielt er ein Einkommen von brutto Fr. 5'400.– (act. 5/28/1). Damit ist sein Lohn heute wesentlich tiefer als jener, welcher der Unterhaltsberechnung im Eheschutzverfahren zugrunde lag.

4.2. Es stellt sich die Frage, ob der Beklagte den Verlust der Stelle als Projektleiter bei der E._____ AG bzw. der Stelle als Bauleiter bei der G._____ AG durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt hat. In einem solchen Fall wäre ein Abänderungsgrund nämlich zu verneinen und – unbesehen der heutigen Verhältnisse – die Unterhaltsbeiträge gemäss der Eheschutzverfügung vom 7. Januar 2010 zu belassen.

4.2.1. Die Vorinstanz erwog zunächst zum Editionsbegehren der Klägerin, dass das Arbeitszeugnis sowie der Arbeitsvertrag mit der G._____ AG inzwischen eingereicht worden seien. Die Einkommensverhältnisse liessen sich anhand der bereits im Recht liegenden Unterlagen im Wesentlichen nachvollziehen. Die Edition weiterer Kündigungsschreiben, Bewerbungen des Beklagten und Unterlagen der Arbeitslosenkasse erscheine als nicht erforderlich, um das Vorliegen eines Abänderungsgrundes zu beurteilen, zumal der Beklagte zu diesen Themenkreisen im Rahmen der persönlichen Befragung weitere Auskünfte gegeben habe. Ausser-

dem genüge es im vorliegenden Verfahren, die tatsächlichen Begebenheiten glaubhaft zu machen. Im Massnahmeverfahren könne deshalb darauf verzichtet werden, die weiter beantragten Beweismittel einzuholen (act. 3/1 = 4 = 5/42 S. 4 f.).

Weiter erwog die Vorinstanz, dass es im Lichte des zeitlichen Ablaufs zu kurz greife, wenn die Klägerin nun geltend mache, beim letzten Stellenwechsel handle es sich um ein scheidungstaktisches Manöver. Zu beachten sei nämlich, dass der Beklagte nach der Trennung im Sommer 2009 noch zwei gutbezahlte Stellen als Projektleiter bzw. Bauleiter gehabt habe, wobei aber beide Anstellungen nicht besonders lange gedauert hätten. Dies scheine ein Hinweis darauf zu sein, dass der Beklagte es längerfristig nicht schaffen dürfte, in diesem besser bezahlten Bereich der Baubranche Fuss zu fassen. Ein widerrechtliches oder rechtsmissbräuchliches Verhalten sei unter diesen Umständen in den häufigen Stellenwechsel nicht zu erblicken (act. 3/1 = 4 = 5/42 S. 8).

4.2.2. Die Klägerin rügt, dass die Vorinstanz unberücksichtigt liess, dass der Beklagte keine Unterlagen vorgelegt habe, die dartun würden, dass er die gut bezahlten Stellen unverschuldet verloren habe. Dies sei zu seinen Ungunsten zu würdigen und es sei davon auszugehen, dass der Beklagte die Stellenverluste selbst verschuldet habe. Dies umso mehr, weil die vorhandenen Unterlagen klar festhalten würden, dass es aufgrund des Verschuldens des Beklagten zur Kündigung gekommen sei. Auch habe der Beklagte die Gründe für die Auflösung der Arbeitsverhältnisse nicht vollständig offengelegt (act. 2 S. 2 f., vgl. auch act. 18 S. 3).

Dem hält der Beklagte entgegen, dass er sämtliche wesentlichen Unterlagen eingereicht habe. Die Kündigung der E. _____ AG könne er erst jetzt einreichen (act. 11/8), weil er diese zuvor beim RAV Solothurn abgegeben habe und zunächst wieder habe einfordern müssen. Ausserdem habe er sich konkret zu den Gründen der Kündigung geäussert. Wenn die Klägerin mehr hätte wissen wollen, hätte sie bei der persönlichen Befragung entsprechende Ergänzungsfragen stellen können. Überdies macht der Beklagte weitere Ausführungen zum Grund der

Kündigung seitens der E._____ AG. Diese Gründe würden – so der Beklagte – weder im Arbeitszeugnis stehen noch in der Kündigung notiert (act. 10 S. 3 f.).

4.2.3. Bei den beiden Stellenverlusten wurde die Kündigung seitens des Arbeitgebers ausgesprochen (Prot. I S. 15 f., act. 11/8 und act. 5/36/4). Eine Kündigung des Arbeitgebers gründet regelmässig im Verhalten des Arbeitnehmers, abgesehen von einer Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen. Jedoch hat nicht jede Kündigung, die der Arbeitnehmer mit seinem Verhalten "verschuldet" hat, zur Folge, dass familienrechtlich von eigenmächtigem, widerrechtlichem, mithin rechtsmissbräuchlichem Verhalten auszugehen ist. Hierfür bräuchte es zusätzliche Elemente, namentlich Hinweise auf die Absicht der Umgehung von familienrechtlichen Verpflichtungen. Konkrete Anhaltspunkte für eine solche Absicht oder für die Provokation der Kündigung durch mutwilliges negatives Verhalten des Beklagten fehlen vorliegend. Auch versprechen die von der Klägerin zur Edition verlangten Urkunden (act. 33 S. 10) diesbezüglich keine sachdienlichen Hinweise. Soweit die Klägerin die Edition des Kündigungsschreibens der E._____ AG verlangt, ist das Begehren nun gegenstandslos geworden. Denkbar wäre eventuell, dass die früheren Vorgesetzten allenfalls gewisse Aussagen machen können – zwar nicht zur Absicht, zumindest aber zum Eindruck von mutwillig negativem Verhalten –, doch drängt sich mangels diesbezüglicher Anhaltspunkte eine Zeugeneinvernahme nicht auf. Anzumerken ist, dass bezüglich der Stelle als Projektleiter bei der E._____ AG auch das Verhalten nach der Kündigung gegen eine Provokation der Kündigung zur Umgehung familienrechtlicher Pflichten spricht: Nach der Arbeitslosigkeit nahm der Gesuchsteller eine neue Stelle in ebenfalls höherer Funktion mit einem etwas tieferen Lohn an und stellte kein Abänderungsbegehren bezüglich der Unterhaltsbeiträge. Es ist somit der Vorinstanz zuzustimmen, dass es sich bei den Stellenverlusten nicht um ein scheidungstaktisches Manöver handelt und die Edition weiterer Unterlagen nicht erforderlich ist.

