

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC130024-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter Dr. H. A. Müller und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

## Beschluss und Urteil vom 2. April 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 8. März 2013 (FP110023-C)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 15 und 78)

1. Es sei die Pflicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für den Sohn C.\_\_\_\_\_ in der Höhe von monatlich Fr. 400.– gemäss der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 23. Juli 2004 (Geschäfts-Nr. FP030021) abgeänderten Dispositivziffer 4 des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Bülach vom 3. November 1999 (Geschäfts-Nr. CE990205) ab Datum der Klageeinleitung aufzuheben, eventualiter zu sistieren.
2. Es sei dem Kläger bei der Unterhaltsberechnung rückwirkend die hälftige Familienzulage im Totalbetrag von Fr. 14'500.– anzurechnen bzw. rückzuerstatten.
3. Es sei im Urteilsdispositiv festzuhalten, dass die Rückzahlungsverpflichtung für die durch das Jugendsekretariat bevorschussten Unterhaltsbeiträge des Klägers für den Sohn C.\_\_\_\_\_ rückwirkend ab Datum der Aufhebung/Sistierung der Unterhaltsbeiträge die Beklagte trifft und der Kläger entsprechend von einer Rückzahlungsverpflichtung befreit ist.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

**Urteil des Bezirksgerichtes Bülach, Einzelgericht, vom 8. März 2013:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Pflicht des Klägers zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen gemäss der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 23. Juli 2004 (Geschäfts-Nr. FP030021) abgeänderten Dispositivziffer 4 des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Bülach vom 3. November 1999 (Geschäfts-Nr. CE990205) vom 12. November 2011 bis 30. Juni 2013 aufgehoben.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'000.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei zu vier Fünfteln und der beklagten Partei zu einem Fünftel auferlegt, die Kosten beider Parteien 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, dem Rechtsbeistand der beklagten Partei, Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zu bezahlen.

(6./7. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

### **Berufungsanträge:**

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 86 S. 2):

"Dispositiv-Ziffern 2, 3, 4 und 5 des Urteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Bülach vom 8. März 2013 (FP11023) seien aufzuheben.

In Ergänzung von Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils sei die Pflicht des Klägers zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen gemäss der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach von 23. Juli 2004 (Geschäfts-Nr. FP030021) abgeänderten Dispositivziffer 4 des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Bülach vom 3. November 1999 (Geschäfts-Nr. CE990205) mit Wirkung ab 12. November 2011 aufzuheben, eventualiter zu sistieren.

Die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens seien der Beklagten aufzuerlegen und sie sei zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Parteientschädigung auszurichten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt) zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 94 S. 2):

"Die Berufung des Klägers und Berufungsklägers sei abzuweisen und in Gutheissung der Anschlussberufung sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Eventualiter sei die Berufung des Klägers und Berufungsklägers abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Klägers und Berufungsklägers."

## Erwägungen:

### I.

Mit (unbegründetem) Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 3. November 1999 war die Ehe der Parteien geschieden und ihr Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.1997, unter die elterliche Gewalt der Beklagten gestellt worden. Der Kläger wurde angesichts seines damals fehlenden Einkommens und Vermögens zu keiner Unterhaltszahlung verpflichtet. Persönliche Unterhaltsbeiträge wurden keiner Partei zugesprochen (Proz. Nr. CE990205, Urk. 11). Im Rahmen eines Abänderungsverfahrens schlossen die Parteien am 29. Juni 2004 eine Vereinbarung, wonach sich der Kläger verpflichtete, für den Unterhalt des Kindes monatlich Fr. 400.– zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen zu bezahlen. Bestandteil der Vereinbarung war der Hinweis des Gerichtes, dass "in Anbetracht der Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Einkommens und der Ausgaben der Parteien hier von einem Einkommen des Beklagten als Bauhelfer von € 1'320.– (Fr. 1'980.–) ausgegangen" werde. Weiter wurde die Anpassung des Unterhaltsbeitrags an Veränderungen des Landesindexes der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik vorgesehen. Diese Vereinbarung wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 23. Juli 2004 genehmigt und entsprechend das Scheidungsurteil vom 3. November 1999 abgeändert (Proz. Nr. FP030021, Urk. 27).

Der Kläger verlangt im vorliegenden Verfahren im Wesentlichen die Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung, eventuell die Sistierung derselben, mit der Begründung, dass er ab Datum der Klageeinleitung, spätestens ab 1. November 2011 (Eintritt der Arbeitslosigkeit), über kein Einkommen mehr verfügt habe, welches ihm die Deckung seiner Lebenshaltungskosten erlaubt hätte. Die Beklagte ist der Auffassung, der Kläger habe seine letzte Arbeitsstelle wegen groben Selbstverschuldens verloren, weshalb von seinem zuletzt erzielten Einkommen von € 1'600.– oder ca. Fr. 2'000.– auszugehen sei, was wechsellkursbereinigt dem Einkommen im Jahre 2004 entspreche. Zudem könne der Kläger bei entsprechenden Bemühungen eine neue Stelle mit ähnlichem Einkommen finden. Die be-

fristete Aufhebung der Unterhaltspflicht sei daher zu streichen und die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Die Vorinstanz hat dem Kläger ab dem 1. Juli 2013 ein hypothetisches Einkommen angerechnet, die Unterhaltsverpflichtung für die Zeit ab Eintritt der Arbeitslosigkeit (12. November 2011) bis Ende Juni 2013 aufgehoben und im Übrigen die Klage abgewiesen.

