

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC120016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Beschluss und Urteil vom 13. August 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger, Widerbeklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte, Widerklägerin und Berufungsbeklagte

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 9. März 2012; Proz. FP110014**

Rechtsbegehren:

(act. 12 in Verbindung mit act. 18, sinngemäss)

"Die Kinderunterhaltsbeiträge seien bis Ende 2011 zu sistieren und ab 1. Januar 2012 auf Fr. 350.– je Kind herabzusetzen.

Die Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten persönlich sei aufzuheben.

Die Schulden beim Jugendsekretariat des Bezirks ... und bei der Beklagten seien zu löschen."

Widerklage:

(act. 23, sinngemäss)

"Der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 8'500.– entsprechend den hälftigen ausserordentlichen Kosten für den Vorkurs von C. _____ an der ...schule samt Material, Bahngebühren und Projektwoche, zu ersetzen."

Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 9. März 2012:

1. Die Abänderungsklage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird festgesetzt auf Fr. 3'500.–.
4. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei zu vier Fünfteln und der beklagten Partei zu einem Fünftel auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
5. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 150.– zu bezahlen.
- 6./7. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

(act. 36 = act. 44)

Berufungsanträge:

des Klägers, Widerbeklagten und Berufungsklägers (act. 41 S. 2 f.):

- "1. Dispositiv Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 9. März 2012 (FP110014-M) sei vollumfänglich aufzuheben und die Unterhaltspflicht des Berufungsklägers gegenüber der Berufungsbeklagten gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 26. September 2007 (FP070174) Dispositiv Ziff. 1 sowie die Unterhaltspflicht des Berufungsklägers gegenüber dem gemeinsamen Sohn der Parteien, D._____, geb. tt.mm.1994, gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 22. November 2005 (FE050471) Dispositiv Ziff. 3.4 seien mit Wirkung ab 4. April 2011 vollumfänglich aufzuheben;
2. Eventualiter sei Dispositiv Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 9. März 2012 (FP110014-M) vollumfänglich aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
3. Dispositiv Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 9. März 2012 (FP110014-M) sei aufzuheben und die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien vollumfänglich der Berufungsbeklagten aufzuerlegen;
4. Eventualiter sei Dispositiv Ziff. 4 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 9. März 2012 (FP110014-M) aufzuheben und die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
5. Dispositiv Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 9. März 2012 (FP110014-M) sei aufzuheben und die Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Berufungskläger für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteienschädigung zu bezahlen;
6. Eventualiter sei Dispositiv Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 9. März 2012 (FP110014-M) aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;
7. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten.

Prozessualer Antrag:

Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

der Beklagten, Widerklägerin und Berufungsbeklagten:

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt.mm.1992 in E._____. Aus der Ehe gingen die beiden Kinder C._____, geboren am tt.mm.1992, und D._____, geboren am tt.mm.1994, hervor. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abteilung, vom 22. November 2005 wurde die Ehe geschieden (act. 3/45). Über die Scheidungsfolgen schlossen die Parteien eine Konvention (act. 3/42), welche mit dem Scheidungsurteil genehmigt wurde (act. 3/45). In Ziffer 4 der Konvention verpflichtete sich der Ehemann (Kläger und Berufungskläger; im Folgenden: Kläger), an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder ab Dezember 2005 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung (auch über die Mündigkeit hinaus) einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 1'000.– zu bezahlen. In Ziffer 5 verpflichtete er sich, der Ehefrau persönlich (Beklagte und Berufungsbeklagte; im Folgenden: Beklagte) folgenden Unterhalt im Sinne von Art. 125 ZGB zu bezahlen: Fr. 975.– ab Dezember 2005 bis September 2007, Fr. 600.– von Oktober 2007 bis September 2010 und Fr. 300.– von Oktober 2010 bis September 2013. Die in der letzten Periode geschuldeten Unterhaltsbeiträge wurden unter dem Titel "Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge" vereinbart (act. 3/42 S. 2). Als Grundlage für die Unterhaltsberechnung gingen die Parteien beim Kläger von einem Erwerbseinkommen von netto Fr. 6'280.– (inkl. 13. Monatslohn, zzgl. Kinderzulagen) aus und bei der Beklagten zum Zeitpunkt des Abschlusses der Konvention von netto Fr. 1'000.– bzw. ab Oktober 2007 von netto Fr. 2'500.– bzw. ab Oktober 2010 von netto Fr. 4'000.– oder mehr (act. 3/45).

Ein erstes vom Kläger eingeleitetes Abänderungsverfahren wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 26. September 2007 vereinbarungsgemäss erledigt. Die Parteien liessen den Ehegattenunterhaltsbeitrag von Fr. 300.– für die Phase ab 1. Oktober 2010 bis 30. September 2013 unverändert. Neu wurde dem Kläger ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'100.– (inkl. 13. Monatslohn, zzgl. Kin-

derzulagen) angerechnet (act. 7/10). Die Kinderunterhaltsbeiträge (je Fr. 1'000.–) blieben unverändert.

2. Mit Eingabe vom 4. April 2011 erhob der Kläger beim Bezirksgericht Dietikon erneut Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 22. November 2005. An der Einigungsverhandlung vom 15. Juni 2011 konnten die Parteien keine gütliche Einigung erzielen (Prot. VI S. 3 f.). Mit den Eingaben vom 14. Juli 2011 und vom 11. August 2011 reichte der Kläger eine schriftlich begründete Klage ein (act. 11 und act. 12; act. 17 und act. 18). Die Klageantwort, mit welcher die Beklagte gleichzeitig Widerklage erhob, datiert vom 27. September 2011 (act. 23). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. Januar 2012 erstatteten die Parteien mündlich die weiteren Parteivorträge zur Klage und zur Widerklage (Prot. VI S. 8 ff.). Ein Beweisverfahren wurde nicht durchgeführt. Das Einzelgericht wies sowohl die Hauptklage als auch die Widerklage unter dem Datum des 9. März 2012 vollumfänglich ab (act. 36 S. 11 = act. 44 S. 11).