4.3. Liegt kein eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten vor, stellt sich – bevor auf das heutige, effektiv erzielte Einkommen abgestellt wird – die Frage nach der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, hat die gesetzliche Unterhaltspflicht doch zur Folge, dass der Pflichtige al-

les Zumutbare unternehmen muss, um das erforderliche Einkommen zu generieren. Dem Unterhaltsverpflichteten kann nämlich – selbst bei unverschuldeter Einkommensverminderung – ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, wenn er bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte als er effektiv verdient (BGer 5A_299/2012 vom 21. Juni 2012). Eine Anrechnung von hypothetischem, höheren Einkommen hat keinen pönalen Charakter. Es geht vielmehr darum, dass der Unterhaltspflichtige das Einkommen zu erzielen hat, das ihm zur Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich möglich und zumutbar ist (BGE 128 III 4, E. 4a).

4.3.1. Die Vorinstanz erwog, es sei nicht zu beanstanden, dass der Beklagte sich um eine Stelle in seinem angestammten Berufsfeld als Gipser bemüht habe, anstatt weiter auf eine Anstellung als Bauführer bzw. Projektleiter zu hoffen. Es entspreche der allgemeinen Erfahrung, dass das RAV Arbeitslose dazu dränge, möglichst rasch eine neue Stelle anzutreten. Unbestrittenermassen verfüge der Beklagte nicht über eine Ausbildung als Polier, Bauführer oder Projektleiter. Der Beklagte habe glaubhaft dargelegt, dass er sich auf die einzige ausgeschriebene Stelle als Projekt- bzw. Bauleiter beworben, diese aber nicht bekommen habe, weil es anlässlich seiner früheren Arbeitstätigkeit für dieselbe Firma zu einem Streit gekommen sei. Zudem habe sich der Beklagte auf eine Stelle als Bauführer beworben, obschon sie nicht seinen Qualifikationen entsprach. Damit zeige der Beklagte nachvollziehbar auf, dass er sich anfangs sogar um eine Anstellung in seinem bisherigen Tätigkeitsfeld bemüht und die Stellensuche nicht zum Vornherein auf den Gipserberuf beschränkt habe. Seine Ausbildung könne er zur Zeit nicht abschliessen, da er hierfür zunächst die Stelle wechseln müsste, was für sein wirtschaftliches Fortkommen nicht förderlich wäre. Zwar müsse ein Unterhaltsverpflichteter seine Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, jedoch gehe dies nicht so weit, dass von ihm eine Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit verlangt würde, indem er eine Zusatzausbildung absolviere. Der Beklagte könne somit nicht verpflichtet werden, die begonnene berufsbegleitende Ausbildung für einen Beruf abzuschliessen, für dessen Ausübung er sich offensichtlich ungeeignet fühle. Der Beklagte arbeite heute in einem 100%-Pensum auf seinem erlernten Beruf. Da er unstrittig nicht über eine abgeschlossene Vorarbeiterausbildung verfü-

ge, sei der entsprechende Mindestlohnansatz des GAV für Vorarbeiter nicht anwendbar. Der Mindestlohn für Berufsarbeiter sei tiefer und der vom Beklagten erzielte Lohn klar darüber. Zugleich sei er aber deutlich tiefer als der Monatslohn, welcher der Eheschutzvereinbarung zugrunde liege. Damit sei ein Abänderungsgrund gegeben (act. 3/1 = 4 = 5/42 S. 5 ff.).

4.3.2. Die Klägerin beanstandet, dass der Beklagte weder behauptet noch belegt habe, dass es keine Stellen im bisherigen Tätigkeitsbereich des Beklagten gegeben hätte. Auch sei kein relevanter Grund geltend gemacht worden, wonach eine weitere Tätigkeit als Bauführer oder zumindest als Polier oder Vorgesetzter zumutbar sei. Stattdessen habe die Vorinstanz angenommen, der Beklagte sei überfordert gewesen. Der Abmahnung lasse sich entnehmen, dass die Leistungen des Beklagten "in letzter Zeit" zu wünschen übrig gelassen hätten. Bis dahin sei somit von besseren, mindestens zufriedenstellenden Leistungen auszugehen. Eine Überforderung könne nicht angenommen werden. Sie schloss, dass es für den Beklagten zumutbar und möglich sei, wiederum eine Stelle als Bauführer zu suchen und anzunehmen. Hinzu komme, dass die Arbeitslosenentschädigung höher gewesen wäre als der Lohn bei der H._____ GmbH (act. 2 S. 10 ff.).