## II.

1. Die Klage wurde am 18. Juli 2011 vor Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 1). Das Rechtsbegehren Ziff. 2 wurde im Laufe des Verfahrens zurückgezogen (Urk. 47). Für den weiteren Verfahrensverlauf vor Vorinstanz kann auf das angefochtene Urteil vom 8. März 2013 verwiesen werden (Urk. 87 S. 3 f.). Gegen dieses Urteil hat der Kläger mit Eingabe vom 2. Mai 2013 rechtzeitig Berufung eingelegt (Urk. 86). Die Berufungsantwort datiert vom 17. Juni 2013 (Urk. 94). Die Beklagte hat Anschlussberufung erhoben. Mit Beschluss vom 25. Juni 2013 wurde dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (Urk. 96). Am 29. August 2013 ging die Anschlussberufungsantwort ein (Urk. 99). Ein Doppel wurde der Gegenpartei zugestellt (Urk. 103). Ein weiterer Schriftenwechsel wurde nicht durchgeführt.

2. Mit Erlass des vorliegenden Endentscheids wird das von der Beklagten gestellte Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung (Urk. 94 S. 2) gegenstandslos und ist abzuschreiben.

3. Mit Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt der Untersuchungs- und Officialgrundsatz (Art. 296 ZPO). Entsprechend ist der Richter nicht an die Parteianträge gebunden und kann Entscheide auch ohne entsprechende Anträge treffen. Er muss zudem von Amtes wegen den Sachverhalt abklären und alle Elemente in Betracht ziehen, die wichtig sein können, um einen Entscheid zu fällen, der den

Kindesinteressen Rechnung trägt, auch wenn es in erster Linie Sache der Parteien ist, im Prozess die wesentlichen Tatsachen vorzutragen und die Beweismittel zu bezeichnen (BGer 5A\_194/2012, E. 4.2; Schweighauser, in: Sutter-Somm/-Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 296 N 10 und 38 f.).

4. Gemäss Art. 4 des Haager Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973, dem sowohl die Schweiz als auch Deutschland angehören, ist vorliegend das am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltende innerstaatliche Recht massgebend, also schweizerisches Recht.

### III.

1. Gemäss 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 die Voraussetzungen zur Abänderung des Unterhaltsbeitrags zutreffend angeführt, weshalb darauf verwiesen werden kann (Urk. 87 S. 6). Entscheidend ist, ob eine unvorhergesehene, dauerhafte und wesentliche Veränderung der Grundlagen des früheren Entscheids gegeben ist. Kinderunterhaltsbeiträge unterliegen grundsätzlich der Abänderbarkeit, weil die beiden massgeblichen Elemente der Unterhaltspflichtung – der Bedarf des Unterhaltsberechtigten und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten – regelmässig unvorhersehbaren Schwankungen unterworfen sind.

2. a) Der Kläger hatte vom 10. Mai 2011 bis 28. Oktober 2011 als Fahrer bei der Firma D.\_\_\_\_\_, Inhaber E.\_\_\_\_\_, in D-... gearbeitet. Am 28. Oktober 2011 wurde ihm fristlos gekündigt. Die Vorinstanz erwog dazu, der Kläger habe diese Kündigung angefochten und vergleichsweise hätten sich er und E.\_\_\_\_\_ – zu ergänzen ist: vor dem Arbeitsgericht Heilbronn – geeinigt, dass ihr Arbeitsverhältnis aufgrund ordentlicher, fristgerechter Kündigung des Arbeitgebers vom 28. Oktober 2011 mit Ablauf des 11. Oktober [recte: November] 2011 geendet habe. Der Kläger habe demnach seine Stelle nicht freiwillig aufgegeben – im Gegenteil: er habe sich mit der Anfechtung weiter um sie bemüht. Ferner ergäben sich aus den

Akten keine Hinweise, dass der Kläger böswillig gehandelt habe. Der Verlust seiner Arbeitsstelle könne dem Kläger somit nicht angelastet werden (Urk. 87 S. 7 f.).

b) Die Beklagte wiederholt im Berufungsverfahren ihren Standpunkt, wonach sich der Kläger gegenüber dem Kunden F.\_\_\_\_\_ eine schwere Pflichtverletzung habe zuschulden kommen lassen. Als Beweis für den Verlust der Arbeitsstelle durch grobes Selbstverschulden sei vor Vorinstanz die Edition des Schreibens des Kunden F.\_\_\_\_\_ an E.\_\_\_\_\_ vom 28. November [recte: Oktober] 2011 und die Befragung von E.\_\_\_\_\_ als Zeuge beantragt worden. Die Vorinstanz habe diese Beweise nicht abgenommen und sich in ihrer Begründung nicht mit der Argumentation der Beklagten auseinandergesetzt, was eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs darstelle. Es werde daher mit der Anschlussberufung beantragt, dass diese Beweise durch die Berufungsinstanz abgenommen werden (Urk. 94 S. 3 f.).