3. Gegen diesen Entscheid führt der Kläger rechtzeitig Berufung und stellte gleichzeitig das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 41). Eine Berufungsantwort wurde gestützt auf Art. 312 Abs. 1 ZPO nicht eingeholt. Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 1-39). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegen die Kinder- und die nachehelichen Ehegattenunterhaltsbeiträge. Die Kinderbelange unterliegen der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 229 Abs. 3 ZPO; Art. 296 Abs. 1 ZPO). Noven sind daher – auch im Rechtsmittelverfahren – unbeschränkt zuzulassen. Hingegen gilt für die Festlegung des Ehegattenunterhalts der Verhandlungsgrundsatz (Art. 277 Abs. 1 ZPO), was im Berufungsverfahren zu einer Novenbeschränkung (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO) führen würde. Die Unterhaltsbeiträge, die sowohl dem Ehegatten als auch den Kindern geschuldet sind, bilden in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners ein Ganzes, dessen einzelne Teile nicht vollständig unabhängig voneinander festgesetzt werden können. Eine

Novenbeschränkung mit Bezug auf den Ehegattenunterhalt erscheint deshalb nicht sachgerecht.

2. Der Kläger beantragte vor Vorinstanz die Sistierung der Kinderunterhaltsbeiträge bis Ende 2011 und deren Herabsetzung ab 1. Januar 2012 von monatlich Fr. 1'000.– auf Fr. 350.– (Prot. VI S. 2). Im Sinne einer Klageänderung verlangt er berufsungsweise neu, es seien sämtliche Unterhaltsbeiträge mit Wirkung ab 4. April 2011 aufzuheben (act. 41 S. 2). Kinderbelange unterliegen der Officialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Indem das Gericht, und namentlich auch die Berufungsinstanz nicht an die Parteianträge gebunden sind und ihnen nur Vorschlagscharakter zukommt, ist eine Klageänderung ohne weiteres zulässig.

III.

1. Unbestrittenermassen arbeitete der Kläger bis Ende März 2009 als Schulhauswart der Sekundarschule F._____ und erzielte ein monatliches Einkommen von netto rund Fr. 6'100.– inkl. 13. Monatslohn (act. 14/1; act. 7/10). Ab April 2009 machte sich der Kläger nach dem Vorbezug seines Pensionskassenguthabens von rund Fr. 100'000.– selbständig und eröffnete die Garage G._____ (act. 12). Neben dem Garagenbetrieb arbeitete er von Juli 2010 bis Juli 2011 in einem 50% Pensum als Hauswart bei der H._____ AG (act. 44 S. 6; act. 14/2). Ende Januar / Anfang Februar 2012 gab der Kläger seinen Garagenbetrieb auf und bezieht seit-her Taggelder der Arbeitslosenversicherung (act. 43/41 und 42).

2. Die Vorinstanz bezweifelte nicht, dass mit der Eröffnung der Garage das Einkommen des Klägers deutlich einbrach und er seit April 2009 nicht mehr monatlich netto Fr. 6'100.– zu erzielen vermochte. Allerdings kam sie zum Schluss, dem Kläger sei für den Zeitraum ab Anfang 2011 ein hypothetisches Einkommen von mindestens Fr. 6'000.– anzurechnen. Es sei zwar davon auszugehen – so die Vorinstanz weiter –, dass seine Kündigung der langjährigen und gut bezahlten Stelle als Schulhauswart nicht gänzlich freiwillig erfolgt sei (vgl. act. 20). In der Folge habe der Kläger aber weder eine gleichwertige bzw. gleich gut bezahlte Stelle gesucht, noch habe er während der üblichen Rahmenfrist Arbeitslosentag-

gelder bezogen. Stattdessen habe er sich mit der Eröffnung der Garage trotz zweifelhaften beruflichen Qualifikationen kurz nach dem letzten Arbeitstag einen "Traum" verwirklicht. Da er für die Aufbauphase aufgrund der Auszahlung seines Pensionskassenguthabens von knapp Fr. 100'000.– über gewisse Reserven verfügt habe, könne ihm allein daraus noch kein Vorwurf gemacht werden. Für einen begrenzten Zeitraum seien die Lebenshaltungs- samt Alimentenkosten immerhin sichergestellt gewesen, zumal er daneben noch teilzeit- und seine Frau voll erwerbstätig gewesen sei. Gleichzeitig sei ihm die Beklagte durch eine zeitweilige Stundung der Unterhaltsbeiträge bis Ende 2010 entgegen gekommen. In der Folge sei die Garage jedoch offenbar kaum je zufriedenstellend gelaufen und die Geschäfte seien mit der Wirtschaftskrise völlig eingebrochen. Im gleichen Zeitraum seien zudem die Pensionskassengelder aufgebraucht gewesen. Trotz dieser Umstände habe der Kläger nicht bereits ab Mitte/Ende 2010, als dies angebracht gewesen wäre, entsprechende Massnahmen ergriffen wie die Suche nach einer Vollzeitstelle als Hauswart, sondern erst per Januar 2012. Gemäss eigenen Angaben erwarte der Kläger nach dem Wiedereinstieg als Hauswart einen Verdienst von mindestens Fr. 6'000.– (Prot. VI S. 12). Dies decke sich mit seinem vormaligen Verdienst bei der Sekundarschule F. _____. Dabei sei davon auszugehen, dass es dem Kläger aufgrund seiner langjährigen Berufserfahrung bereits vor rund einem Jahr, also Anfang 2011, möglich gewesen wäre, innert nützlicher Frist eine Vollzeit-Anstellung zu ähnlich guten Konditionen als Hauswart zu finden (act. 44 S. 8 f.).

3. Der Kläger lässt die Begründung der Vorinstanz nicht gelten und bringt im Wesentlichen dagegen vor, es sei zwar zutreffend festgestellt worden, dass er seine Stelle als Hauswart per 31. März 2009 nicht ganz freiwillig verloren und er sich daraufhin mit der Garage selbständig gemacht habe. Er habe sich damals aber selbständig gemacht, weil er per Ende März 2009 keine andere gleichwertige bzw. ähnlich gut bezahlte Stelle gefunden habe und nicht zur Arbeitslosenkasse habe gehen wollen. Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz habe er sehr wohl eine neue Stelle gesucht, aber keine gefunden. Als Beweismittel dazu lege er diverse Absagen auf Stellenbewerbungen ins Recht (act. 43/3-30). Neben dem Betrieb der Garage habe er zusätzlich von Juli 2010 bis Ende Juli 2011 zu 50%