Der Beklagte bringt zur Zumutbarkeit und zur Möglichkeit eines höheren Einkommens vor, es wäre nicht an ihm, die Nichtmöglichkeit eines höheren Einkommens zu beweisen, handle es sich doch um eine negative Tatsache. Sodann habe er weder die Ausbildung zum Polier noch zum Bauführer abgeschlossen. Er sei gelernter Gipser. Bei sorgfältiger Betrachtung sehe man, dass keine Stellen in dem Arbeitsbereich offen seien, in welchem er nach Aufnahme des Getrenntlebens tätig gewesen sei. Die Klägerin sei verspätet mit dem Versuch, entsprechende Stellen nachzuweisen, und sie vermöge damit den Nachweis ohnehin nicht zu erbringen. Da faktisch keine solche Jobs bestünden, seien Überlegungen bezüglich der Suchbemühungen obsolet. Er habe die Weisung vom RAV erhalten, einen Job in seinem angestammten Bereich, als Gipser eben, anzunehmen (act. 10 S. 3 ff.).

4.3.3. Die Annahme des Beklagten zur "Beweislast" ist unzutreffend: Verlangt der Unterhaltsschuldner in einem Abänderungsprozess die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge, hat er die tatbeständlichen Voraussetzungen glaubhaft zu machen,

aus denen auf die Abänderbarkeit des rechtskräftigen Entscheides bzw. auf den (teilweisen) Untergang des Unterhaltsanspruchs der Unterhaltsberechtigten geschlossen werden muss. Somit ist es am Beklagten, glaubhaft zu machen, dass sein Einkommen unwiederbringlich gesunken ist (BGer 5A_299/2012 vom 21. Juni 2012).

Dem Schluss der Vorinstanz, es sei glaubhaft, dass die Arbeit als Projekt- oder Bauleiter die Möglichkeiten des Beklagten übersteige, ist zuzustimmen. Nach zwei missglückten Versuchen in deutlichen höheren Positionen, musste der Beklagte nicht abermals nach einer solchen Stelle suchen. Entsprechend kann auch offen bleiben, ob es solche gab. Der Beklagte hatte jedoch vor der Trennung der Parteien ebenfalls eine gewisse Kaderfunktion inne, war er doch als Gipser/Polier angestellt und verdiente er damals auch mehr als heute. Dass er in dieser Funktion überfordert gewesen wäre, behauptet er nicht. Davon ist auch nicht auszugehen, hat er doch diese Stelle verlassen, um in einer noch höheren Funktion tätig zu sein. Es fehlen genügende Behauptungen, geschweige denn Belege, welche dartun würden, dass der Beklagte nach einer solchen Stelle gesucht, jedoch nicht gefunden bzw. erhalten habe. Suchbemühungen sind keine belegt; Bewerbungen und Absageschreiben fehlen gänzlich. Auch sind seine Ausführungen zu den Suchbemühungen unklar, sagt er doch einmal 15 Bewerbungen pro Monat geschrieben zu haben und an anderer Stelle, es wären insgesamt 10 Bewerbungen gewesen (Prot. I S. 16 und S. 20). Auch genügt die Anweisung des Mitarbeiters des RAV aus familienrechtlicher Sicht nicht, um eine Anstellung in einem tieferen Lohnsegment ohne Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu rechtfertigen. Damit hat der Beklagte es unterlassen bzw. es ist ihm nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass sein Einkommen unwiederbringlich gesunken ist, und ihm nichts anderes übrig blieb, als bereits nach zwei Monaten Arbeitslosigkeit – notabene mit einer höheren Entschädigung als dem heute erzielten Lohn – eine Stelle in seinem angestammten Beruf gänzlich ohne höhere Funktion anzunehmen. Auch die fehlende Ausbildung als Polier steht dem nicht entgegen, hatte der Beklagte doch bereits eine solche Anstellung (sowie auch in noch höheren Funktionen) unbestrittenermassen auch ohne Ausbildung inne. Aus diesem Grund ist ihm ein hypothetisches Einkommen im Rahmen der Tätigkeit als Gipser/Polier

anzurechnen. Somit ist von einer Stellung im unteren Kader auszugehen, und nicht – wie von der Klägerin angenommen (act. 5/16/19) – im mittleren oder oberen Kader.

Vor der Trennung verdiente der Beklagte durchschnittlich netto rund Fr. 6'500.–. Dieser Betrag ergibt sich aus den Lohnabrechnungen Januar 2009 bis September 2009 (act. 5/7/12/6), ohne Berücksichtigung von Kinderzulagen, Spesen und Amortisation Autokauf, aber inklusive 13. Monatslohn, dessen Bestand sich aus dem GAV und dem Jahreslohn 2008 ergibt. Versetzungsentschädigung und Überstundenauszahlungen sind – entgegen der Annahme des Beklagten (act. 10 S. 3) – als Lohn zu berücksichtigen. Diese Einkommenshöhe wird durch die Steuererklärung des Vorjahres gestützt (act. 5/7/2/28), wonach der Beklagte im Jahr 2008 insgesamt ein Einkommen von Fr. 84'980.– erzielte, was ohne Kinderzulagen netto Fr. 6'681.70 pro Monat entspricht, wobei jedoch unklar bleibt, ob hierbei noch gewisse Spesen enthalten sind, was den leicht höheren Betrag als im Folgejahr (rund Fr. 150.– pro Monat) erklären würde.