Mit diesem Vorbringen setzt sich die Beklagte nicht mit den – zutreffenden – Erwägungen der Vorinstanz auseinander. Eine Veränderung der Verhältnisse kann auf einer Abnahme des Einkommens des Unterhaltsverpflichteten beruhen. Als Regel gilt, dass entsprechende Veränderungen nicht beachtlich sind, wenn sie von ihm freiwillig oder gar in der Absicht, den Unterhaltsanspruch zu schmälern, herbeigeführt wurden (Spycher/Hausheer, in: Hausheer et al., Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, S. 657 Rz 09.131; BGE 128 III 4, E. 4 a: BGer 5A\_618/2009, E. 2). Weder das eine noch das andere wurde von der Beklagten behauptet. Unwidersprochen blieb auch, dass sich aus den Akten keine Hinweise ergeben, wonach der Kläger böswillig handelte, d.h. den Verlust seiner Arbeitsstelle durch pflichtwidriges Verhalten zumindest in Kauf genommen hätte, um seiner Unterhaltspflicht nicht mehr nachkommen zu müssen. Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen darauf verzichtete, Beweise zu den Gründen für die fristlose Kündigung abzunehmen, ist nicht zu beanstanden.

Der Anschlussberufung, mit der die vollumfängliche Klageabweisung verlangt wird, ist daher kein Erfolg beschieden.

3. a) Der Kläger wendet sich dagegen, dass ihm die Vorinstanz ab dem 1. Juli 2013 ein hypothetisches Einkommen angerechnet hat.

Die Vorinstanz hat sich zu den Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zutreffend geäussert; es kann darauf verwiesen werden (Urk. 87 S. 8).

b) Gemäss Vorinstanz verfügt der Kläger nach seinen Angaben über eine Ausbildung als Privatdetektiv, welche jedoch in Deutschland nicht anerkannt ist. Er sei 47 Jahre alt, habe keine gesundheitlichen Probleme und sei uneingeschränkt arbeitsfähig. Er habe zuletzt als Fahrer und kurzzeitig als Detektiv gearbeitet. Aus dem Urteil vom 23. Juli 2004 lasse sich schliessen, dass er auch schon auf dem Bau gearbeitet habe. Die Vorinstanz mutete dem Kläger auch eine Stellensuche in den Bereichen Reinigungsarbeiten und Gastgewerbe zu (Urk. 87 S. 9 f. und S. 11).

Der Kläger hat diesen Ausführungen im Berufungsverfahren nicht widersprochen. Er hat eingeräumt, in der Schweiz einige Zeit als Küchenhilfe im Gastgewerbe gearbeitet zu haben. In Deutschland habe er vorerst als Wachmann gearbeitet und danach eine Tätigkeit als Bauunternehmer für Baustahl-Armierungen aufgenommen. Er habe aber lediglich einen Auftraggeber und entsprechend nur sporadisch Arbeit gehabt (Urk. 86 S. 5 f.).

c) Zum Aufenthaltsstatus des Klägers erwog die Vorinstanz, dieser habe bis 30. Juni 2012 in Deutschland lediglich eine Duldungsbescheinigung gehabt, was kein Aufenthaltstitel, sondern eine vorübergehende Aussetzung der Abschiebung sei. Damit habe der Kläger seinen Kreis nicht verlassen dürfen. Eine Aufenthaltsbewilligung sei deshalb nicht erteilt worden, weil der Kläger der Registrierungspflicht seiner früheren Ehe und Scheidung im Libanon (Ehefähigkeitszeugnis) noch nicht nachgekommen sei. Die (jetzige) Ehe des Klägers mit G. \_\_\_\_\_ sei in Deutschland anerkannt. Seit Ende Mai 2012 habe er eine auf ein Jahr befristete Aufenthaltsbewilligung. Für mit Deutschen verheiratete Ausländer gälten aufenthaltsrechtliche Sonderregeln, die dem Grundrechtsschutz von Ehe und Familie bei tatsächlich bestehenden ehelichen Lebensgemeinschaften Rechnung trügen. Nichts aus den Ausführungen der Rechtsvertreterin des Klägers anlässlich der

Verhandlung vom 29. Januar 2013 lasse auf etwas anderes als eine intakte Ehe schliessen. Die Situation des Klägers habe sich demnach mit Bezug auf seinen Aufenthaltsstatus und damit verbunden auf seine Arbeitsmöglichkeiten in Deutschland im Laufe dieses Verfahrens verbessert (Urk. 87 S. 20).

Im Berufungsverfahren bestätigte der Kläger, dass seine Aufenthaltsbewilligung am 28. Mai 2013 auslaufe. Ob die Aufenthaltsbewilligung im Falle der Verlängerung wiederum nur befristet erteilt werde, sei ungewiss, aber wahrscheinlich. Erst ab 2015, nach Ablauf von drei Jahren befristeten Aufenthalts, habe er Anspruch auf eine unbefristete Aufenthaltsbewilligung (Urk. 86 S. 8). In seiner Eingabe vom 28. August 2013 hat der Kläger ausgeführt, seine Aufenthaltsbewilligung sei zwischenzeitlich verlängert worden, und zwar befristet für zwei Jahre bis 10. April 2015 (Urk. 99 S. 4). Es ist daher davon auszugehen, dass er anschliessend eine unbefristete Aufenthalts- oder gar eine Niederlassungserlaubnis erhalten wird (§ 28 Abs. 2 AufenthaltsgG). Eine erhebliche Erschwerung der Arbeitssuche aufgrund des Aufenthaltsstatus ist daher zumindest im heutigen Zeitpunkt nicht mehr ersichtlich.

d) aa) Die Vorinstanz wirft dem Kläger vor, nicht nachgewiesen zu haben, dass er sich mit dem ihm zumutbaren Einsatz und der von ihm zu erwartenden Sorgfalt ernsthaft um den Erhalt einer Arbeitsstelle bemüht habe. Sie verwies dazu auf die vom Kläger bei der Vorinstanz eingereichten Zusammenstellungen und resümierte, er habe sich in rund 13 Monaten für insgesamt 106 Stellen beworben, was einem Durchschnitt von zirka acht Bewerbungen pro Monat entspreche. Dies könne nicht als aussergewöhnlich bezeichnet werden. Der geforderte Grad der Bemühungen angesichts der Unterhaltspflicht für unmündige Kinder werde damit nicht erreicht. In den fünf Monaten, nachdem der Massnahmenentscheid ergangen sei (vom 8. August 2012 bis 10. Januar 2013), seien von den 48 Bewerbungen 19 bloss telefonisch erfolgt. Die dazu eingereichte handschriftliche und zum Teil schwer lesbare Liste sei wenig geeignet, um angemessene Suchbemühungen darzutun. Es falle weiter auf, dass die Mail-Begleitschreiben – der Kläger habe es unterlassen, die Motivationsschreiben einzureichen – einige Orthografie- und Flüchtigkeitsfehler enthielten (z.B. falsch geschriebene Namen der Ansprechpartner: Herr H.\_\_\_\_\_ statt Herr H.\_\_\_\_\_, Frau I.\_\_\_\_\_ statt Frau I.\_\_\_\_\_).

Herr J.\_\_\_\_\_ statt Herr J.\_\_\_\_\_, Firma K.\_\_\_\_\_ statt K.\_\_\_\_\_ und mehrfach "übersende ich Ihnen ... meine Bewerbung und meine Lebenslauf und Kopie von Führershein", "Mit freundlichen Grüsse"). Da Bewerbungsschreiben Türöffner zu einer potentiellen Arbeitsstelle darstellten, sei es im Rahmen der vom Kläger zu erwartenden Suchbemühung von entscheidender Bedeutung, dass er seine Begleit- und Motivationsschreiben sorgfältig verfasse. Die zuständige Person mit dem richtigen Namen anzusprechen, sei eine Grundvoraussetzung. Ferner habe sich der Kläger bisher mehr oder weniger nur für Anstellungen als Fahrer oder Sicherheitsmitarbeiter beworben. Es fehlten Bewerbungen für Stellen auf dem Bau, im Bereich Reinigungsarbeiten oder im Gastgewerbe (Urk. 87 S. 10 f.).

bb) Nach Darstellung des Klägers hat er ab Dezember 2011 bis 10. Januar 2013 108 Bewerbungen nachgewiesen, also mehr als acht Bewerbungen pro Monat (Urk. 86 S. 9). Es sind 8,1 Bewerbungen pro Monat, weshalb die Umschreibung der Vorinstanz mit "zirka acht Bewerbungen" durchaus zutrifft. Ab 9. August 2012 bis 14. Januar 2013 sind es rund neun Bewerbungen pro Monat (Urk. 86 S. 10). Für die Zeit vom 15. Januar 2013 bis 21. Juli 2013 hat der Kläger 67 Bewerbungen aufgelistet (Urk. 99 S. 4; Urk. 101/1); das sind 10 bis 11 Bewerbungen pro Monat. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass dies rein zahlenmässig zu wenige Bewerbungen sind. In der deutschen Rechtsprechung werden mindestens 20 gezielte und ernsthafte Bewerbungen pro Monat verlangt (Bamberger/Roth/Reinken BGB, 3. A., § 1603 N 15c bei Fn 60; Johannsen/Henrich/Büttner, Familienrecht, 5. A., N 71 {4} zu § 1361 BGB). Dies ist dem Kläger ohne weiteres zumutbar, liegt doch sein Wohnort in bevölkerungsreichem Gebiet in Baden-Württemberg; u.a. sind die Städte Heidelberg, Heilbronn, Karlsruhe, Mannheim und Stuttgart mögliche Arbeitsorte.

cc) Der Kläger macht geltend, er habe als Subunternehmer eine Baufirma (Baustahlarmierungen) geleitet. Seine Tätigkeit habe im Wesentlichen darin bestanden, Aufträge zu akquirieren und die Baustelle zu überwachen. Da er über keinerlei Branchenkenntnisse verfüge, sei das Geschäft schlecht gelaufen und bald bankrott gegangen. Er habe keine relevante Berufserfahrung, Qualifikation, Fortbildungsnachweise oder Berufsausbildung, die ihm vor anderen Stellenbewerbern einen Vorzug verschafften. In der Gastronomie habe er in den 90er

Jahren in der Schweiz als Küchenhilfe gearbeitet. Er verfüge nicht über Arbeitsbestätigungen oder Arbeitszeugnisse, auch nicht über besondere praktisch erworbene Kenntnisse. Über Berufserfahrung im Bereich Reinigungsarbeiten verfüge er ebenfalls nicht (Urk. 86 S. 10 f.).

Wie der Kläger selbst ausführt, sucht er eine Stelle als Hilfsarbeiter (Urk. 86 S. 12). Es ist daher nicht ausreichend, wenn er sich nur um Stellen bewirbt, bei denen er Berufserfahrung vorweisen kann. Hilfstätigkeiten sind oftmals solche, bei denen eine gewisse Berufserfahrung von Vorteil, aber nicht unabdingbar ist. Daher sind Bewerbungen im Gastgewerbe, im Reinigungs- und im Bausektor, aber auch in der Industrie keineswegs von vornherein aussichtslos. Auch vor diesem Hintergrund müssen die Suchbemühungen des Klägers als ungenügend taxiert werden.

dd) Zur Qualität der Bewerbungen hat der Kläger in der Berufungsbegründung geschrieben, Deutsch sei nicht seine Muttersprache. Er habe nicht das Wissen und die Fähigkeit, eine Bewerbung ohne Orthographie- oder Schreibfehler korrekt dekliniert zu erstellen. Im Segment, in dem er eine Stelle suche, sei es üblich und oft erfolversprechender, sich telefonisch zu bewerben, statt eine schriftliche Bewerbung einzureichen, was auch die eher zahlreichen telefonischen Bewerbungen rechtfertige (Urk. 86 S. 12). Auf Vorhalt der Beklagten, der Kläger sei mit einer Deutschen verheiratet, die ihm beim Abfassen der Bewerbungsschreiben behilflich sein könne, so dass diese fehlerfrei seien (Urk. 86 S. 5), erwiderte der Kläger, seine Ehefrau sei voll erwerbstätig und habe neben der Betreuung des Sohnes und medizinisch verordneter Physiotherapie nur sehr geringe Kapazität, ihn – den Kläger – bei der Stellensuche zu unterstützen. Er habe die Bewerbungsschreiben ursprünglich zusammen mit dem zuständigen Sachbearbeiter beim Arbeitsamt ausgearbeitet und weiterhin (in angepasster Form) verwendet. Der Sachbearbeiter habe sie für gut befunden für das Stellensegment, in welchem der Kläger Arbeit suche (Hilfsarbeiten und Stellen als Fahrer; Urk. 99 S. 4).

Dass die in den Akten vorhandenen Bewerbungsschreiben fehlerhaft und damit von vornherein kaum erfolversprechend sind, bestreitet der Kläger zu Recht nicht. Ob er fähig wäre, einwandfreie Bewerbungsschreiben zu verfassen,

steht nicht fest. Er macht aber nicht geltend, er habe sich vergeblich darum bemüht, dass Dritte – allenfalls wiederum das Arbeitsamt – ihm dabei behilflich sein würden. Daher ist auch das Argument, seine Ehefrau habe zu wenig Zeit, um ihn beim Abfassen der Bewerbungsschreiben zu unterstützen, letztlich nicht stichhaltig. Dagegen kann dem Kläger grundsätzlich nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er sich oftmals telefonisch um eine Stelle beworben hat. Bei einfachen Tätigkeiten kann dies durchaus angezeigt sein, doch hängt dies unter Umständen vom konkreten Stelleninserat ab (vgl. OLG Hamm FamRZ 2008, 1271; a.M. Bamberger/Roth/Beutler BGB, 3. A., § 1361 N 52). Allerdings hat der Kläger seine Stellensuche nur ungenügend dokumentiert. So hat er weder die Stelleninserate noch die Motivationsschreiben (d.h. die eigentlichen Bewerbungsschreiben) und allfällige Beilagen (Lebenslauf, Arbeitsbestätigungen, allfällige Zeugnisse) eingereicht. Daher kann die Seriosität der Stellensuche nur ungenügend überprüft werden. Abgesehen von den Vermittlungsvorschlägen der Bundesagentur für Arbeit (Urk. 79/2) hat der Kläger nicht dargelegt, wie er bei der Stellensuche vorgegangen ist (Quellen der Stellenangebote, Stellenvermittlungsbüros, eigene Inserate etc.). Auch unter diesem Gesichtspunkt muss sich der Kläger vorwerfen lassen, ungenügende Anstrengungen unternommen zu haben, um einen Arbeitserwerb zu erzielen.

e) Die Vorinstanz hat darauf hingewiesen, dass die Arbeitslosenquote in Deutschland zwar höher als in der Schweiz sei, aber in den letzten Jahren stetig gesunken sei, und die Arbeitsmarktsituation nicht wie in gewissen anderen europäischen Ländern dramatisch sei (Urk. 87 S. 12). Der Kläger hat lediglich eingewendet, die Arbeitslosenquote sei immer noch hoch (Urk. 86 S. 9 und 12).

Die Arbeitslosenquote liegt in Westdeutschland bei rund 6 %, in Baden-Württemberg bezogen auf das Jahr 2013 für Männer bei 4 % ([www.statistik.arbeitsagentur.de](http://www.statistik.arbeitsagentur.de) bzw. [www.statistik.baden-wuerttemberg.de](http://www.statistik.baden-wuerttemberg.de)). Allein daraus kann nicht geschlossen werden, dass es dem Kläger nicht möglich wäre, eine Erwerbstätigkeit zu finden (vgl. OLG Hamm FamRZ 1999, 1011).

f) Zusammenfassend hat die Vorinstanz dem Kläger zu Recht ab 1. Juli 2013 ein hypothetisches Einkommen angerechnet.

4. a) Die Vorinstanz hat das hypothetische Einkommen auf monatlich netto € 1'350.– festgesetzt. Sie erwog, dass der Kläger als Fahrer bei der D. \_\_\_\_\_ durchschnittlich netto € 1'375.– verdient habe, während im Abänderungsverfahren im Jahre 2004 in der Parteivereinbarung das Einkommen des Klägers als Bauhelfer auf € 1'320.– festgesetzt worden sei. Der Kläger mache geltend, dass er als Hilfsarbeiter maximal rund € 1'800.– brutto, abzüglich rund 62%, somit circa € 1'080.– netto verdienen könne, was circa Fr. 1'296.– entspreche. Die dazu eingereichte Tabelle der Webseite [www.sb-gehalts-check.de](http://www.sb-gehalts-check.de) lasse verschiedene Interpretationen zu. Das individuelle Einkommen Stand 2011 sei zum Beispiel mit brutto € 1'999.– aufgeführt, und bei sämtlichen aufgeführten Löhnen sei kein 13. Monatsgehalt berücksichtigt. Ferner sei zu beachten, dass die Bruttolohnentwicklung in Deutschland steigend sei. Massgebend betreffend die Sozialabzüge seien die Lohnabrechnungen des Klägers, wonach in den Monaten Mai bis November 2011 jeweils rund 25% vom Bruttolohn abgezogen worden seien (Urk. 87 S. 12 f.).

b) Der Kläger macht im Berufungsverfahren geltend, er sei, wie dargelegt, gar nie als Bauhelfer tätig gewesen. Das im Abänderungsverfahren angerechnete Einkommen habe nicht seinem effektiven Einkommen entsprochen. Zu berücksichtigen sei weiter, dass im Jahre 2004 € 1'320.– rund Fr. 2'000.– entsprochen hätten, im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils der Gegenwert aber noch rund Fr. 1'627.– gewesen sei. Als Fahrer könnte er maximal rund € 1'080.– netto verdienen. Keinesfalls könne davon ausgegangen werden, dass er mehr verdienen würde als bei der D. \_\_\_\_\_. Dies sei von seinen letzten vier Anstellungen als Fahrer in Deutschland seine bestbezahlte Stelle gewesen. In den andern gemäss Vorinstanz möglichen Tätigkeiten wäre das Gehalt bei maximal € 800.– brutto bzw. € 600.– netto. Würde ein hypothetisches Einkommen angerechnet, wäre vom Mittel zwischen € 1'375.– und € 600.–, also € 990.– auszugehen (Urk. 86 S. 12 f.).

c) Bei der vom Kläger im Berufungsverfahren herangezogenen Webseite [www.gehalts-tipps.de](http://www.gehalts-tipps.de) (Urk. 90/10 und 90/11) handelt es sich um einen privaten Anbieter, wobei die Datenbasis nicht bekannt ist und die vom Kläger eingereichten Gehaltsvergleiche für zwei Ortschaften (... und ...) ohnehin nicht repräsentativ sein können. So liegt das niedrigste Gehalt, das Durchschnittsgehalt und das Gehalt des Topverdieners als Servicekraft im etwa sieben Kilometer vom Wohnort

des Klägers entfernten ... gemäss dieser Webseite bei € 1'400.– brutto, während für das vom Kläger zitierte ... € 800.– ausgewiesen werden.

Das Statistische Landesamt Baden-Württemberg weist für das vierte Quartal 2013 für die tiefste Leistungsstufe im Gastgewerbe einen durchschnittlichen Bruttomonatsverdienst von € 1'586.–, im Dienstleistungsbereich von € 1'863.– und im Baugewerbe von € 2'295.– aus ([www.statistik.baden-wuerttemberg.de](http://www.statistik.baden-wuerttemberg.de)). Werden von diesen Beträgen 25 % abgezogen, resultieren Nettolöhne von € 1'190.–, € 1'397.– und € 1'721.– bzw. im Durchschnitt von € 1'436.–. Da die Anfangslöhne eher tiefer liegen, kann mit der Vorinstanz – und der Beklagten (Urk. 94 S. 6) – von einem hypothetischen Einkommen von € 1'350.– ausgegangen werden. Dieses liegt immer noch leicht unter dem letzten Verdienst des Klägers. Die Vorinstanz hat mit einem Umrechnungskurs von Fr. 1.23 für einen Euro gerechnet (Urk. 86 S. 13), was nicht beanstandet wurde. Heute liegt der Umrechnungskurs bei Fr. 1.22. Diese geringfügige Änderung rechtfertigt es nicht, das von der Vorinstanz berechnete hypothetische Einkommen von Fr. 1'660.– anzupassen, zumal auch der Notbedarf des Klägers auf einem Umrechnungskurs von Fr. 1.23 basiert.

5. a) Die Vorinstanz hat den Notbedarf des Klägers auf Fr. 1'245.– beziffert. Dabei hat sie von den monatlichen Wohnkosten von € 680.– dem Kläger einen Drittel zugewiesen, weil die Wohnung vom Kläger, seiner Ehefrau und deren 15-jährigen Sohn bewohnt wird. Für den Arbeitsweg wurden Fr. 150.– und für auswärtige Verpflegung Fr. 100.– veranschlagt (Urk. 86 S. 13 f.).

b) Nach klägerischer Darstellung rechtfertigt sich eine Aufteilung der Wohnkosten nach Köpfen nicht, zumal keinerlei Kosten für den minderjährigen Sohn der Ehefrau des Klägers in dessen Bedarf berücksichtigt worden seien. Die Wohnkosten seien zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau zu teilen (Urk. 86 S. 13). Die Beklagte hält dem entgegen, dass bei dieser Betrachtungsweise der Kläger die Hälfte des durch den Sohn seiner Ehefrau aus erster Ehe verursachten Mietaufwandes bezahlen und dadurch der Unterhaltsbeitrag an sein eigenes Kind zugunsten des für ihn fremden Kindes geschmälert würde, was nicht sein könne (Urk. 94 S. 6).

Der Kläger hat seiner Ehefrau bei der Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht gegenüber dem in ihrer Hausgemeinschaft lebenden Sohn aus erster Ehe nur in angemessener Weise beizustehen, denn in Bezug auf seine Leistungspflicht ist er dem leiblichen Elternteil nicht gleichgestellt. Die Beistandspflicht ist subsidiär; die elterliche Unterhaltspflicht gegenüber den eigenen leiblichen Kindern geht vor (BGer 5C.112/2005, E. 3.2.1). Es ist daher richtig, wenn keine Kosten für den Stiefsohn des Klägers in dessen Bedarf berücksichtigt werden, wenn dieser nicht leistungsfähig ist. Umgekehrt bewirkt die Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber seinem Kind aus erster Ehe, dass sich seine wirtschaftliche Leistungskraft reduziert und er weniger an den ehelichen Haushalt beitragen kann (Hausheer/Brunner, in: Hausheer et al., Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, S. 94 Rz 03.28 f.). Somit ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Wohnkosten nach Köpfen aufgeteilt hat (vgl. die Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder, herausgegeben vom Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich, Zürich 2000, III/C; Spycher/Hausheer, in: Hausheer et al., Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, S. 574 Rz 08.73; Hegnauer, Berner Kommentar, N 37 zu Art. 285 ZGB).

c) Der Kläger kritisiert den Zuschlag für auswärtige Verpflegung in der Höhe von Fr. 100.– und verlangt Fr. 165.–, nämlich 75 % des in schweizerischen Verhältnissen zu gewährenden Zuschlags von Fr. 220.– (Urk. 86 S. 14).

Die Vorinstanz hatte wie folgt argumentiert: Ein Zuschlag für auswärtige Verpflegung werde zugesprochen, sofern Mehrauslagen anfielen, die über die im Grundbetrag enthaltenen Essenskosten hinausgingen (Ziff. III.3.2 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009). Die Hälfte des Grundbetrags sei für Essensauslagen bestimmt (Ziff. IV.1 des Kreisschreibens; ZR 84 [1985] Nr. 68, S. 164). Bei einem Grundbetrag von Fr. 638.– [für deutsche Verhältnisse] fielen Fr. 319.– für Nahrungskosten an, was einem Tagesansatz von Fr. 14.70 entspreche, mit welchem drei Mahlzeiten zu bestreiten seien. Entsprechend fielen dem Kläger hypothetisch pro Mittagmahlzeit Mehrkosten im Umfang von Fr. 5.– bzw. Fr. 100.– pro Monat an, welche in seinem Bedarf zu berücksichtigen seien (Urk. 87 S. 15).

Die Berechnungsweise der Vorinstanz ist nicht nachvollziehbar. Der Nahrungskostenanteil am Grundbetrag beläuft sich auf Fr. 10.65 (Fr. 319.– geteilt durch 30) pro Tag. Weshalb bei einem Tagesansatz von Fr. 14.70 die Mehrkosten für die Mittagsmahlzeit Fr. 5.– betragen sollen, wird nicht begründet. Grundsätzlich überzeugt demgegenüber die Berechnung des Klägers. Sie lässt aber ausser Betracht, dass es sich um einen hypothetischen Betrag handelt, weil der Kläger mangels Erwerbstätigkeit keine konkreten Mehrauslagen für auswärtige Verpflegung nachweisen kann. Das Gleiche gilt für die Kosten für den Arbeitsweg. Noch anlässlich der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 7. August 2012 hatte der Kläger für den Arbeitsweg Fr. 100.– und für auswärtige Verpflegung (Mehr-)Kosten von Fr. 150.– geltend gemacht (Urk. 65). Es rechtfertigt sich daher, für diese beiden Positionen Fr. 250.– zu berechnen. Die übrigen Beträge in der Notbedarfsaufstellung für den Kläger wurden nicht bestritten. Es bleibt damit beim Notbedarf des Klägers von Fr. 1'245.–, wie ihn die Vorinstanz berechnet hat.

6. Bei einem (hypothetischen) Einkommen von Fr. 1'660.– und einem Notbedarf von Fr. 1'245.– ist der Kläger in der Lage, einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 400.– für seinen Sohn C.\_\_\_\_\_ zu bezahlen. Die von der Vorinstanz eingeräumte Übergangsfrist bis 30. Juni 2013 blieb unangefochten. Die Berufung ist daher abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid in der Sache zu bestätigen.

#### IV.

1. Bei diesem Verfahrensausgang ist die vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung, die betragsmässig nicht angefochten wurde, ebenfalls zu bestätigen.

2. Im Berufungsverfahren war die Unterhaltspflicht des Klägers für seinen Sohn C.\_\_\_\_\_ ab 12. November 2011 bis zur Mündigkeit, längstens bis zur vollen Erwerbsfähigkeit bzw. bis zum Ende einer angemessenen Ausbildung streitig. Der Kläger unterliegt mit seiner Berufung, die Beklagte mit der Anschlussberufung, die sich gegen die Aufhebung der Unterhaltspflicht vom 12. November 2011 bis 30. Juni 2013 richtete. Nimmt man an, dass C.\_\_\_\_\_ Mitte 2017 seine ordentliche

Erstausbildung abgeschlossen haben wird, obsiegt der Kläger zu rund einem Viertel und die Beklagte zu rund drei Viertel.

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen (§ 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 12 GebV OG) und dem Kläger zu drei Viertel, der Beklagten zu einem Viertel aufzuerlegen. Der Kläger schuldet der Beklagten eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung. Indessen ist Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ für das Berufungsverfahren aus der Gerichtskasse mit Fr. 1'600.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer zu entschädigen, da die vom Kläger geschuldete Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich ist (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

3. Die Beklagte hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt. Dieses ist zu bewilligen, da die Beklagte nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (vgl. Urk. 97 und 98/1-9) und ihr Prozessstandpunkt im Berufungsverfahren nicht von vornherein aussichtslos war (Art. 117 ZPO).

#### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Beklagten um Entzug der aufschiebenden Wirkung wird abgeschrieben.
2. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. Die Pflicht des Klägers zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen gemäss der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 23. Juli 2004 (Geschäfts-Nr. FP030021) abgeänderten Dispositivziffer 4 des Scheidungsurteils des Be-

zirksgerichts Bülach vom 3. November 1999 (Geschäfts-Nr. CE990205) wird für die Dauer vom 12. November 2011 bis 30. Juni 2013 aufgehoben.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Disp. Ziff. 3-5) wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu drei Viertel dem Kläger und zu einem Viertel der Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Der Kläger schuldet Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 864.–. Diesem wird für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'728.– aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Im Umfang von Fr. 864.– geht der Anspruch gegenüber dem Kläger auf den Kanton über. Im Umfang von Fr. 864.– bleibt die Nachzahlungspflicht der Beklagten gemäss Art. 123 ZPO vorbehalten.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 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 übersteigt Fr. 30'000.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. April 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. K. Wüsch

versandt am:  
dz