bei der H. _____ AG als Hauswart gearbeitet. Im Jahr 2010 habe er zusammen mit seiner Hauswartstelle monatlich netto Fr. 2'416.– (act. 14/3; act. 43/31) verdient. Im Jahr 2011 sei das Einkommen auf netto ca. Fr. 2'912.– (act. 43/32-39; act. 14/4-6) angestiegen. Im Januar 2012 habe er überhaupt kein Einkommen erzielt. Seit der Aufgabe des Geschäfts, namentlich seit dem 8. Februar 2012 beziehe er Arbeitslosentaggelder von monatlich brutto Fr. 2'200.– bzw. netto Fr. 2'025.–. Im Februar 2012 habe er nur netto Fr. 1'493.55 erhalten. Die Rahmenfrist für die Taggelder betrage 260 Tage (act. 43/42-44). Er bemühe sich sehr eine neue Stelle zu finden (act. 43/45-50). Die Vorinstanz habe nicht in Zweifel gezogen, dass sich sein Einkommen ab April 2009 drastisch um weit mehr als 50% verringert habe. Sie rechne ihm allerdings rückwirkend ab Anfang 2011 ein hypothetisches Einkommen von netto Fr. 6'000.– pro Monat an, was nicht angehe. Falls einer Partei sogar rückwirkend ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde, müsse dargelegt werden, dass es ihr tatsächlich möglich sei, die Einkommenseinbusse effektiv rückgängig zu machen (BGE 128 III 6). Sodann müsse nach konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts bei Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine angemessene Übergangsfrist gewährt werden. Entgegen dieser langjährigen Rechtsprechung habe die Vorinstanz ihm mit Entscheid vom 9. März 2012 rückwirkend per Januar 2011 ein hypothetisches Einkommen angerechnet. Für die Vergangenheit und für eine angemessene Übergangsfrist sei von seinem tatsächlichen Einkommen auszugehen. Die Einkommenssituation, welche bereits im Sommer 2009 eingesetzt habe, sei bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsbegehrens am 4. April 2011 als dauerhaft zu bezeichnen und dauere nach wie vor an. Entsprechend seien die Voraussetzungen für eine Aufhebung der im Scheidungsurteil bzw. im Urteil betreffend Abänderung des Scheidungsurteils festgesetzten Unterhaltsbeiträge ab 4. April 2011 erfüllt (act. 41 S. 5 ff.). Er sei heute 50 Jahre alt und verfüge über keine gute Ausbildung. Wie gesehen, habe er sich in den Jahren 2008/2009 sowie auch heute sehr, aber bislang erfolglos um eine Stelle bemüht. Es könne ihm frühestens ab Mai 2013 ein hypothetisches Einkommen von höchstens netto Fr. 4'700.– angerechnet werden. Aus der Gegenüberstellung dieses Einkommens mit seinem Existenzminimum (inklusive neue Ehegattin) von Fr. 5'528.40 ergebe

sich aber, dass er auch in Zukunft keine Unterhaltsbeiträge mehr werde bezahlen können (act. 41 S. 11 ff.).

4.1 Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, sollten mit dem rechtskräftigen Scheidungsurteil die Nebenfolgen der Scheidung grundsätzlich auf Dauer und mit Bestandeskraft geregelt werden. Indes lässt sich die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien im Zeitpunkt der Scheidung oftmals nur beschränkt vorhersehen. Eine unerwartete Veränderung der finanziellen Situation kann dazu führen, dass sich der ursprünglich festgelegte Unterhaltsbeitrag im Nachhinein als unangemessen erweist. Diesfalls kann eine Partei gestützt auf Art. 129 Abs. 1 ZGB (Ehegattenunterhalt) und / oder Art. 286 Abs. 2 ZGB (Kinderunterhalt) eine Abänderung der festgelegten Unterhaltsbeiträge verlangen – vorausgesetzt, dass sich die Verhältnisse *erheblich* und *dauernd* verändert haben. Darüber hinaus verlangen Lehre und Rechtsprechung die Unvorhersehbarkeit der Veränderung. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kann eine Anpassung an die veränderten Verhältnisse erfolgen, indem die Unterhaltsbeiträge aufgehoben, sistiert oder reduziert werden. Ausgangspunkt bleibt jedoch das Scheidungsurteil, das massgebend dafür ist, welche Lebenshaltung der Bemessung der Unterhaltsbeiträge zugrunde gelegen hat. Es ist also nicht zu überprüfen, welcher Unterhaltsbeitrag aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse angemessen erschiene (vgl. BGer 5A_9/2009 E. 3 vom 4. Februar 2009).

4.2 Im Abänderungsprozess sind die Fragen nach der Urteilstwirkung und der Urteilsgrundlage auseinanderzuhalten. Nach BGE 117 II 368 (übersetzt in Pra 81 [1992] Nr. 183) wird das Gericht die Rente in der Regel mit Wirkung ab der Klageeinreichung ändern; es darf aber in Beurteilung des konkreten Einzelfalls auch einen späteren Zeitpunkt festlegen. Von diesem für die Urteilstwirkung massgebenden Zeitpunkt muss die Frage unterschieden werden, welcher Sachverhalt dem Urteil zugrunde zu legen ist (BGer 5C.197/2003 E. 3.1 Urteil vom 30. April 2004). Die Frage beantwortet das anwendbare Novenrecht. Wie bereits ausgeführt, besteht für das hiesige Berufungsverfahren keine Novenbeschränkung (vgl. Ziff. II.1). Damit sind alle neuen Beweismittel zu berücksichtigen und es ist dem

(zweitinstanzlichen) Urteil derjenige Sachverhalt zugrunde zu legen, welcher im Zeitpunkt der Urteilsfällung besteht.

4.3 Grundsätzlich ist für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen. Geht die Einkommensverminderung auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich. Der Unterhaltsschuldner soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen. Folglich ist von der bisherigen höheren Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten auszugehen und ihm dementsprechend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III 4 E. 4a; BGer 5C.163/2001 E. 2.c vom 18. Oktober 2001). Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist. Dabei sind im Verhältnis zum unmündigen Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen. Dies gilt vor allem in jenen Fällen, wo wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 2.3 m.w.H.).

5.1 Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass sich das monatliche Einkommen des Klägers seit April 2009 erheblich reduziert hat (act. 44 S. 8). Wie hoch diese Reduktion tatsächlich war bzw. ist, kann offen bleiben, da – wie zu zeigen sein wird – dem Kläger ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist.