Errechnet man mit Hilfe des Salarium, dem individuellen Lohnrechner des Bundesamtes für Statistik, den Durchschnittslohn vom Oktober 2010 für eine Tätigkeit im Baugewerbe mit unterer Kaderfunktion beträgt dieser netto rund Fr. 6'505.– (Fr. 7'543.– abzüglich 5.15 % AHV/IV/EO, 1.1 % ALV und 7.5 % BVG gemäss Art. 16 BVG i.V.m. Art. 331 Abs. 3 OR, also total 13.75 %). Anzumerken ist, dass auch ohne Kaderfunktion der Lohn immer noch rund Fr. 6'145.– (Fr. 7'125.– abzüglich 13.75 %) betragen würde. Folglich rechtfertigt es sich, dem Beklagten – entsprechend seiner früheren Stellung und seinem damaligen Einkommen – ein hypothetisches Einkommen von netto Fr. 6'500.– anzurechnen.

Anzumerken ist, dass auch der Vergleich zum heute erzielten Einkommen zeigt, dass ein solcher Lohn durchaus realistisch ist. Inklusiv dem 13. Monatslohn und der Spesen erzielt der Beklagte monatlich aktuell Fr. 6'032.– netto (act. 5/36/1a und b). Erfahrungsgemäss enthalten Spesen regelmässig einen Lohnbestandteil. Ob und inwieweit dies hier der Fall ist, kann jedoch insoweit offen bleiben, als dass – aufgrund des Abstellens auf ein hypothetisches Einkommen anstelle des tatsächlich erzielten – lediglich zu prüfen bleibt, was dem Beklagten im Rahmen

des Bedarfs für Verpflegung und Fahrtkosten zusätzlich anzurechnen ist (siehe unten Ziff. 5.2.3).

4.4. Ein hypothetisches Einkommen wird gemäss bundesgerichtlicher Praxis in der Regel nicht rückwirkend angerechnet. Massgebend ist der Zeitpunkt, von dem an einer Partei die Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit zugemutet wird, damit der Unterhaltspflichtige hinreichend Zeit hat, um die Umstellung der Lebensverhältnisse in die Tat umzusetzen. Anders verhält es sich hingegen, wenn der Unterhaltspflichtige – wie vorliegend – schon einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und seine vorbestehende Unterhaltspflicht erfüllt hat. In einem solchen Fall bedarf es nach Auffassung des Bundesgerichtes keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist, damit der Schuldner eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder ausweiten und hierzu seine Lebensverhältnisse umstellen kann. Vielmehr muss dieser Schuldner alles in seiner Macht stehende tun und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit weiterhin voll ausschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Begnügt sich der Unterhaltspflichtige (selbst bei einem unfreiwilligen Stellenwechsel) wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit, so hat er sich anrechnen zu lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu verdienen in der Lage wäre (BGer 5A_299/2012 vom 21. Juni 2012 m.w.H.).

Entsprechend ist keine Übergangsfrist zu gewähren. Die Änderung ist – wie es von der Vorinstanz vorgenommen und von den Parteien im Übrigen nicht beanstandet wurde – per 1. Juli 2013 zu beachten.

4.5. Ausgehend von einem der Eheschutzverfügung zugrundeliegenden Einkommen von netto rund Fr. 8'875.– (Fr. 9'500.– brutto, abzüglich 13.75 %, zuzüglich Anteil 13. Monatslohn) und einem nunmehr anzurechnenden Einkommen von netto Fr. 6'500.– liegt ein Abänderungsgrund vor.

5. Unterhaltsberechnung

5.1. Beim *Einkommen des Beklagten* ist somit – abweichend von der Vorinstanz – von monatlich netto Fr. 6'500.– auszugehen. Dass das zusätzliche Einkommen

aus dem Korporationsbeitrag von der Vorinstanz separat behandelt wurde, beanstanden die Parteien nicht. Deshalb bleibt es auch im Berufungsverfahren bei der separaten Betrachtungsweise.

In Bezug auf das *Einkommen der Klägerin* ohne Kinderzulagen ging die Vorinstanz vom tatsächlich erzielten Nettoeinkommen von Fr. 4'170.– aus (act. 3/1 = 4 = 5/42 S. 14). Dies rügt die Klägerin mit der Begründung, ihr Einkommen liege im überobligatorischen Bereich. Sie habe bereits zum Zeitpunkt des Eheschutzes im überobligatorischen Bereich gearbeitet, nämlich 60% obwohl die Kinder damals 12 und 9 Jahre alt waren. In der Zwischenzeit habe sie ihre Erwerbstätigkeit noch erhöht, und zwar auch deshalb, weil der Beklagte seiner Unterhaltspflicht nicht vollständig nachgekommen sei und sie die Kinder ohne Inanspruchnahme der Sozialhilfe habe durchbringen wollen. Deshalb müsse nun vom Einkommen gemäss Eheschutzverfahren in der Höhe von Fr. 2'884.– ausgegangen werden (act. 2 S. 19). Der Beklagte hingegen verlangt, dass auf das effektive Einkommen abzustellen sei. Die Gründe, weshalb die Klägerin soviel verdiene, seien unwesentlich und würden von den Parteien ohnehin verschieden interpretiert (act. 10 S. 10).

Die Rechtsprechung zur Frage, zu welchem Arbeitspensum diejenige Partei, welche die Kinder betreut, verpflichtet werden kann, führt nicht dazu, dass tatsächlich erzieltetes Einkommen aus einem höheren Pensum nicht angerechnet würde, insbesondere solange dieses 100% nicht übersteigt. Ist es möglich, ein höheres Pensum trotz Kinderbetreuung zu bewältigen, ist das so erzielte Einkommen grundsätzlich anzurechnen. Ausserdem sind die Kinder der Parteien heute 14 und knapp 17 Jahre alt, weshalb ein Pensum von 80 % auch nicht unverhältnismässig ist. Überdies richtet sich die Abänderung nach den Grundsätzen, welche auch dem Eheschutzentscheid zugrunde lagen. Dass in jenem Verfahren die Nichtanrechnung des überobligatorischen Bereichs bereits ein Thema gewesen wäre, wird weder behauptet, noch ergibt sich dies aus der damaligen Eingabe der Klägerin vom 11. November 2009 (act. 7/1). Es ist somit auf das tatsächlich erzielte Einkommen der Klägerin abzustellen.

5.2. Die Vorinstanz bezifferte den *Bedarf des Beklagten* mit Fr. 3'262.–. Die Mietkosten berücksichtigte sie im Umfang von Fr. 1'613.–, da dem Beklagten eine Wohnung zugestanden werden müsse, welche sich zur Wahrnehmung seines Besuchsrechts eignen würde. Deshalb sei nicht angezeigt, von einem tieferen Mietwert auszugehen. Die Lebenspartnerin müsse zwar ebenfalls einen Anteil der gemeinsamen Wohnkosten übernehmen, wegen des Besuchsrechts seien dem Beklagte jedoch 2/3 der gesamten Mietkosten von Fr. 2'420.– anzurechnen. Die Vorinstanz setzte dem Beklagten sodann Fr. 150.– monatlich für Franchise und Selbstbehalt ein, mit der Begründung, dass der Beklagte glaubhaft dargelegt habe, im Jahr 2013 mit weiteren Gesundheitskosten rechnen zu müssen. Die Vorinstanz nahm aber an, diese würden etwas tiefer ausfallen als im Jahr 2012 (act. 3/1 = 4 = 5/42 S. 15 ff.).

5.2.1. Die Klägerin rügt den Betrag von Fr. 1'613.– für die Miete. Der Beklagte habe die entsprechende Wohnung während seiner Arbeitslosigkeit gesucht, also im Wissen um seine stark eingeschränkte Leistungsfähigkeit. Der Mietzins von rund Fr. 2'400.– für den Beklagten und seine Freundin sei unter diesen Umständen zu hoch angesetzt. Es wären höchstens Fr. 1'600.– insgesamt und Fr. 800.– für den Beklagten allein einzusetzen. Auch die Aufteilung des Mietzinses zu 2/3 zu Lasten des Beklagten mit dem Hinweis auf das Besuchsrecht beanstandet sie. Der Beklagte habe sein Besuchsrecht in den Jahren 2011 und 2012 kaum in Anspruch genommen. Im Jahr 2013 habe sich der Beklagte erst wieder für die Kinder interessiert, als die Scheidungsklage am Gericht anhängig gewesen sei. Wenn die Kinder zusammen beim Beklagten übernachtet hätten, seien sie stets zusammen in einem Zimmer gewesen. Bei einer Vierzimmerwohnung sei davon auszugehen, dass ein Zimmer ohnehin als Gästezimmer eingerichtet sei, weshalb eine hälftige Aufteilung eines Mietzinses von Fr. 1'600.– angebracht sei (act. 2 S. 19 f.).

Der Beklagte hält dem entgegen, es sei widersprüchlich, wenn die Klägerin ihrerseits für Miete Fr. 2'383.– inkl. Nebenkosten geltend mache, ihm aber Fr. 1'613.– abspreche. Dass er sein Besuchsrecht nicht in Anspruch genommen und sich erst im Jahr 2013, als die Scheidungsklage rechtshängig gewesen sei, wieder für die

Kinder interessiert habe, seien neue Behauptungen. Diese seien verspätet und unbeachtlich und zudem falsch. Die Söhne hätten jedes zweite Wochenende beim Beklagten verbracht. Dass dies zwischendurch anders gewesen sei, sei altersgemäss üblich und ändere nichts an der grundsätzlichen Situation (act. 10 S. 11).

Die Vorbringen der Klägerin entsprechen im Wesentlichen der vor Vorinstanz vorgetragene Begründung (act. 33 S. 14, act. 2 S. 19). Mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz setzt sie sich nicht auseinander, weshalb auf diese Rüge bereits mangels genügender Begründung nicht einzutreten ist. Darüber hinaus überzeugen die Erwägungen der Vorinstanz und die Anrechnung von Fr. 1'613.– scheint angemessen.

5.2.2. Weiter beanstandet die Klägerin die Anrechnung von Gesundheitskosten im Betrag von Fr. 150.–. Der Beklagte habe ausgeführt, dass er sich im Jahr 2012 einer Operation habe unterziehen müssen, er nicht wisse, ob er nochmals unters Messer müsse. Bei einer Operation handle es sich um einmalige Sonderkosten, von denen nicht einfach angenommen werden könne, dass sie in den Folgejahren wieder anfallen würden. Die Position sei zu streichen (act. 2 S. 20).

Der Beklagte hält dem entgegen, dass anzunehmen sei, dass er nochmals operieren müsse. Zudem habe er eine Franchise von Fr. 1'500.–, welche ihm mit Fr. 125.– pro Monat gemäss neuerer Rechtsprechung sowieso einzusetzen sei (act. 10 S. 11).

Gesundheitskosten sind nur soweit im Bedarf aufzunehmen, als sie auch tatsächlich anfallen, was glaubhaft zu machen ist. Für die Glaubhaftmachung bedarf es grundsätzlich objektiver Anhaltspunkte. Eine neuerliche Operation hätte ohne Weiteres mit einem ärztlichen Attest belegt werden können. Ohne ein solches bleibt die Notwendigkeit äusserst vage. Auch die diesbezüglichen Ausführungen des Beklagten lassen offen, ob eine solche wirklich anfällt. Hinzu kommt, dass eine solche im Jahr 2013 offenbar nicht angefallen ist, steht diese gemäss Berufungsantwort immer noch aus (vgl. act. 10 S. 11). Es ist jedoch davon auszugehen, dass regelmässig gewisse Gesundheitskosten anfallen. Deshalb rechtfertigt

es sich, dem Beklagten einen Betrag von Fr. 100.– einzusetzen. Somit ist der durch die Vorinstanz ermittelte Bedarf des Beklagten um Fr. 50.– zu reduzieren.

5.2.3. Entfällt aufgrund des hypothetischen Einkommens die Frage der Spesen, muss geprüft werden, ob dem Beklagten für auswärtige Verpflegung Fr. 400.– und für Fahrten zum Arbeitsplatz Fr. 600.– einzusetzen sind.

Die Vorinstanz führte zu den Verpflegungsspesen aus, dass der Beklagte sowohl Auslagen für auswärtige Verpflegung als auch Kosten des erhöhten Nahrungsbedarfs zu tragen habe, arbeite er doch auf dem Bau und habe er zusätzlich öfters einen langen Arbeitsweg. Es sei davon auszugehen, dass die Fr. 400.– tatsächlich anfallende Auslagen abdecken würden. Der Beklagte habe ausgeführt, manchmal zwei Mal pro Tag auswärts zu essen, was bei einem langen Arbeitsweg und einem 100 %-Pensum glaubhaft erscheine (act. 3/1 = 4 = 5/42 S. 13).

Die Klägerin bringt hiergegen vor, es seien lediglich Fr. 300.– als Verpflegungsspesen zu berücksichtigen, da der Beklagte in den Wintermonaten nicht auf den Baustellen arbeiten würde (act. 2 S. 18). Der Beklagte führt dagegen aus, als Bauarbeiter einen erhöhten Nahrungsbedarf zu haben. Bei durchschnittlich 22 Arbeitstagen würden die Fr. 400.– einen Tagessatz von rund Fr. 18.– ergeben. Jedes Menu in einem Restaurant würde ohne Weiteres so viel kosten. Es sei auch nicht so, dass er Ende des Monats noch Geld übrig habe. Die Behauptung der Klägerin, im Winter würde nicht auf Baustellen gearbeitet, weshalb der Betrag zu kürzen sei, sei unsubstantiiert. Gerade dieser Winter sei voll durchgearbeitet worden. Ausserdem würde, falls im Winter weniger gearbeitet werde, dies im Sommer wieder kompensiert (act. 10 S. 10 i.V.m. act. 5/35 S. 3).

Die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Kreisschreiben des Obergerichts vom 16. September 2009) sehen bei Schwerarbeit (z.B. einen Bauberuf) oder wenn der Schuldner einen sehr weiten Arbeitsweg zurücklegen muss einen Betrag von Fr. 5.– bis 10.– pro Arbeitstag für den erhöhten Nahrungsbedarf vor. Sodann können bei Mehrauslagen für auswärtige Verpflegung Fr. 5.– bis Fr. 15.– für jede Hauptmahlzeit eingesetzt werden. Entsprechend beträgt der Maximalbetrag Fr. 25.–. Der Preis eines Menus im Restaurant

ist nur soweit relevant, als dass er Mehrkosten umfasst, die mit der Arbeitstätigkeit zusammenhängen. Die Kosten für Nahrung sind im Übrigen bereits vom Grundbetrag erfasst. Dennoch erscheint der Betrag von Fr. 400.– angesichts der vorliegenden Verhältnisse angemessen. Die Argumentation der Klägerin zu den Wintermonaten überzeugt nicht.

Zu den Fahrtkosten führte die Vorinstanz aus, dass der Beklagte glaubhaft gemacht habe, dass die Fahrspesen tatsächlich zur Deckung der effektiv anfallenden Mobilitätskosten dienen würden. Der Beklagte habe dargelegt, dass er arbeitsbedingt erhebliche Distanzen zurücklegen müsse. Die Mobilitätskosten würden sich aufgrund der wechselnden Arbeitsorte im Voraus nicht exakt beziffern lassen. Um den derzeitigen Arbeitsort Biel zu erreichen, müsse er eine Distanz von rund 120 Kilometer pro Wegstrecke zurücklegen. Es sei nachvollziehbar, dass sich unter solchen Umständen alleine die Benzinkosten regelmässig auf mindestens Fr. 600.– pro Monat belaufen würden. Dem Bestätigungsschreiben der Arbeitgeberin lasse sich entnehmen, dass die Fahrzeugspesen in den Wintermonaten entfallen könnten. Die Vorinstanz ging davon aus, dass dann die Spesen nicht mehr entrichtet würden (act. 3/1 = 4 = 5/42 S. 12 f.).

Die Klägerin rügt die Einsetzung des vollen Betrags von Fr. 600.–. Schliesslich habe der Beklagte nur das Benzin zu bezahlen, könne er doch das Auto des Chefs oder seiner Freundin oder eines Bekannten benutzen. Versicherungen, Strassenverkehrsabgaben, Kosten für Reparaturen würden keine anfallen. Das Kreisschreiben gehe von einem Maximalbetrag von Fr. 600.– aus, was kaum gerechtfertigt sei, wenn nur Benzinkosten anfallen würden. Ferner habe der Beklagte erklärt, im Winter im Büro und nicht auf den Baustellen zu arbeiten. In dieser Zeit würden auch keine Autospesen anfallen. Entsprechend sei ein Betrag von Fr. 200.– angemessen (act. 2 S. 18).

Der Beklagte führt zu den Fahrtkosten aus, er müsse viele Kilometer fahren, um zu den verschiedenen Baustellen zu gelangen. Diese Kosten würden tatsächlich anfallen. Die Ausführungen bezüglich der Arbeiten im Winter seien ebenfalls unsubstantiiert. Er fahre pro Jahr weit über 30'000 Kilometer zwischen den Baustel-

len. Zusätzlich zu den Benzinkosten würden auch Spesen für das Parken, für Kühlmittel und Wischwasser usw. anfallen (act. 10 S. 10).

Im Rahmen des Bedarfs sind – im Unterschied zur Frage ob Spesenentschädigungen tatsächlich nur Spesen abdecken – nur Fahrten zum Arbeitsplatz relevant (vgl. Kreisschreiben des Obergerichts vom 16. September 2009, Ziff. 3.4). Weitere, für den Arbeitgeber während der Arbeitszeit nötige Fahrten sind von diesem zusätzlich zum Lohn zu entschädigen. Es rechtfertigt sich aber dennoch dem Beklagten Fr. 300.– für Fahrkosten einzusetzen, um ihn bei der Stellensuche örtlich nicht zu stark einzuschränken.

Der Bedarf des Beklagten ist folglich um Fr. 700.– zu erhöhen. Insgesamt beträgt sein Bedarf somit Fr. 3'912.– (= Fr. 3'262.– abzüglich Fr. 50.– zuzüglich Fr. 400.– und Fr. 300.–).

5.3. Die Vorinstanz bezifferte den *Bedarf der Klägerin* und der Kinder mit Fr. 6'613.–. Sie setzte der Klägerin unter dem Titel Gesundheitskosten Fr. 81.– als durchschnittlicher Wert der in Zukunft anfallenden Selbstkosten ein, unter Beachtung der belegten Beträge aus den Jahren 2011 und 2012 (act. 3/1 = 4 = 5/42 S. 23).

Die Klägerin beanstandet, dass ihr lediglich Gesundheitskosten von Fr. 81.– angerechnet würden, habe sie doch Fr. 100.– geltend gemacht und die Gesundheitskosten der letzten vier Jahre detailliert belegt. Auf den Monat würden sich durchschnittliche Gesundheitskosten von über Fr. 100.– ergeben. Erfahrungsgemäss würden bei einer erwachsenen Person und zwei Kindern auch höhere Gesundheitskosten anfallen als bei einem Erwachsenen allein. Es sei ärgerlich, wenn dem Beklagten, welcher nur ein einziges Jahr mit hohen Gesundheitskosten belege, ein höherer Betrag angerechnet werde als der Klägerin, die über Jahre umfassend und transparent ihre Gesundheitskosten offenlege (act. 2 S. 21).

Dagegen führt der Beklagte aus, es sei sinnlos und führe zu einem verzerrten Bild, wenn bei der Klägerin bezüglich der Krankheitskosten willkürlich auf einen Durchschnitt von vier Jahren abgestellt würde. Die Belastungstendenz sei regel-

mässig und stark rückläufig. Im Jahr 2012 seien nur noch halb so viele Krankheitskosten wie im Jahr 2009 ausgegeben worden. Es würde sich damit ohne Weiteres rechtfertigen, auf die letztbekannte Zahl abzustellen. Im Übrigen handle es sich ohnehin um eine neue, unbeachtliche Behauptung (act. 10 S. 11).

Anfallende Gesundheitskosten abzuschätzen ist schwierig. Es scheint nicht weniger verzerrend, wenn nur auf ein Vorjahr abgestellt wird, in welchem ausnahmsweise hohe Gesundheitskosten anfielen. Es rechtfertigt sich nicht, dem Beklagten – aufgrund einer Operation im Jahr 2012 – mehr einzusetzen als der Klägerin und den Kindern zusammen. Bei der vorliegenden Sachlage und unter Beachtung der ebenfalls im Recht liegenden Unterlagen zu früheren Gesundheitskosten (act. 5/4/8 und 5/4/9) sind der Klägerin ebenfalls Fr. 100.–, und damit Fr. 19.– mehr pro Monat, einzusetzen.

Der Bedarf der Klägerin und der Kinder beträgt somit insgesamt Fr. 6'632.– (= Fr. 6'613.– + Fr. 19.–).

5.4. Entsprechend den vorstehenden Erwägungen, resultieren folgende Beträge:

Einkommen Beklagter	Fr. 6'500.–	Bedarf Beklagter	Fr. 3'912.–
Einkommen Klägerin	Fr. 4'170.–	Bedarf Klägerin	Fr. 6'632.–
Total	Fr. 10'670.–	Total	Fr. 10'544.–
Total Einkommen	Fr. 10'670.–	Einkommen Klägerin	Fr. 4'170.–
./. Total Bedarf	Fr. - 10'544.–	./. Bedarf Klägerin	Fr. - 6'632.–
Überschuss	Fr. 126.–	Fehlbetrag	Fr. - 2'462.–

5.5. Der Klägerin fehlen zur Deckung ihres Bedarfs monatlich Fr. 2'462.–. Diesen Betrag kann der Beklagte – unter Berücksichtigung des hypothetischen Einkommens – auch leisten. Der Betrag ist auf Fr. 2'500.– zu runden, hingegen ist auf eine weitere Überschussverteilung (der insgesamt Fr. 126.–) zu verzichten, vor allem auch in Anbetracht dessen, dass es sich beim hypothetischen Einkommen

lediglich um eine rechnerische Grösse handelt und auch noch der Anteil am Korporationsbeitrag als persönlicher Unterhaltsbeitrag hinzukommt. Bisher hatte der Beklagte Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 3'400.– zu bezahlen, wovon Fr. 1'400.– der Klägerin persönlich und jedem Kind Fr. 1'000.– zustanden. Es rechtfertigt sich, den Unterhaltsbeitrag an die Kinder neu auf je Fr. 900.– zu reduzieren und den Unterhaltsbeitrag der Klägerin auf Fr. 700.– festzusetzen. Insoweit ist die Berufung gutzuheissen. Im Mehrumfang ist sie abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann bzw. soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

5.6. Die Klägerin beantragt eine Änderung der Anteile an der Korporationsentschädigung für den Fall, dass ihr ein Manko verbleibt. Da dies nun nicht der Fall ist, bleibt es bei der hälftigen Teilung, welche im Übrigen auch angemessen erscheint.

6. Unentgeltliche Rechtspflege

Der Beklagte stellt ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 9 und 10). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Für die gerichtliche Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ist zudem erforderlich, dass dies für die Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Für die Frage der Mittellosigkeit ist vom tatsächlich erzielten Lohn des Beklagten auszugehen, welcher zur Zeit monatlich Fr. 6'032.– (inkl. 13. Monatslohn) beträgt. Daneben erhält er eine jährlich ausbezahlte Korporationsentschädigung, wobei diese bisher Fr. 6'700.– betrug (Prot. I S. 13). Sein Anteil ist somit mit Fr. 3'350.– zu beziffern, was monatlich rund Fr. 280.– entspricht. Diesem Einkommen steht ein Bedarf von Fr. 3'912.– gegenüber. Ausserdem wird er verpflichtet, Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 2'500.– an die Klägerin und die Kinder zu bezahlen. Damit gilt der Beklagte als mittellos im Sinne von Art. 117 ZPO. Seine Position kann sodann auch nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Überdies scheint ein Rechtsbeistand notwendig. Entsprechend ist dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege antragsgemäss zu bewilligen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Parteien obsiegen bzw. unterliegen je rund zur Hälfte, weshalb es sich rechtfertigt, den Parteien die Gerichtskosten je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Der Streitwert ist mit rund Fr. 40'000.– zu beziffern. Dies ergibt sich aus der Differenz des bisherigen und des von der Vorinstanz ermittelten Unterhaltsbeitrags für die mutmassliche Dauer des Scheidungsverfahrens (Fr. 3'400.– - Fr. 1'770.– = Fr. 1'630.–, x 24 Monate). In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 4 und 8 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

Es wird beschlossen:

Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Es wird ihm Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ für das Berufungsverfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Hinwil vom 14. November 2013 (Geschäfts-Nr. FE130059-E/Z04) aufgehoben und durch folgende Version ersetzt:
 - "2. Der Gesuchsteller wird in Abänderung von Ziff. 4 der mit eheschutzrichterlicher Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 7. Januar 2010 genehmigten Konvention verpflichtet, der Gesuchsgegnerin ab 1. Juli 2013 monatliche Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 2'500.– zu bezahlen (Fr. 700.– für sie persönlich und Fr. 900.– für jedes Kind, zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen), zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, unter Anrechnung bereits bezahlter Unterhaltsbeiträge für die Zeit ab 1. Juli 2013.

Der Gesuchsteller wird zudem verpflichtet, die notwendigen Mitwirkungshandlungen zur Erhältlichmachung des Korporationsbeitrags vorzunehmen und der Gesuchsgegnerin alljährlich nach dessen Erhalt innert 10 Tagen die Hälfte des Beitrags für ihren persönlichen Unterhalt zu überweisen. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin unaufgefordert Kopien über den Zeitpunkt und die Höhe der Auszahlung des Korporationsbeitrags zuzustellen."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann bzw. sie nicht gegenstandslos geworden ist. Diesbezüglich wird der Entscheid der Vorinstanz bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für beide Parteien einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht beider Parteien nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein.
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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 40'000.– (24x Fr. 1'630.–).

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am: