

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LC100052-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. M. Kriech sowie die Gerichtsschreiberin lic. iur. Ch. Baumann

Beschluss und Urteil vom 7. Juli 2011

in Sachen

A.,

Beklagter und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y

gegen

B.,

Klägerin und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen ein Urteil der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Bülach vom 29. Juli 2010 (FP100012)**

Rechtsbegehren:

In Aufhebung von Ziffer 5.1 der vom Einzelrichter am Bezirksgericht Bülach in Prozess Nr. CE980004 mit Urteil vom 18. April 2001 genehmigten Scheidungskonvention sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin an den Unterhalt der Kinder C._____ und D._____ monatlich je angemessen über Fr. 610.– erhöhte Beiträge zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats bis zum ordentlichen Abschluss einer Erstausbildung, falls dazu erforderlich auch über die Mündigkeit hinaus.

Die beantragte Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge sei ab Februar 2009 zu gewähren.

Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren, vom 29. Juli 2010:

1. Die Ziffer 5 der mit Urteil vom 18. April 2001 des Bezirksgerichts Bülach genehmigten Scheidungskonvention wird aufgehoben und mit Wirkung ab 1. Februar 2009 durch folgende Fassung ersetzt:

5. Der Beklagte wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder je monatliche Unterhaltsbeiträge, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, jeweils am Ersten eines Monats im Voraus zu bezahlen:

C._____

Fr. 950.– ab 1. Februar 2009 bis zum Abschluss der ordentlichen Erstausbildung von C._____, auch über die Mündigkeit hinaus, zahlbar an die Klägerin, solange C._____ in deren Haushalt lebt, keine selbständigen Ansprüche gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen den Beklagten stellt und keine andere Zahlstelle bezeichnet.

D._____

Fr. 1'200.– ab 1. Februar 2009 bis zum Abschluss der ordentlichen Erstausbildung von D._____, auch über die Mündigkeit hinaus, zahlbar an die Klägerin, solange D._____ in deren Haushalt lebt, keine selbständigen Ansprüche gestützt auf Art. 277 Abs. 2 ZGB gegen den Beklagten stellt und keine andere Zahlstelle bezeichnet.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 5'100.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten

3. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ eine Prozessentschädigung von Fr. 7'000.– zuzüglich 7,6 % MwSt zu bezahlen.

Berufungsanträge:

Des Beklagten und Appellanten (Urk. 29 S. 1 f.):

1. Dispositiv-Ziffer 1 des Abänderungsurteils vom 29. Juli 2010 des Bezirksgerichts Bülach sei aufzuheben und das Abänderungsbegehren der Klägerin und Appellatin betreffend die Kinderunterhaltsbeiträge gemäss Scheidungsurteil vom 18. April 2001 vollumfänglich abzuweisen.
2. Dispositiv-Ziffer 3 sei aufzuheben und die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens der Klägerin und Appellatin aufzuerlegen.
3. Dispositiv-Ziffer 4 sei aufzuheben und die Klägerin und Appellatin zu verpflichten, dem Beklagten und Appellanten für das vorinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 7'000.– zuzüglich 7,6% MwSt zu bezahlen.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens seien der Klägerin und Appellatin aufzuerlegen und sie sei zur Bezahlung einer angemessenen Prozessentschädigung zu verpflichten.

Der Klägerin und Appellatin (Urk. 34 S. 2):

Hauptantrag:

Es sei die Berufung abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen unter Korrektur der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Verhältnis von Untertiegen des Beklagten und Obsiegen der Klägerin von $\frac{3}{4}$ und $\frac{1}{4}$;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten und Appellaten zuzüglich MwSt, da die Klägerin nicht mehrwertsteuerpflichtig ist.

Eventualantrag:

Es seien die Kostenfolgen im vorliegenden Verfahren im Falle einer Aufhebung der rückwirkenden Beitragserhöhung sowie bei einer Korrektur der Kostenfolgen auf die Gerichtskasse zu nehmen.

Sachverhalt und Prozessgeschichte:

1. Mit Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Bülach vom 18. April 2001 wurde die Ehe der Parteien geschieden. Dabei verpflichtete sich der Beklagte in der vom Gericht genehmigten Vereinbarung in Ziff. 5.1 der Klägerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C._____ und D._____ einen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 610.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus bis zum Abschluss einer ordentlichen Erstausbildung, falls nötig auch über die Mündigkeit hinaus. Die Kinderzulagen wurden damals vom Beklagten bezogen und sie betragen Fr. 240.– pro Kind. Bei der Festsetzung dieser Unterhaltsbeiträge wurde von einem Nettoeinkommen des Beklagten von monatlich Fr. 4'025.– (ohne Kinderzulagen) und einem solchen der Klägerin von monatlich Fr. 50.– ausgegangen und weiter festgehalten, dass keine der Parteien über Vermögen verfügt. Der Beklagte verpflichtete sich überdies nach Ziff. 6.1 der Vereinbarung der Klägerin bis zum 31. Dezember 2012 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 100.– zu bezahlen, wobei in Ziff. 6.3 der Vereinbarung vermerkt wurde, dass damit der gebührende Unterhalt von Fr. 3'607.35 nicht gedeckt werde (Urk. 3/2).

2. a) Mit Eingabe vom 27. Januar 2010 (Poststempel 29. Januar 2010, Eingang bei der Vorinstanz: 1. Februar 2010) ersuchte die Klägerin um Abänderung des Scheidungsurteils. Dabei beantragte sie in Aufhebung von Ziff. 5.1 der Vereinbarung die Zusprechung erhöhter Beiträge an die beiden Kinder. Zur Begründung hielt sie fest, dass der Beklagte einerseits ein wesentlich höheres Einkommen erziele und andererseits sein Notbedarf gesunken sei, da er inzwischen wieder verheiratet sei. Die Klägerin sei nach der Scheidung auf Unterstützungsleistungen der Fürsorgebehörde angewiesen gewesen. Seit 2008 könne sie in einem Teilzeitverhältnis als Verkäuferin arbeiten. Seither erhalte sie keine regelmässigen Unterstützungsleistungen mehr. Sie leiste ein enormes Pensum, da sie nebst der Berufstätigkeit und Haushalt auch noch sehr viel Kraft für die Betreuung des Sohnes C._____ benötige, der an einem Geburtsgebrechen leide, das sich in spastischen Krämpfen äussere. C._____ stehe in ständiger psychologischer The-

rapie. Er habe immer wieder Krisen, die es ihm unmöglich machten, die Schule zu besuchen. Die Tochter D. _____ besuche das Gymnasium in O. _____ (Urk. 1).

b) Die Vorinstanz führte am 23. März 2010 / 8. Juni 2010 die Hauptverhandlung durch, wobei sie anlässlich der Verhandlung vom 8. Juni 2010 die Parteien auch persönlich anhörte (Prot. I S. 3-17). Am 29. Juli 2010 erging in der Folge das angefochtene Urteil, mit welchem die Unterhaltsbeiträge für die Kinder auf monatlich Fr. 950.– für C. _____ und Fr. 1'200.– für D. _____ erhöht wurden. Die Einzelrichterin ging in ihrem Entscheid davon aus, dass der Bedarf des Beklagten sich von Fr. 2'698.– auf Fr. 2'179.– reduziert habe, währenddem sein Einkommen von monatlich Fr. 4'025.– auf Fr. 5'648.– angestiegen sei. Den Bedarf für C. _____ veranschlagte sie auf Fr. 901.90 pro Monat, jenen von D. _____ auf Fr. 1'131.90 pro Monat. Angesichts des Überschusses von Fr. 3'469.– nahm sie an, dass - unter Berücksichtigung eines kleinen Überschusses auch zugunsten der Kinder - ein Unterhaltsbeitrag von Fr. 950.– für C. _____ und Fr. 1'200.– für D. _____, je zuzüglich Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, angemessen und dem Beklagten rückwirkend ab 1. Februar 2009 zuzumuten seien (Urk. 24).

3. Mit Eingabe vom 23. August 2010 erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 29. Juli 2010 (Urk. 24), worauf ihm mit Verfügung vom 7. September 2010 Frist zur Begründung der Berufung angesetzt wurde (Urk. 27). Die Berufungsbegründung datiert vom 4. Oktober 2010 (Urk. 29), die Berufungsantwort vom 22. November 2010 (Urk. 34). Am 24. November 2010 wurden die Parteien zur Berufungsverhandlung auf den 8. März 2011 vorgeladen (Urk. 35). Diese Verhandlung musste schliesslich auf den 17. März 2011 verschoben werden (Urk. 36). Anlässlich dieser Verhandlung hielten die Parteien an ihren bisherigen Anträgen fest (Urk. 40 S. 1 und Prot. II S. 3). Sie verzichteten sodann im Anschluss an die Verhandlung auf ihre Anwesenheit an der (partei-)öffentlichen Urteilsberatung und Urteilseröffnung (Prot. II S. 11).

Erwägungen:

1. a) Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 134-149 aZGB anzuwenden.

b) Im Scheidungsverfahren und im Abänderungsverfahren können nach dem bisherigen Recht in der oberen kantonalen Instanz neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden (Art. 138 Abs. 1 aZGB). Das bedeutet, dass die Parteien im Berufungsverfahren sowohl echte als auch unechte Noven vorbringen können, also auch Tatsachen und Beweismittel, die ohne weiteres bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten in den Prozess eingebracht werden können (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N 15 und 17 zu Art. 138 aZGB). Die Sachverhaltsdarstellung ist daher unabhängig davon, ob diese bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurde, zu prüfen (vgl. dazu ergänzend Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., N 3 zu § 267 ZPO/ZH). Die Modalitäten des Rechtsmittelverfahrens richten sich allerdings gemäss dem bisherigen Recht nach den kantonalen Bestimmungen. Dazu gehört auch die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt innerhalb des Rechtsmittelverfahrens neue Tatsachen und Beweismittel geltend gemacht werden können (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N 21 zu Art. 138 aZGB und FamKomm Scheidung/Leuenberger, N 6 zu Art. 138 ZGB). § 267 Abs. 2 ZPO/ZH sieht vor, dass in Prozessen über Ehescheidung "in der Begründung und Beantwortung von Berufung und Anschlussberufung uneingeschränkt neue Tatsachenbehauptungen, Bestreitungen und Einreden erhoben werden und neue Beweismittel bezeichnet" werden können. In späteren Parteivorbringen können dagegen nur noch echte Noven vorgebracht werden, die gemäss § 115 ZPO/ZH in jedem Stadium des Verfahrens zuzulassen sind. Dies gilt ebenso für die Verfahren betreffend Abänderung eines Scheidungsurteils.

2. Gemäss der massgeblichen Bestimmung von Art. 286 Abs. 2 ZGB kann das Gericht bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes den Unterhaltsbeitrag für ein Kind neu festsetzen oder aufheben. Die Vorinstanz hat sowohl die Voraussetzungen zur Festlegung des Unterhaltsbeitrages als auch die entsprechenden Voraussetzungen zur Abänderung zutreffend angeführt. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden (§ 161 GVG/ZH, Urk. 24 S. 4 f.). Entscheidend ist, ob eine unvorhergesehene, dauerhafte und wesentliche Veränderung der Grundlagen des früheren Entscheides gegeben ist. Kinderunterhaltsbeiträge unterliegen grundsätzlich der Abänderbarkeit, weil die beiden massgeblichen Elemente der Unterhaltsverpflichtung - der Bedarf des Unterhaltsberechtigten und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten - regelmässig unvorhersehbaren Schwankungen unterworfen sind.

3. a) Der Beklagte macht im Berufungsverfahren geltend, dass die Veränderung seines Einkommens, d.h. die Einkommenssteigerung vorhersehbar gewesen und deshalb nicht zu berücksichtigen sei. Sie stelle keine Veränderung der Verhältnisse dar, es sei vorhersehbar gewesen, dass sein Einkommen nicht bei monatlich Fr. 4'025.- stehen bleiben werde. Dabei verwies er vorab auf die statistisch zu erwartende Lohnentwicklung. Wenn die Klägerin unter diesen Umständen nicht auf einer Staffelung der Kinderalimente bestanden habe, so könne dies nicht nachträglich über einen Abänderungsprozess korrigiert werden (Urk. 29 S. 3-5 und Urk. 39 S. 1 f.).

Diese Ausführungen des Beklagten sind verfehlt. Wesentlich sind die der Vereinbarung der Parteien im Scheidungsverfahren zugrunde gelegten Einkommen der Parteien. Die Abänderungsklage kann zwar keine Revision eines Scheidungsurteils herbeiführen, aber es kann mit ihr die Anpassung der rechtskräftig festgelegten Unterhaltsrenten an Veränderungen, die nicht schon im Scheidungsurteil zum Voraus berücksichtigt worden sind, herbeiführen (BSK ZGB I, 4. A., Breitschmid, N 11 zu Art. 286 ZGB). Das ist gemeint, wenn die Rechtsprechung über den Gesetzestext hinaus eine unvorhersehbare Veränderung der Verhältnisse fordert. Es kommt - wie von der Klägerin zu Recht geltend gemacht (Urk. 34

S. 3) - nicht entscheidend auf die Vorhersehbarkeit der Veränderung an, sondern ausschliesslich darauf, ob die Unterhaltszahlungen mit Blick auf allenfalls vorhersehbare Veränderungen festgelegt worden sind (BGE 131 III 199 mit Hinweisen auf die Lehre). Eine derartige Bestimmung der Unterhaltsbeiträge ist indes nicht erfolgt. Insbesondere findet sich keine Bestimmung, wonach - wie im Berufungsverfahren neu behauptet (Urk. 29 S. 4 Ziff. 2.3 und Urk. 39 S. 2 f. Ziff. 2.3) - mit der zusätzlichen Kostenbeteiligung gemäss Ziff. 5.4 der mit Scheidungsurteil vom 18. April 2011 genehmigten Vereinbarung der Parteien bereits berücksichtigt worden sei, dass der Beklagte eine Einkommenssteigerung erzielen werde. Es wurden auch keine Beweismittel für diese Behauptungen angeführt, die zudem - soweit sie mit der Replik ergänzt wurden (Urk. 39 S. 3) - ohnehin nicht zu prüfen wären.

Im Übrigen sieht Art. 286 Abs. 2 ZGB klar vor, dass "bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse" der Unterhaltsbeitrag für ein Kind neu festgesetzt werden kann. Solche erheblichen Veränderungen können in der Veränderung der Leistungsfähigkeit der Eltern (und in der Veränderung der Bedürfnisse der Kinder) liegen. Der Kläger macht zudem im Widerspruch zu seinen statistischen Überlegungen auch geltend, dass sein höheres Einkommen auf seine Weiterbildung zurückzuführen sei (Urk. 29 S. 7 unten). Schon mit BGE 83 II 359 war sodann festgehalten worden, der Umstand, dass sich die Einkommensverhältnisse des beitragspflichtigen Ehegatten seit der Scheidung wesentlich und auf die Dauer verbessert haben, könnte einen Abänderungsgrund bilden. Es sei "nur recht und billig, dass die ehelichen Kinder in Form erhöhter Unterhaltsbeiträge von einer Verbesserung der Lebensumstände des beitragspflichtigen Ehegatten profitieren, die ihnen ohne weiteres zugute gekommen wäre, wenn der Scheidungsrichter sie diesem zugeteilt hätte oder die Ehe nicht geschieden worden wäre". Von einem solchen Abänderungsgrund ist vorliegend denn auch auszugehen, nachdem der Beklagte heute ohne Berücksichtigung der Kinderzulagen ein Einkommen von monatlich Fr. 5'648.- erzielt, währenddem das der Scheidungsvereinbarung zugrunde gelegte Einkommen von monatlich Fr. 4'025.- unter Beachtung der Anpassung an die Teuerung heute lediglich Fr. 4'413.- betragen würde (Indexstand per Ende Februar 2001: 106.9 Punkte, Basis Mai 1993 = 100 Punkte; entspre-

chend Ende Mai 2011: 117.2 Punkte). Damit liegt der derzeit erzielte Lohn teuerungsbereinigt rund 28% über dem Lohn, der Grundlage für die Scheidungsvereinbarung bildete. Dies stellt eine erheblich Veränderung der (wirtschaftlichen) Verhältnisse dar.

d) Das oben unter lit. a) Gesagte gilt sinngemäss auch für den Umstand, dass dem Beklagten aufgrund der Wiederverheiratung (teilweise) ein tieferer Lebensbedarf anzurechnen ist. Jedenfalls sind entgegen der Auffassung des Beklagten (Urk. 29 S. 5 und Urk. 39 S. 3) die entsprechenden Einsparungen anzurechnen.

c) Der Beklagte bringt gegen eine allfällige Anpassung der Unterhaltsbeiträge schliesslich vor, dass eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge nicht zumutbar bzw. rechtsmissbräuchlich sei, da die Klägerin die Besuchskontakte systematisch verhindere. Dies sei mit ein Grund, dass sich der Beklagte verstärkt beruflich engagiert und weitergebildet habe (Urk. 29 S. 10 ff. und Urk. 39 S. 3 ff.). Entgegen der Auffassung des Beklagten können hier aber nicht die Grundsätze von BGE 129 III 375 herangezogen werden, wonach das Verweigern jeglichen Kontaktes mit dem pflichtigen Elternteil in der Regel zur Unzumutbarkeit der Unterhaltsleistung führt. Diese Rechtsprechung bezieht sich auf den Mündigenunterhalt und nimmt Bezug auf das Verhalten des volljährigen Kindes, das sich widersprüchlich verhält, wenn es einerseits Leistungen erzwingen will, andererseits aber Kontakte ablehnt (BGE 129 III 379 f.). Hievon ist hier indes auch aufgrund der Ausführungen des Beklagten nicht auszugehen. Der Beklagte wirft nämlich der Klägerin vor, die Kontakte zu den Kindern zu hintertreiben. So wirft er der Klägerin haltlose Vorwürfe zu sexuellen Übergriffen vor und er hält ausdrücklich fest, dass die Klägerin die Kinder instrumentalisieren und sie veranlasse, Briefe zu schreiben, in denen sie sich über das Besuchsrecht beschwerten (Urk. 39 S. 4 f.). Hiezu ist vorweg festzuhalten, dass die entsprechenden Vorbringen, soweit sie erst mit der Replik neue detaillierte Angaben enthalten, nicht mehr zu prüfen sind. Sie führen aber auch nicht dazu, dass auf einen Rechtsmissbrauch geschlossen werden muss. Auch im Entscheid BGE 120 II 177 wurde als Grundsatz in Bestätigung der bisherigen ständigen Rechtsprechung vermerkt, dass zwischen dem Recht der El-

tern auf persönlichen Verkehr und der Unterstützungsfrage kein Zusammenhang besteht und die Unmöglichkeit der Ausübung des Besuchsrechts grundsätzlich keinen triftigen Grund für eine Abänderung des Unterhaltsbeitrages darstellt. Zwar hatte das Bundesgericht in einem Entscheid im Jahre 1957 (BGE 93 II 89) entschieden, dass der Wegzug der Mutter mit den Kindern nach Australien, welche letztere jeden (auch schriftlichen) Kontakt verweigerten, zu einer Reduktion der höher als üblich vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge führe. Es wurde aber im selben Entscheid auch festgehalten, dass die Unterhaltsbeiträge nicht derart herabgesetzt werden dürften, dass die Kosten der Kinder nicht mehr gedeckt wären (BGE 83 II 92). Demzufolge ist selbst bei einem Rechtsmissbrauch durch die Mutter grundsätzlich der Bedarf der unmündigen Kinder sicherzustellen. Mit dem Entscheid BGE 120 II 177 wurde denn auch darauf hingewiesen, dass im Zusammenhang mit Unterhaltsforderungen ein Rechtsmissbrauch nur in ganz ausserordentlichen Fällen angenommen werden könne, wobei eine solche Situation für einen 17-jährigen Sohn, der sich in einem Loyalitätskonflikt befand und der jeden Kontakt mit dem Vater zurückwies, verneint wurde. Damit ist jedoch davon auszugehen, dass es zumutbar erscheint, den Bedarf der unmündigen Kinder - sofern die Leistungsfähigkeit gegeben ist - weiterhin durch den unterhaltspflichtigen Teil bestreiten zu lassen und eine entsprechende Anpassung vorzunehmen (vgl. hierzu auch Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., S. 616 Rz. 09.51, wonach die Verknüpfung von Unterhaltspflicht und persönlicher Beziehung im Rahmen des Unmündigenunterhalts grundsätzlich unzulässig ist). Ein Beweisverfahren zur Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit erübrigt sich daher.

d) Die entsprechenden Einwendungen des Beklagten stehen somit einer Überprüfung der Unterhaltsbeiträge nicht entgegen. Sollten die Kinder allerdings weiterhin - und erst recht im Mündigkeitsalter - den Kontakt zum Beklagten verweigern, so würde sich alsdann die Frage der Unzumutbarkeit einer weiteren Verpflichtung stellen. Im vorliegenden Verfahren ist diese Frage indes entgegen dem Subeventualantrag, wonach die Unterhaltsbeiträge - entgegen der seinerzeitigen Vereinbarung der Parteien - zeitlich auf das Mündigkeitsalter zu beschränken seien (Urk. 39 S. 8 f.), nicht weiter zu prüfen. Hiezu ist vorweg festzuhalten, dass mit der Replik keine neuen Anträge gestellt werden können (§ 267 Abs. 2

ZPO). Es kann im heutigen Zeitpunkt aber auch nicht beurteilt werden, ob aufgrund des zukünftigen Verhaltens der beiden Kinder bis im Oktober 2013 bzw. bis im Dezember 2014 eine weitere Unterhaltspflicht des Beklagten ab Mündigkeit der Kinder als nicht mehr zumutbar zu erachten ist. Aus diesem Grund ist auch davon abzusehen, eine allfällige Erhöhung der Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder entsprechend dem abschliessenden Antrag des Beklagten (Urk. 39 S. 9) mit dem heutigen Entscheid bis zum Eintritt der Mündigkeit zu beschränken. Wie bereits erwähnt, werden sich die Kinder mit der Mündigkeit jedoch - bei weiterhin fehlendem Kontakt - wohl entgegenhalten lassen müssen, dass weitere Zahlungen alsdann als unzumutbar erscheinen.

4. a) Damit ist eine Anpassung der Unterhaltsbeiträge für die beiden Kinder zu prüfen. Es ist dabei von folgendem aktuellen Bedarf des Beklagten auszugehen:

Grundbetrag (hälftiger Grundbetrag für Ehepaar):	Fr. 850.–
Wohn- und Nebenkosten:	Fr. 700.–
Stromkosten:	Fr. 42.–
Krankenkasse:	Fr. 163.–
Telefon/Radio/TV:	Fr. 100.–
Hausrat/Haftpflicht:	Fr. 18.–
Öffentliche Verkehrsmittel:	Fr. 113.–
Auswärtige Verpflegung:	Fr. 180.–
Selbstbehalt/Franchise:	Fr. 50.–
Weiterbildung:	Fr. 0.–
Vorsorge:	Fr. 0.–
Eheterapie:	Fr. 0.–
Steuern:	Fr. 0.–
Unterhaltsbeitrag an die Klägerin:	Fr. 109.–
<u>total:</u>	<u>Fr. 2'325.–</u>

Mit Bezug auf die umstrittenen und die vom Entscheid der Vorinstanz abweichenden Positionen sind dabei folgende Erwägungen massgebend:

- Wohnkosten:

Mit der Scheidungsvereinbarung waren Wohnkosten mit Nebenkosten von Fr. 1'040.– berücksichtigt worden. Gemäss unbestrittener Darstellung bewohnt der Kläger heute zusammen mit seiner Ehefrau eine 2-1/2 Zimmerwohnung. Der Mietzins beläuft sich auf Fr. 1'015.– pro Monat. Dazu hat der Beklagte zwei Garagen für Fr. 110.– pro Monat gemietet, nach seiner Darstellung als zusätzliche Abstellfläche. Die Nebenkosten beliefen sich 2008/2009 auf monatlich Fr. 165.–. Die gesamten Wohnkosten betragen somit Fr. 1'400.–. Mit einer Reduktion der Mietkosten auf Fr. 700.– wird dem Umstand, dass die heutige Ehefrau des Beklagten einen Beitrag zu leisten hat und entsprechende Einsparungen anzurechnen sind, genügend Rechnung getragen. Die damit angerechneten Wohnkosten liegen immer noch tiefer als mit der Scheidungsvereinbarung berücksichtigt. Dabei ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass bei einer freiwilligen Reduktion der Mietkosten derjenige Betrag angerechnet werden könnte, der an sich verbraucht werden dürfte (ZR 87 Nr. 114). Ein Gesamtbetrag für Miete von Fr. 1'400.– wäre für zwei Personen aber auch angemessen.

- Öffentliche Verkehrsmittel:

Der entsprechend geltend gemachte Betrag von Fr. 113.– (Urk. 29 S. 7) ist von der Beklagten anerkannt (Urk. 34 S. 6).

- Selbstbehalt/Franchise:

Entgegen der Auffassung des Beklagten (Urk. 29 S. 7) können hier nicht eventuell anfallende Kosten veranschlagt werden, sondern nur diejenigen Kosten die tatsächlich anfallen. Es sind daher nur diese bzw. die anerkannten Fr. 50.– zu berücksichtigen.

- Weiterbildung:

Mit der Vorinstanz sind keine Kosten für Weiterbildung neu zu berücksichtigen. Solche Kosten sind im Rahmen der Scheidungsvereinbarung nicht berücksichtigt worden. Gegenüber unmündigen Kindern sind sodann besonders hohe Anforderungen an die Leistungsfähigkeit zu stellen. Dabei sind Kosten für Weiterbildungen zurückzustellen; der Unterhalt der Kinder hat Vorrang (Hausheer/Spycher, a.a.O., S. 611 Rz 09.43).

- Vorsorge:

Der Beklagte weist im Berufungsverfahren darauf hin, dass sein effektiver Nettolohn sich auf Fr. 5'057.– pro Monat belaufe. Das angerechnete Einkommen von Fr. 5'648.– habe nur deshalb resultiert, weil der freiwillige monatliche Vorsorgebeitrag von Fr. 495.– hinzugerechnet worden sei. Dieser müsse deshalb als Aufwandposition angerechnet werden. Er müsse damit den Vorsorgebetrag ersetzen, den er mit der hälftigen Aufteilung bei der Scheidung an die Klägerin habe abtreten müssen (Urk. 29 S. 8). Diesen Ausführungen ist nicht zu folgen. Eine solche Berücksichtigung würde im Ergebnis zu einer Revision des Scheidungsurteils führen, in welchem die zwingende Aufteilung der Vorsorgeguthaben vorzunehmen war. Zudem gilt auch hier, dass die Unterhaltspflicht für die Kinder derartigen Aufwendungen vorgeht.

- Ehetherapie:

Diese im Berufungsverfahren neu geltend gemachte Position (Urk. 29 S. 9) kann nicht berücksichtigt werden. Es handelt sich nicht um dauerhafte Ausgaben. Gemäss der eingereichten Bestätigung wird nicht erwähnt, ab wann und in welchen Monaten diese Therapie erfolgen soll, es wird jedoch vermerkt, dass nach der Erfahrung 5 bis 8 Sitzungen benötigt würden (Urk. 31/7).

- Steuern:

Die Aufwendungen des Beklagten für Steuern wurden in der Scheidungsvereinbarung nicht berücksichtigt. Sie sind im Rahmen des Grundbedarfs grundsätzlich

nicht zu berücksichtigen, wenn der Bedarf der anspruchsberechtigten Person nicht gedeckt werden kann. Dies gilt erst Recht bei der Beurteilung von Unterhaltsbeiträgen für unmündige Kinder (ZR 103 Nr. 8). Im Übrigen verbleiben dem Beklagten genügend Mittel zur Bezahlung der Steuern (vgl. nachstehende Erwägung).

b) Der von der Vorinstanz ermittelte Bedarf für C._____ von Fr. 901.90 und für D._____ von Fr. 1'131.90 (Urk. 24 S. 10 ff.) blieb unbestritten. Zu Recht macht der Beklagte hiezu indes geltend, dass die von ihm weitergeleiteten Kinderzulagen auch einen Teil des Bedarfes der Kinder decken (Urk. 39 S. 7). Angesichts des eng gerechneten Bedarfs des Beklagten sind denn auch die den Kinder zur Verfügung stehenden Ausbildungszulagen (Kinderzulagen) von je Fr. 250.– wenigstens teilweise, d.h. rund zur Hälfte anzurechnen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass lediglich noch Fr. 800.– für C._____ bzw. Fr. 1'000.– für D._____ vom Beklagten zu tragen sind. Der Beklagte ist angesichts des massgeblichen (engen) Bedarfs von Fr. 2'325.– einerseits und aufgrund seines Einkommens von Fr. 5'648.– andererseits in der Lage, den (Rest-)Bedarf der Kinder von Fr. 1'800.– zu decken. Es verbleiben ihm rund Fr. 1'520.– zur Deckung der weiteren von ihm geltend gemachten und bei der Ermittlung des engen Bedarfes nicht berücksichtigten Aufwendungen.

c) Der Beklagte wendet weiter ein, dass der Sohn C._____ mittlerweile fremdplatziert sei, weshalb er nicht mehr betreut werden müsse. Somit lebe nur noch die Tochter D._____ bei der Klägerin. D._____ sei als Gymnasiastin aber den ganzen Tag abwesend. Die Klägerin habe keine Betreuungsaufgaben mehr und es sei für sie daher zumutbar, eine volle Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Sie könne so monatlich Fr. 4'000.– verdienen. Damit bestehe kein Bedarf mehr für eine Erhöhung der Kinderunterhaltsbeiträge (Urk. 29 S. 12). Sinngemäss macht der Beklagte damit geltend, dass auch die Klägerin einen Beitrag leisten könne.

Es ist indes mit der Klägerin davon auszugehen, dass sie heute noch nicht verpflichtet ist, eine volle Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Einerseits kommt nach ihren Ausführungen C._____ am Wochenende, an den Feiertagen und in den Ferien nach Hause, andererseits ist D._____ erst 14-jährig, so dass die Klägerin oh-

nehin noch nicht verpflichtet ist, einer vollen Erwerbstätigkeit nachzugehen (vgl. dazu BGE 109 II 286). Es ist daher weiterhin davon auszugehen, dass die Klägerin mit ihrem Einkommen von derzeit monatlich Fr. 2'344.– (inklusive Unterhaltsbeitrag von Fr. 109.–) nicht in der Lage ist, einen Beitrag an die Kosten der Kinder zu leisten. Damit bleibt es bei den auf Fr. 800.– bzw. Fr. 1'000.– erhöhten Unterhaltsbeiträgen.

5. Der Beklagte rügt zu Recht, dass die Vorinstanz "entsprechend dem Antrag der Klägerin" die Erhöhung der Unterhaltsbeiträge rückwirkend ab 1. Februar 2009 angeordnet hat (Urk. 29 S. 13 f. i.V. mit Urk. 24 S. 13). Die Klägerin hat ihren mit der Klagebegründung gestellten Antrag, wonach die Erhöhung der Unterhaltsbeiträge ab Februar 2009 zu gewähren sei (Urk. 9 S. 1), mit der Replik abgeändert und nurmehr eine Erhöhung ab Februar 2010 beantragt (Urk. 14 S. 9). Dies hat die Vorinstanz offensichtlich übersehen. Zwar kann gestützt auf Art. 279 Abs. 1 ZGB bei einer Abänderungsklage für Kinderunterhaltsbeiträge rückwirkend für ein Jahr vor Klageanhebung geklagt werden (BGE 127 III 503 und 128 III 305 E 6), doch gilt auch im Bereich der Oficialmaxime gemäss § 52 Abs. 3 ZPO/ZH, dass das Gericht nur auf Klage hin tätig werden muss. Entsprechend ist zu beachten, dass die Klägerin ihren Antrag eingeschränkt und eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge nur noch ab Klageerhebung, d.h. ab 1. Februar 2010 verlangt hat. Die höheren Unterhaltsbeiträge sind daher erst mit Wirkung ab diesem Datum zuzusprechen. Dabei ist aufgrund der hier anzuwendenden Oficialmaxime die Indexierung der Unterhaltsbeiträge neu festzulegen, und es sind die neuen Einkommensgrundlagen der Parteien im Entscheid festzuhalten.

6. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen richtet sich nach Obsiegen und Unterliegen der Parteien.

Die Klägerin anerkannte mit der Berufungsantwort (Urk. 34 S. 12) das vom Beklagten im Eventualstandpunkt für den Fall der Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils geltend gemachte bloss teilweise Obsiegen, dem mit einer Kostenaufteilung von $\frac{3}{4}$: $\frac{1}{4}$ Rechnung zu tragen sei (Urk. 29 S. 14 f.). Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist diese Aufteilung indes neu zu berechnen. Die Klägerin bezifferte ihre Anträge vor Vorinstanz dahingehend, dass die Kinderun-

terhaltsbeiträge auf je Fr. 1'200.– zu erhöhen seien. Entsprechend den neu festzusetzenden Unterhaltsbeiträgen obsiegt sie nur rund zur Hälfte. Zudem ist zu beachten, dass sie ihren ursprünglichen Antrag auf rückwirkende Erhöhung der Unterhaltsbeiträge ab Februar 2009 zurückgezogen hat. Dies rechtfertigte es, insgesamt von einem Obsiegen des Beklagten zu rund 60% oder drei Fünfteln auszugehen. Da mit dem erstinstanzlichen Urteil - was unangefochten geblieben ist - aber auch Ziff. 5.4 der Vereinbarung aufgehoben wurde, wonach ausserordentliche Kosten zusätzlich zu bezahlen waren, und davon auszugehen ist, dass diese "besonderen Kosten" nunmehr in den erhöhten Unterhaltsbeiträgen enthalten sind (Urk. 34 S. 2), rechtfertigt es sich insgesamt, die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Entsprechend ist von der Zusprechung von Prozessentschädigungen abzusehen.

Für das zweitinstanzliche Verfahren ist vorweg zu bemerken, dass die Klägerin die Abweisung der Berufung beantragt hat mit Ausnahme der Kosten- und Entschädigungsregelung, welche im Sinne des Eventualantrages des Beklagten zu ändern sei (Urk. 34 S. 2). Insoweit eine Korrektur der Kosten- und Entschädigungsfolgen (bei gleichbleibendem Entscheid) hätte vorgenommen werden müssen, sind die Kosten des Berufungsverfahrens entsprechend dem Antrag der Klägerin (Urk. 34 S. 12) auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Vorinstanz hat bei der Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ausser Acht gelassen, dass die Klägerin nur zu 3/4 obsiegt hat. Dies rechtfertigt es, vorweg 1/10 der Kosten des Berufungsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen. Entsprechend dem Hauptantrag der Klägerin sind ihr jedoch die Kosten des Berufungsverfahrens entgegen ihrem Eventualantrag (Urk. 34 S. 2 und 11) auch insoweit aufzuerlegen, als nunmehr keine Rückwirkung der Erhöhung der Unterhaltsbeiträge bereits ab Februar 2009 angeordnet wird. Die Klägerin hat sich mit ihrem Hauptantrag in diesem Punkt mit dem Entscheid der Vorinstanz identifiziert und nicht eine Korrektur des Entscheides beantragt. Sie hat aber andererseits akzeptiert, dass der Unterhaltsbeitrag für C. _____ bloss auf Fr. 950.– heraufgesetzt wird. Damit war im Berufungsverfahren nur noch eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge um insgesamt rund Fr. 800.– strittig. Der Beklagte obsiegt diesbezüglich mit Fr. 350.– und bezüglich der Rückwirkung. Die Änderung der erstinstanzlichen Kosten- und Ent-

schädigungsfolgen ist nicht weiter zu beachten. Insgesamt sind daher die weiteren 9/10 der Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzulegen. Entsprechend sind auch für das Berufungsverfahren keine Prozessentschädigungen zuzusprechen

7. a) Die Vorinstanz hat das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abgewiesen (Urk. 24 S. 19). Die Kammer hat mit Beschluss vom 2. März 2011 den gegen diesen Entscheid erhobenen Rekurs des Beklagten abgewiesen und den entsprechenden Entscheid der Vorinstanz bestätigt (Urk. 37). Der Beklagte stellte mit der Berufungsbegründung erneut ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 29 S. 2). Dabei verwies er zur Begründung auf seine Ausführungen im Rekursverfahren. Dies genügt nicht, um eine erneute Beurteilung des Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung herbeizuführen. Zudem kann nicht einfach auf Eingaben in einem anderen Verfahren verwiesen werden (vgl. dazu Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., N 4 zu § 113 ZPO/ZH). Das Gesuch ist deshalb abzuweisen. Im Übrigen verbleibt dem Beklagten ein Freibetrag von rund Fr. 1'520.–, was der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ohnehin entgegensteht.

b) Die der Klägerin von der Vorinstanz gewährte unentgeltliche Rechtspflege gilt auch für das Berufungsverfahren. Es besteht kein Anlass, im Sinne von § 90 Abs. 2 ZPO/ZH eine abweichende Entscheidung zu treffen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

3. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid.

Sodann wird erkannt:

1. Ziff. 5 sowie Ziff. 6.2 und Ziff. 8, letztere soweit die Kinderunterhaltsbeiträge betreffend, der mit Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Bülach vom 18. April 2001 genehmigten Scheidungskonvention werden aufgehoben und mit Wirkung ab 1. Februar 2010 durch folgende Regelung ersetzt:

Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder je monatliche Unterhaltsbeiträge, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- bzw. Ausbildungszulagen zu bezahlen, zahlbar jeweils am Ersten eines Monats im Voraus je bis zum Abschluss der ordentlichen Erstausbildung auch über die Mündigkeit hinaus an die Klägerin, solange C._____ bzw. D._____ im Haushalt der Klägerin leben, keine selbständigen Ansprüche stellen oder keine andere Zahlstelle bezeichnen:

- C._____: Fr. 800.–
- D._____: Fr. 1'000.–

Diese Unterhaltsbeiträge basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Mai 2011 mit 100.8 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie werden jährlich auf den 1. Januar, erstmals per 1. Januar 2013, dem Indexstand von Ende November des

Vorjahres nach folgender Formel angepasst:

Unterhaltsbeitrag gemäss vorliegendem Urteil x neuer Indexstand

100.8

Basis dieses Entscheides bildet ein Einkommen des Beklagten von monatlich netto Fr. 5'648.– und ein Einkommen der Klägerin (inklusive Unterhaltsbeiträge von Fr. 109.–) von netto Fr. 2'344.–.

2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Disp. Ziff. 2) wird bestätigt.
3. Die erstinstanzlichen Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der auf die Klägerin entfallende Anteil wird einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Eine Nachforderung im Sinne von § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 1/10 auf die Gerichtskasse genommen. Die übrigen 9/10 werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, wobei der auf die Klägerin entfallende Anteil einstweilen auf die Gerichtskasse genommen wird. Eine Nachforderung im Sinne von § 92 ZPO/ZH bleibt vorbehalten.
6. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

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

8. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid in einer vermögensrechtlichen Streitigkeit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Zürich, 7. Juli 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter Dr. R. Klopfer

lic. iur. Ch. Baumann

versandt am:
ss