5.2 Der Kläger bringt berufsweise vor, die Einkommensreduktion durch die Garageneröffnung sei nicht freiwillig erfolgt, sondern sei eine Folge davon gewesen, dass er nach der Kündigung im September 2008 keine neue Stelle gefunden habe (act. 41 S. 6). Vor Vorinstanz gab er an, er habe sich selbständig gemacht, weil er keine neue Arbeitsstelle gefunden habe und nicht zur Arbeitslosenkasse habe gehen wollen. Er sei sich bewusst gewesen, dass er mit der Eröffnung der Garage ein hohes Risiko in Kauf genommen habe, weil er als Privatperson hafte und somit jeder Zeit der Pfändung unterzogen werden könne. Die Eröffnung der Garage sei ein Traum von ihm gewesen und er habe diese Möglichkeit ergreifen

wollen. Seiner Meinung nach sei es besser zu arbeiten und dabei ein hohes Risiko in Kauf zu nehmen, als zur Arbeitslosenkasse zu gehen. Mit dem Gang zur Arbeitslosenkasse hätte er es sich einfach machen können, aber dafür wären keine Unterhaltszahlungen mehr möglich gewesen (act. 12).

5.3 Gemäss Schreiben der Sekundarschule F. _____ vom 12. September 2008 kündigte der Kläger seine Arbeitsstelle am 8. September 2008 auf den 31. März 2009 (act. 14/1). Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass er sich im Zeitraum von August 2008 bis Februar 2009 – also innerhalb der Kündigungsfrist – an diversen Orten (erfolglos) als Hauswart bewarb (act. 43/3-30). Der Entscheidung, sich nicht bei der Arbeitslosenkasse anzumelden und innerhalb der Rahmenfrist weiterhin eine neue Stelle zu suchen, sondern die Garage zu eröffnen, fällt der Kläger einseitig und freiwillig. Wie die Vorinstanz zutreffend erwog, kann dem Kläger der Entscheid, sich selbständig zu machen, nicht im vornherein zum Vorwurf gemacht werden. Letztlich kommt es nämlich darauf an, ob ein Unterhaltsschuldner in zumutbarer Weise so weit leistungsfähig bleibt, dass er seinen Unterhaltsverpflichtungen weiterhin nachkommen kann. Im April 2009 war der Kläger verpflichtet, noch Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 2'450.– (Fr. 1'000.– je Kind; Fr. 450.– Ehegattenunterhalt) zu leisten (act. 7/9 und act. 10). Unter Berücksichtigung seines damaligen Notbedarfs von Fr. 3'200.– (act. 7/10), hätte er zur Deckung seiner finanziellen Verpflichtungen ein monatliches Einkommen von netto mindestens Fr. 5'650.– erzielen müssen. Unbestrittenermassen schaffte es der Kläger in einer ersten Phase der Selbständigkeit die Unterhaltsbeiträge mit Hilfe seiner Teilzeitstelle, des Pensionskassenvorbezugs und der teilweisen Stundung, zu leisten (Prot. VI S. 11). Seine Leistungsfähigkeit brach damit nicht unmittelbar mit der Garageneröffnung ein. Zum Zeitpunkt der Anhängigmachung der Abänderungsklage im April 2011 führte der Kläger die Garage bereits seit zwei Jahren. Nach eigenen Angaben des Klägers seien die Geschäfte im Jahr 2011 mit der Wirtschaftskrise völlig zusammengebrochen (Prot. S. 11; vgl. auch act. 43/31; act. 14/4-6). Dieses unternehmerische Risiko hat der Kläger als Unterhaltsschuldner bei einem risikoreichen Gang in die Selbständigkeit selber zu tragen. Es wäre unbillig, die Einkommensreduktion einfach auf die geschiedene Frau und die Kinder abzuwälzen. Mit anderen Worten: Der Kläger muss die Folgen

seiner Entscheidung, eine Garage zu eröffnen und dadurch möglicherweise weniger Einkommen zur Verfügung zu haben, selber tragen. Mit Blick auf die Last der zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge hat der Kläger die Einkommensverschlechterung aus objektiv nicht nachvollziehbaren Gründen herbeigeführt. Die getätigten Suchbemühungen während dreier Monate reichen nicht aus um zu belegen, dass er überhaupt keine andere Wahl gehabt hätte, als die Garage zu eröffnen. Es wäre ihm zuzumuten gewesen, über einen längeren Zeitraum als nur drei Monate eine Stelle im Bereich Gebäudebetreuung zu suchen und sich gleichzeitig (notgedrungen) bei der Arbeitslosenversicherung anzumelden. Der Kläger verfügt über langjährige Erfahrung als Hauswart. So arbeitete er während mindestens sieben Jahren (vgl. act. 3/19 S. 10) als Hauswart bei der Sekundarschule F._____. Dass der Kläger bis heute noch keine neue Vollzeitstelle gefunden hat, spricht nicht gegen die Annahme eines hypothetischen Einkommens. Gemäss den eingereichten Beilagen liegen für den Zeitraum zwischen März 2009 bis Dezember 2011 keine Bewerbungen vor. Der Kläger belegt lediglich sechs Bewerbungen zwischen Dezember 2011 und März 2012. Damit hat er nicht rechtsgenügend dargetan, dass er alles Zumutbare unternommen hat, um eine neue Anstellung als Hauswart zu finden. Mit der Vorinstanz ist dem Kläger deshalb zum Zeitpunkt der Anhängigmachung der Abänderungsklage im April 2011 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen.

5.4 Die Vorinstanz rechnete dem Kläger ein hypothetisches Einkommen von mindestens Fr. 6'000.– an und berief sich diesbezüglich auf seine eigenen Angaben anlässlich der Hauptverhandlung vom 27. Januar 2012 (Prot. VI S.12). Damit ein hypothetisches Einkommen in einer konkreten Höhe angerechnet werden kann, muss es effektiv erzielbar sein. Der Kläger macht berufungsweise geltend, bei seiner letzten Anstellung als Hauswart bei der H._____ AG habe er bei einem 50% Pensum monatlich netto Fr. 2'384.70 verdient (act. 43/32). Es sei daher davon auszugehen, dass er bei einem 100% Pensum nicht mehr als netto Fr. 4'700.– verdienen könne. Die frühere Stelle bei der Gemeinde (Sekundarschulhaus F._____) sei aussergewöhnlich gut bezahlt gewesen. Realistischweise könne er aber nur ein Einkommen erzielen, das ein Hauswart bei einem privaten Arbeitgeber erhalte (act. 41 S. 11).

5.5 Mindestlöhne und Lohnvergleiche für den Hauswertsberuf lassen sich aus unterschiedlichen Quellen entnehmen (z.B. Mühlhausen, Das Lohnbuch 2012, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zürich 2012; Lohnstrukturhebungen des Bundesamtes für Statistik; Zentralverband öffentliches Personal Schweiz, Lohnvergleich 2011; Salarium - Individueller Lohnrechner des Bundes). Werden die Lohnangaben aus diesen Quellen miteinander verglichen, ergibt sich, dass im Bereich Gebäudebetreuung/Hauswart erhebliche Lohnunterschiede bestehen. Der Kläger macht geltend, das Einkommen als Schulhauswart im Sekundarschulhaus F. _____ sei aussergewöhnlich hoch gewesen (act. 41 S. 11). Dieser Einwand ist insofern zutreffend, als in einer Anstellung als Hauswart für Schulanlagen höhere Löhne bezahlt werden als im privaten Sektor. Der Lohnvergleich des Zentralverbandes für öffentliches Personal ergibt aber, dass das ausbezahlte Einkommen in F. _____ durchaus dem Ausbildungsstand des Klägers als diplomierter Hauswart und seinen erarbeiteten Dienstjahren entsprach. Ob der Kläger wieder eine Anstellung in dieser Einkommensklasse finden könnte, kann aber nicht ohne Weiteres angenommen werden.

Gemäss der Lohnstrukturhebung des Bundesamtes für Statistik belief sich der monatliche Bruttolohn im Bereich Gebäudebetreuung (privater und öffentlicher Sektor) für das Jahr 2010 inkl. 13. Monatslohn auf durchschnittlich Fr. 5'156.– (Berufs- und Fachkenntnisse vorausgesetzt) bzw. auf Fr. 5'654.– (Verrichtung selbständiger und qualifizierter Arbeit). Eine Lohnberechnung gestützt auf den individuellen Lohnrechner des Bundes (Salarium - individueller Lohnrechner) ergibt einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'254.– (einfache und repetitive Aufgaben) bzw. Fr. 5'870.– (Berufskennntnisse vorausgesetzt). Diese Berechnungen beruhen auf folgenden Indikatoren: 50-jährig, sieben Dienstjahre, Gebäudebetreuung, Logistik/Stabsaufgaben, Region Zürich, Beschäftigungsgrad 100 %, 42 Wochenstunden. Unter Berücksichtigung dieser Berechnungsmodelle ist realistischerweise nicht von einem hypothetischen Nettoeinkommen von Fr. 6'000.– auszugehen, sondern von einem solchen von brutto Fr. 5'500.– bzw. netto Fr. 4'800.–.

6.1 Eine erhebliche und dauerhafte Einkommensverschlechterung beim Unterhaltspflichtigen führt für sich allein nicht zwangsläufig zu einer Herabsetzung der Unterhaltsrente. Der Abänderungsrichter hat viel mehr nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) zu entscheiden, ob die zur Begründung vorgebrachte neue Sachlage, falls sie sich wirklich als neu erweist, eine Neuurteilung von Bestand oder Höhe der Rentenverpflichtung rechtfertige und in welchem Ausmass eine allenfalls begründete Herabsetzung der Rente zu erfolgen habe (BGer 5C.163 /2001 E. 2.d) Urteil vom 18. Oktober 2001 m.w.H.).

6.2 Für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums sind, insbesondere unter Berücksichtigung der Neuverheiratung des Klägers, die aktuellen Bedarfswahlen zu berücksichtigen (BGE 137 III 59 E. 4.2.2).

6.2.1 Die Scheidungskonvention vom 22. November 2005 basierte auf folgenden Bedarfswahlen des Klägers (act. 3/43):

Grundbetrag	Fr.	1'100.-
Mietzins Wohnung	Fr.	1'400.-
EWZ	Fr.	60.-
Telefon/Radio/TV	Fr.	130.-
Krankenkasse	Fr.	182.-
Arbeitsweg/VBZ	Fr.	70.-
Versicherungen	Fr.	36.-
Besuchsrechtskosten	Fr.	160.-
Sonstiges	Fr.	60.-
Total	Fr.	3'198.-

6.2.2 Der Kläger beziffert sein Existenzminimum als nicht verheiratete Person (Fr. 2'808.-) sowie dasjenige gerechnet mit seiner Ehefrau (Fr. 4'818.40). Dazu macht er geltend, vor Februar 2012 und vom Zeitpunkt an, ab welchem ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde, seien auch die Kosten für den Arbeitsweg (Fr. 500.-) und für die auswärtige Verpflegung (Fr. 210.-) anzurechnen.

nen. Das ergebe ein gemeinschaftliches Existenzminimum von Fr. 5'528.40 (act. 41 S. 13 ff.).

6.2.3 Entgegen den klägerischen Behauptungen kann der wiederverheiratete Unterhaltsschuldner nach BGE 137 III 59 nur die Sicherung des Existenzminimums für seine eigene Person beanspruchen, nicht aber für die gesamte zweite Familie. Massgeblich für die Ermittlung der tatsächlichen Leistungsfähigkeit sind somit nur die Bedarfspositionen des Klägers. Das ergibt folgende Bedarfsberechnung:

Grundbetrag	Fr.	850.–
Mietzins Wohnung	Fr.	857.–
Telefon/Radio/TV	Fr.	130.–
Krankenkasse	Fr.	206.–
Arbeitsweg	Fr.	350.–
auswärtige Verpflegung		210.–
Hausrat / Haftpflicht	Fr.	18.–
Sonstiges		60.–
Total	Fr.	2'681.–

6.2.4 Zu den einzelnen Positionen:

Grundbetrag: Hinsichtlich des für den Kläger massgeblichen Grundbetrages ist zu bemerken, dass der Kläger nach eigenen Angaben im Jahr 2006 wieder geheiratet hat, die Ehe aber kinderlos geblieben ist. Die neue Ehefrau ist in einem 90% Pensum erwerbstätig (Prot. VI S. 10). In dieser Konstellation ist gemäss Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich zur Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 [fortan Kreisschreiben] der Ehegatten-Grundbetrag einzusetzen und dieser auf die Hälfte herabzusetzen (BGE 137 III 63). Das ergibt entgegen den klägerischen Vorbringen einen reduzierten Grundbetrag von Fr. 850.–.

Wohnungskosten: Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist einem Unterhaltsschuldner, der seine Wohnung mit einer erwachsenen Person teilt, nach Massgabe der – tatsächlichen oder hypothetischen – Leistungsfähigkeit der Bewohner ein angemessener Anteil an den gesamten Wohnkosten als eigenes Existenzminimum anzurechnen (BGE 137 III 63).

Die Ehegattin des Klägers erzielt mit ihrem 90 %-Pensum (Prot. VI S. 10) im I. _____ ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'520.– (act. 43/39). Gemäss eigenen Angaben des Klägers kann sie ihr eigenes Existenzminimum knapp decken (act. 41 S. 13). Daher ist davon auszugehen, dass sie die Hälfte der Wohnkosten tragen kann. Dem Kläger sind folglich nur die Hälfte der Wohnkosten, namentlich Fr. 857.– anzurechnen.

Radio/TV/Telefon: Kosten für Kommunikation sowie Radio- und Fernsehgebühren wären bei der hier massgebenden engen Existenzminimumsberechnung an sich nicht separat aufzuführen, sondern aus dem monatlichen Grundbetrag zu bestreiten (vgl. das Kreisschreiben). Im Scheidungsverfahren wurden dem Kläger Fr. 130.– für Telefon/Radio/TV angerechnet (act. 3/43). Im Abänderungsverfahren macht der Kläger neu für sich alleine Kosten von monatlich Fr. 159.– (Fr. 120.– Telefon; Fr. 39.– Radio/TV) geltend. Beim Kläger ist neu von eher knappen Verhältnissen auszugehen. Dennoch darf im Abänderungsverfahren der Bedarf nicht vollständig neu festgesetzt werden (vgl. BGer 5C.197/2003 vom 30. April 2004). Folglich sind die Kosten für Telefon/Radio/TV im Bedarf zu belassen, allerdings nur im reduzierten Betrag von Fr. 130.– .

Krankenkasse/Hausrat/Haftpflicht: Die Krankenkassenkosten von Fr. 206.– sowie die Versicherungskosten von Fr. 18.– sind belegt (act. 43/51 und act. 52).

Der Kläger macht darüber hinaus Kosten von Fr. 125.– für den monatlichen Anteil an der Franchise geltend. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die unter die Jahresfranchise fallenden und tatsächlich zu bezahlenden Gesundheitskosten im Existenzminimum zu berücksichtigen (BGE 129 III 242; vgl. auch Ziffer 5.3 des Kreisschreibens). Der Kläger legt nicht dar, inwiefern ihm Gesundheitskosten entstanden sind bzw. weiterhin entstehen. Es liegen auch keine ent-

sprechenden Belege vor. Die geltend gemachten Fr. 125.– sind daher im Bedarf nicht zu berücksichtigen.

Fahrtkosten/Kosten auswärtige Verpflegung: Indem dem Kläger ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird, sind in der Bedarfsberechnung Fahrtkosten zum Arbeitsplatz und Kosten für die auswärtige Verpflegung zu berücksichtigen. Für die auswärtige Verpflegung macht der Kläger pauschal Fr. 210.– geltend (act. 41 S. 15). Gerechnet mit 21 Arbeitstagen (= 100% Arbeitspensum) entspricht das einer Tagespauschale von Fr. 10.–. Dieser Betrag liegt innerhalb des vom Kreisschreiben festgelegten Rahmens (vgl. Ziffer III.3.2 des Kreisschreibens) und erscheint angemessen.

Die Fahrtkosten zum Arbeitsplatz beziffert der Kläger auf Fr. 500.– (act. 41 S. 15). Im Scheidungsverfahren wurden ihm Fr. 70.– für das VBZ-Billet angerechnet (act. 3/43). Demnach konnte er den ehemaligen Arbeitsort in F._____ mit den öffentlichen Verkehrsmitteln erreichen. Gemäss Kreisschreiben dürfen für Fahrten mit dem Auto zum Arbeitsplatz Fr. 100.– bis Fr. 600.– im Bedarf angerechnet werden. Hierbei handelt es sich um den maximal zulässigen Pauschalbetrag und effektive Kosten können gemäss Praxis nur insoweit im Bedarf berücksichtigt werden, als sie verhältnismässig erscheinen (Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007, S. 1233 m.w.H.). Zum jetzigen Zeitpunkt ist offen, ob der Kläger zukünftig mit den öffentlichen Verkehrsmitteln oder mit dem Auto zur Arbeitsstelle fahren wird. Für den Fall, dass er ein Auto benötigen würde, erscheint ein durchschnittlicher Pauschalbetrag von Fr. 350.– verhältnismässig und angemessen.

6.3.1 Wie bereits erwähnt, bildet Ausgangspunkt für das Abänderungsverfahren das Scheidungsurteil, das massgebend dafür ist, welche Lebenshaltung der Bemessung der Unterhaltsbeiträge zugrunde gelegen hat. Es ist also nicht zu überprüfen, welcher Unterhaltsbeitrag aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse angemessen erschiene (vgl. BGer 5A_9/200 E. 3 vom 4. Februar 2009).

6.3.2 Verglichen mit der Bedarfsberechnung aus dem Scheidungsverfahren (act. 3/43) werden in der Bedarfsberechnung gemäss Ziffer 6.2.1 folgende Kosten

nicht berücksichtigt: Elektrizitätswerke Fr. 60.– und Besuchsrechtskosten Fr. 160.–. Der Kläger macht berufungsweise keine Energiekosten geltend (act. 41 S. 13 f.). Gemäss Kreisschreiben wären solche Kosten sowieso im Grundbetrag enthalten. Die Besuchsrechtskosten sind angesichts des Alters der Kinder (Jahrgang 1992 und 1994) mittlerweile weggefallen. Diese Kosten sind ebenfalls nicht mehr zu berücksichtigen.

Stattdessen sind entgegen den Vorbringen des Klägers die Position "Sonstiges" zu berücksichtigen und die Position "Steuern" wegzulassen (act. 41 S. 13 f.). Unter dem Titel "Sonstiges" wurde den Parteien im Scheidungsverfahren je Fr. 60.– angerechnet. Dieser Betrag ist dem Kläger zu belassen, da im Abänderungsverfahren nicht zu überprüfen ist, ob diese Position nach wie vor angemessen erscheint. Der Kläger macht berufungsweise Steuerkosten von monatlich Fr. 100.– geltend (act. 41 S. 14). Die Steuern sind bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums nicht zu berücksichtigen (vgl. Ziffer IV des Kreisschreibens mit zahlreichen Hinweisen und insbesondere BGE 127 III 292 sowie Urteil 5C.282/2002 vom 27. März 2003, Erw. 2.1). Im Übrigen wurden sie in der Bedarfsberechnung des Scheidungsverfahrens nicht berücksichtigt (vgl. act. 3/43).

6.3.3 Dem ursprünglichen Einkommen des Klägers von monatlich Fr. 6'100.– stand ein Existenzminimum von rund 3'200.– gegenüber (act. 3/43; act. 7/10). Im Abänderungsverfahren ist neu von einem hypothetischen Einkommen von 4'800.– sowie einem Existenzminimum von rund Fr. 2'680.– auszugehen. Die Leistungskraft verringerte sich demnach um rund 21 % und das Existenzminimum um rund 16 %. Im Scheidungszeitpunkt verblieben dem Kläger nach Abzug der Unterhaltsbeiträge und des Existenzminimums frei verfügbare Mittel von Fr. 105.–. Im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Abänderungsverfahrens beliefen sich die Unterhaltsbeiträge auf Fr. 2'300.– (act. 7/9 und act. 7/10). Verglichen mit dem ursprünglichen Einkommen von Fr. 6'100.– verblieben dem Kläger frei verfügbare Mittel von Fr. 600.–, das heisst rund 10 % des Einkommens.

Das Bundesgericht gibt keine starre "Prozentregeln" vor, wann eine Änderung der Leistungsfähigkeit als erheblich zu qualifizieren ist. Vielmehr müssen die in der

Praxis als Schwellenwerte angenommenen Veränderungen von 10% oder auch von 20-30% in Relation zur Einkommenshöhe und zur bisherigen Leistungsverpflichtung gesetzt werden. Je nach dem hat dieselbe Veränderung grössere oder kleinere Auswirkungen auf die Lebenshaltung des Schuldners (BGer 5C.197/2003 vom 30. April 2004 E. 3.3 m.w.H.).

In Bezug auf die bisherige Leistungsverpflichtung des Klägers ist ein besonderes Augenmerk auf die mittlerweile volljährig gewordene Tochter C._____ zu richten. Zum Zeitpunkt der Anhängigmachung des Abänderungsverfahrens am 5. April 2011 war C._____ (geb. tt.mm.1992) rund 18½-jährig und Sohn D._____ (geb. tt.mm.1994) rund 16½-jährig (act. 7/9). Die Vorinstanz erwog, soweit der Kläger die Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge beantrage, entspreche es klarer Praxis, dass die Inhaberin der elterlichen Sorge als gesetzliche Vertreterin des unmündigen Kindes im Abänderungsprozess passivlegitimiert sei. Ebenso eindeutig stehe jedoch fest, dass mündige Kinder im eigenen Namen einzuklagen seien, wofür nach den einschlägigen Prozessnormen das vereinfachte Verfahren mit vorgängigem Schlichtungsversuch zur Anwendung komme (Art. 295 ZPO). Soweit der Kläger somit die Reduktion der Unterhaltsbeiträge der bereits volljährigen Tochter C._____ beantrage, sei die Klage ohne Weiteres abzuweisen (act. 44 S. 3). Der Kläger legte dagegen kein Rechtsmittel ein (act. 41 S. 2).

Die Passivlegitimation der Beklagten für die Reduktion des Unterhaltsbeitrags für D._____ ist gegeben (vgl. BGE 136 III 365). Mangels Parteistellung der Tochter C._____ hat der ihr zustehende Unterhaltsbeitrag für dieses Verfahren unberücksichtigt zu bleiben. Für ein Abänderungsverfahren müsste der Kläger gegen C._____ gestützt auf Art. 295 ZPO eine selbständige Klage einleiten. Inwiefern der zuständige Richter in einem solchen Verfahren die geltenden Unterhaltsbeiträge für das (noch) unmündige Kind und die Ehegattin berücksichtigen wird, kann und darf im vorliegenden Verfahren nicht beurteilt werden. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung gehen die Unterhaltsbeiträge für unmündige Kinder und solche der Ehegatten grundsätzlich denjenigen der mündigen Kinder vor (vgl. z.B. BGE 118 II 97; BGer 5C.5/2003 vom 8. Mai 2003). In Bezug auf das vorliegende Berufungsverfahren bedeutet dies, dass für die Beurteilung der Leis-

tungsfähigkeit des Klägers nur die Unterhaltsverpflichtungen gegenüber D. _____ und der ehemaligen Ehegattin von insgesamt Fr. 1'300.– zu berücksichtigen sind. Dabei wird nicht übersehen, dass der Kläger bis zu einer allfälligen Abänderung jener Verpflichtung, zur Bezahlung der Unterhaltsbeiträge an die erwachsene Tochter verpflichtet bleibt. Es wäre aber offenbar unbillig, die heutigen Beklagten es entgelten zu lassen, dass der Kläger versäumte, (auch) gegen die erwachsene Tochter rechtzeitig und richtig zu klagen.

Die Einkommensreduktion des Klägers von monatlich Fr. 6'100.– auf Fr. 4'800.– ist als erheblich, dauerhaft und nicht vorhersehbar zu qualifizieren. Diese verminderte Leistungsfähigkeit führt aber nicht per se zu einer Aufhebung, Reduktion oder Sistierung der Unterhaltsbeiträge. Unter Berücksichtigung des Existenzminimums von neu Fr. 2'680.– und den Unterhaltsverpflichtungen von Fr. 1'300.–, resultiert immer noch ein (frei) verfügbarer Betrag von Fr. 820.–. Damit wäre es trotz erheblicher Reduktion des Einkommens unbillig, die Unterhaltsbeiträge zu reduzieren oder gar aufzuheben. Ein Abänderungsgrund im Sinne von Art. 129 Abs. 1 ZGB ist daher nicht gegeben.

6.4 Der Kläger macht in seiner Berufungsschrift Ausführungen zum Einkommen und zum Bedarf der Beklagten (act. 41 S. 15 f.). Nach Art. 129 Abs. 1 ZGB ist eine Verbesserung der Verhältnisse der berechtigten Person nur dann zu berücksichtigen, wenn im Scheidungsurteil eine den gebührenden Unterhalt deckende Rente festgesetzt werden konnte. Im Scheidungsurteil vom 22. November 2005 wurde der Bedarf der Beklagten mit den Kindern auf Fr. 4'560.– festgelegt. Das Einkommen der Beklagten belief sich in der ersten Phase auf insgesamt Fr. 3'975.– (Fr. 2'975.– Unterhaltsbeiträge; Fr. 1'000.– Erwerbseinkommen). Somit konnte im Scheidungsurteil für diese Phase keine den gebührenden Unterhalt deckende Rente festgelegt werden (act. 3/43; act. 7/9). Erst ab der zweiten Phase erzielte die Beklagte gestützt auf die Grundlagen der Unterhaltsberechnung ein den gebührenden Unterhalt deckendes Einkommen (vgl. act. 7/9 S. 4 und 5).

Die Festlegung des Kinderunterhaltsbeitrags basiert auf der Scheidungskonvention vom 22. November 2005 (act. 7/9). Für die Phase ab Oktober 2010 gingen die Parteien darin bei der Beklagten von einem monatlichen Nettoeinkommen von

Fr. 4'000.– oder mehr aus. In Auslegung der Konvention (vgl. BGer 5C.197/2003 E. 2 vom 30. April 2004) ist davon auszugehen, dass der vereinbarte Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.– auch geschuldet ist, falls die Beklagte – wie der Kläger berufsweise geltend macht (vgl. 41 S. 16) – durch Erwerbseinkommen, Mieteinnahmen oder Lehrlingslohn von D._____ höhere Einkünfte als monatlich Fr. 4'000.– erzielen würde. Das Mehreinkommen wäre diesfalls nämlich nicht unvorhersehbar. Mit der gerichtlich genehmigten Vereinbarung vom 7. September 2007 wurden zwar die Berechnungsgrundlagen für den Ehegattenunterhalt angepasst (Einkommen Beklagte neu: netto Fr. 3'200.–), aber die Rentenhöhe für die Periode von Oktober 2010 bis September 2013 (Fr. 300.–) blieb unverändert. In der Vereinbarung wurde zudem präzisierend festgehalten, der Unterhaltsbeitrag von Fr. 300.– sei unter dem Titel Aufbau einer angemessenen Altersvorsorge geschuldet (vgl. act. 7/10). Für die Zeit ab Oktober 2010 war ein eigener Beitrag an die Altersvorsorge nicht mehr notwendig, weil man ein Einkommen von Fr. 4'000.– oder mehr resp. doch Fr. 3'200.– erwartete. In Auslegung der Vereinbarung vom 7. September 2007 ist folglich davon auszugehen, dass der Vorsorgeunterhalt unabhängig davon geschuldet ist, wie sich das Einkommen der Beklagten verändert. Diese Leistung sollte nicht zur Deckung des Unterhalts beitragen, sondern eine während der Ehe erlittene Einbusse in der Altersvorsorge ausgleichen. Vor diesem Hintergrund muss die Einkommenssituation der Beklagten für das hiesige Abänderungsverfahren unberücksichtigt bleiben (vgl. act. 41 S. 15 f.).

6.5 Der angefochtene Entscheid ist zu bestätigen, und die Berufung ist abzuweisen.

IV.

1. Der Kläger stellt den Antrag, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und seine Anwältin als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestimmen (act. 41 S. 3). Die unentgeltliche Rechtspflege wird gemäss Art. 117 ZPO gewährt, wenn eine Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um die mut-

masslichen Prozesskosten sowie die allfälligen Kosten ihrer sachlich gebotenen Rechtsverteidigung zu tragen, und darüber hinaus ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Für die Beurteilung der Mittellosigkeit dürfen nur effektiv vorhandene und verfügbare Mittel des Gesuchstellers berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens ist unzulässig (Lukas Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 N 19).

Aus den neu eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass der Kläger derzeit Tag-gelder der Arbeitslosenkasse von monatlich Fr. 2'053.60 bezieht (act. 43/42 und act. 44) und über in Betreuung gesetzte Schulden von Fr. 64'677.65 verfügt (act. 43/54). Er ist somit im Sinne des Gesetzes mittellos. Das monatliche Ein-kommen der Ehegattin von Fr. 2'530.– (act. 43/38 und act. 39) reicht zudem nicht aus, um den Kläger im Rahmen ihrer ehelichen Beistandspflicht zu unterstützen. Es fehlen ihm daher die Mittel, um für die Gerichts- und Vertretungskosten aufzu-kommen. Familienrechtliche Streitigkeiten sind in der Regel – und so auch hier – nicht im Sinne des Rechts der unentgeltlichen Prozessführung aussichtslos, auch wenn ein Rechtsmittel ohne Einholen einer Antwort entschieden werden kann. Es ist dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm in der Person seiner Rechtsvertreterin ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

2. Dem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend sind die Kosten dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Der Streitwert im Berufungsverfahren beträgt rund Fr. 62'000.– (Unterhalt Beklag-te: Fr. 300.– von April 2011 bis September 2013 = Fr. 9'000.–; Unterhalt D. ____: Fr. 1'000.– von April 2011 bis August 2015 [voraussichtlicher Lehrabschluss; vgl. act. 7/5] = Fr. 53'000.– (vgl. Peter Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 92 N 7).

Die Gerichtsgebühr wird im Berufungsverfahren grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen (§ 12 Abs. 1 GebV OG). Unter Hinweis auf die Reduktionsgründe gemäss § 4 Abs. 2 und 3 GebVO ist die Ge-richtsgebühr auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

Mangels Umtrieben ist der Beklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und sodann erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsdispositiv (Dispositiv-Ziffern 3-5) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'500.–.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 41, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Dietikon, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 62'000.-.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. M. Weibel

versandt am: