

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC160047-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Stammbach und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Beschluss und Urteil vom 31. Januar 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Abänderung Unterhalt**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Winterthur vom 3. August 2016; Proz. FP150014**

Erwägungen:

I.

1.1. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) ist der Vater der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte). Die mittlerweile 21-jährige Beklagte, geboren tt. Februar 1996, und ihr Bruder C._____, geboren tt. Dezember 1993, wurden bei der Scheidung der im Jahre 1993 geschlossene Ehe ihrer Eltern unter die elterliche Sorge ihrer Mutter gestellt; die Ehe der Eltern der Beklagten wurde mit Urteil des Einzelrichters des Bezirks Winterthur am 28. August 2006 geschieden (act. 4/5). Über einen Grossteil der Nebenfolgen der Scheidung schlossen die Eltern der Beklagten eine Konvention. Die Kinderunterhaltsbeiträge wurden indes autoritativ festgelegt. Der Kläger wurde verpflichtet, für jedes der beiden Kinder bis zum Abschluss der angemessenen Ausbildung, auch über die Volljährigkeit hinaus, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.- - zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen (act. 4/5 S. 3, Dispositivziffer 4). Die Kinderunterhaltsbeiträge wurden der Entwicklung des Konsumentenpreises angepasst (act. 4/5 S. 5, Dispositivziffer 5.e). Es wurde der Festsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge ein monatliches Erwerbseinkommen des Klägers von Fr. 14'060.-- und ein solches der Mutter der Beklagten von rund Fr. 2'020.-- zugrunde gelegt (beide Einkommen exklusiv Kinderzulagen; act. 4/5 S. 4, Dispositivziffer 5d).

2.1. Am 2. Mai 2015 (act. 1) erhob der Kläger beim Bezirksgericht Winterthur, Einzelrichteramt in Ehesachen, Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 28. August 2006. Er beantragte, es sei mit Wirkung ab 28. Februar 2014 mangels Leistungsfähigkeit von der Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages für die Tochter B.____ (die Beklagte) abzusehen. Zudem stellte er das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, welches ihm mit Verfügung der Einzelrichterin vom 10. August 2015 bewilligt wurde (act. 11).

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass der Kläger bereits Ende des Jahres 2013 an das Bezirksgericht Winterthur gelangte und die Anpassung der Unterhaltsbeiträge für die Beklagte und seine geschiedene Ehefrau (und Mutter der Beklagten) beantragte. Mit Verfügung vom 25. Februar 2015 wurde auf diese Kla-

ge hinsichtlich der während des Verfahrens volljährig gewordenen Beklagten nicht eingetreten, soweit die Abänderung ab deren Volljährigkeit beantragt wurde (act. 4/4 S. S. 2 f.). Als Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gilt aber das Datum der ersten Einreichung beim Bezirksgericht Winterthur am 16. Dezember 2013 (vgl. act. 1 S. 4 oben). Dieser in Art. 63 ZPO abgestützte Mechanismus erlaubte der Einzelrichterin die Unterhaltsbeiträge für die Zeit vom 1. März 2014 bis und mit Juli 2015 aufzuheben (act. 48 S. 31 Dispositivziffer 1); der bei Abänderungsklagen sinngemäss angewandte Grundsatz von Art. 279 ZGB, wonach ein Kind für das Jahr vor Anhebung der Klage Unterhalt verlangen kann, gilt nur zu Gunsten des Kindes und nicht zu seinem Nachteil. Das Verfahren gegen die geschiedene Ehefrau (und Mutter der Beklagten) wurde mit Urteil vom 14. September 2015 erledigt (vgl. act. 26 S. 8). Der Inhalt dieses Urteils ist nicht aktenkundig.

2.2. Nach Durchführung des ersten Schriftenwechsels (act. 4, act. 8) wurden die Parteien auf eine mündliche Hauptverhandlung am 26. Januar 2016 vorgeladen (act. 11, act. 14-15, act. 17, act. 23), und es wurden die zweiten Parteivorträge entgegen genommen (act. 24, act. 26; Prot. VI S. 5 ff.). Die Einzelrichterin bewilligte auch das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Verfügung vom 29. Februar 2016 (act. 29 S. 3, Dispositivziffer 1, Prot. VI S. 15). Mit Verfügung vom gleichen Tag eröffnete sie ein Beweisverfahren und auferlegte unter anderem dem Kläger die Hauptbeweise dafür, dass er aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage ist, eine andere als die aktuelle Tätigkeit als Hundetrainer / Hundesitter auszuüben und jede andere Tätigkeit als die aktuelle Tätigkeit als Hundetrainer dazu führen würde, dass sich sein Gesundheitszustand derart verschlechtern würde, dass er nicht in der Lage wäre, eine solche Tätigkeit weiter auszuführen, und dafür, dass er (der Kläger) aus gesundheitlichen Gründen keine Kraft hat, sich auf andere Stellen zu bewerben (Prot. VI S. 15 f.). Nach Durchführung des Beweisverfahrens (Prot. VI S. 17 - 36) fällte das Einzelgericht das Urteil am 3. August 2016 und erkannte u.a. wie folgt (act. 48 S. 31 = act. 55/1 = act. 56):

"1. Dispositivziffer 4 des Urteils des Einzelrichters des Bezirkes Winterthur vom 28. August 2006 wird mit Wirkung ab 1. März 2014 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die Zeit ab dem 1. August 2015 bis zum Abschluss ihrer Ausbildung (voraussichtlich im August 2019), einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.-- zu bezahlen.

Im übrigen Umfang wird die Klage abgewiesen."

(...)

2.3. Gegen diesen Entscheid führt der mittlerweile nicht mehr vertretene Kläger persönlich mit Eingabe vom 15. September 2016 rechtzeitig Berufung (act. 54 i.V. m. act. 49) und beantragt die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht (ab 28. Februar 2014) unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. Zugleich stellte der Kläger auch für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung unentgeltlicher Prozessführung (act. 54 S. 1). Es wurde der Beizug der vorinstanzlichen Akten (act. 1 - 52) veranlasst. Der Prozess ist spruchreif. Von prozessleitenden Verfügungen, wie die eigentlich vorab zu entscheidende Frage der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, ist daher abzusehen. Die Berufung des Klägers ist, wie zu zeigen sein wird, nicht begründet. Auch ohne dass seine Argumentation von vornherein und insgesamt als haltlos bezeichnet werden müsste, ist auf Weiterungen und insbesondere auf das Einholen einer Berufungsantwort zu verzichten. Andernfalls würde der Kläger nur zusätzlich mit einer Entschädigung belastet. Der Kläger stellt konkrete Anträge und setzt sich mit dem angefochtenen Urteil auseinander (Art. 311 ZPO). Es ist auf die Berufung einzutreten.

II.

1. Die Einzelrichterin wies die Klage mit der Begründung ab, dass das (seit dem Jahre 2012) tatsächlich erzielte Einkommen des Klägers keine Unterhaltszahlungen erlaube (act. 48 S. 10). Zu prüfen sei aber in einem weiteren Schritt, ob dem Kläger ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei.

Die Einzelrichterin ging auf die Behauptungen des Klägers zu seinem Gesundheitszustand ein, würdigte das Beweisergebnis und kam zum Schluss, dass eine Berufstätigkeit in einem anderen Bereich als derjenige des Hundetrainers für den Kläger aus gesundheitlicher Sicht möglich sei und es ihm aus gesundheitlicher Sicht ohne Weiteres zumutbar sei, einer solchen anderen Tätigkeit nachzugehen (act. 48 S. 11 - 16). Der Kläger selbst habe geltend gemacht, er habe (nach der Überwindung einer Depression) seine Arbeitsfähigkeit im September 2012 wieder erlangt (act. 48 S. 17). Ein Gesuch des Klägers um Invalidisierung sei definitiv abgelehnt worden. Vielmehr sei unbestritten, dass der Kläger seit dem 1. Juni 2012 als selbständig Erwerbender bei den Sozialversicherungen angemeldet sei.

Die Einzelrichterin setzte sich im Folgenden mit den Voraussetzungen zur Abänderung eines Unterhaltsbeitrages auseinander. Sie kam in eingehenden Erwägungen zum Schluss, dass auf ein durch rechtsmissbräuchliche Motive gelenktes Verhalten des Klägers hinsichtlich seines Einkommens zu schliessen sei, weil der Kläger selbst nach zwei Jahren erfolgloser Tätigkeit nichts an seiner beruflichen Situation ändere bzw. geändert habe und sich grundlos auch nicht auf Stellensuche begeben (act. 48 S. 16 - 20). Ein solches Verhalten bei bestehenden Unterhaltspflichten sei spätestens nach drei Jahren [ab Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit] – also ab Juli 2015 – als rechtsmissbräuchlich zu betrachten. Entsprechend wies die Einzelrichterin die Klage auf Abänderung der Unterhaltsbeiträge ab Juli 2015 gestützt auf Rechtsmissbrauch ab (act. 48 S. 20), und merkte im Weiteren ergänzend an, dass die Klage für die Zeit ab 1. August 2015 auch bei Verneinung eines Rechtsmissbrauchs abzuweisen sei (act. 48 S. 20). Diesbezüglich und im Sinne einer Eventualbegründung führte das Einzelgericht aus, dem Unterhaltsverpflichteten sei ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (act. 48 S. 20 - 22). Der Kläger, welcher seit Dezember 2014 mit Hüten von Hunden an jedem Wochentag während mindestens 9 Stunden pro Tag (insgesamt 48 Stunden/Woche) einen Lohn von Fr. 252.-- pro Woche erziele, habe nicht dargetan, dass er sich ernsthaft, aber leider erfolglos um eine (einträglichere) Stelle bemüht habe.

Die Einzelrichterin erkannte, dass eine volle Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess zumutbar ist, nachdem seit Oktober 2012 keine gesundheitlichen Einschränkungen mehr bestehen, und der Kläger von seinem Pensum her bereits einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgeht. Zur Frage, ob und in welchem Umfang das zumutbare Einkommen auch effektiv erzielbar sei, führte die Einzelrichterin aus, wer sich wissentlich jahrelang mit einer nur ungenügenden einträglichen Erwerbstätigkeit begnüge, müsse sich – und sogar rückwirkend – anrechnen lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu erwirtschaften vermocht hätte, sei doch der Kläger im Hinblick auf die Unterhaltspflicht verpflichtet, seine Leistungsfähigkeit voll auszuschöpfen. Es sei vorliegend von einem gescheiterten Versuch der Selbständigkeit auszugehen. Spätestens nach zwei Jahren erfolgloser Selbständigkeit als Hundesitter, damit ab Sommer 2014, hätte der Kläger beginnen müssen, eine Festanstellung zu suchen, bei der er zumindest ein Einkommen im statistischen Durchschnitt erzielen würde. Der Kläger habe sich unbestrittenermassen nie um etwas anderes bemüht, als Hunde zu hüten (act. 48 S. 25). Unbestritten sei, dass der Kläger bereits im Urteil vom 14. September 2015 im Verfahren gegen die Mutter der Beklagten darauf hingewiesen worden sei, alles zu unternehmen, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen. Unter Hinweis auf das Alter des Klägers und darauf, dass es nicht einfach sei, aus einem gescheiterten Versuch der Selbständigkeit wieder eine Anstellung zu finden, gestand die Einzelrichterin dem Kläger eine Übergangsfrist von einem Jahr zu. Sie rechnete ihm ein Nettoeinkommen von Fr. 6'150.-- ab 1. Juli 2015 an (act. 48 S. 26).

Bei einem Einkommen von Fr. 6'150.– seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass mit den für die Beklagte zu leistenden Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'500.– in sein Existenzminimum eingegriffen würde. Der Kläger habe keinen hypothetischen Bedarf behauptet für den Fall, dass ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde (act. 48 S. 26). Daran ändere auch nichts, dass der Kläger ein Abänderungsverfahren betreffend den von ihm für seinen Sohn D._____, geboren tt.mm.2003, monatlich zu leistenden Unterhalt von Fr. 1'300.– eingeleitet habe. Der Kläger habe nicht behauptet, dass er diese Unterhaltsbeiträge weiterhin zahlen müsse. Selbst unter Abzug von beiden Unterhaltsbeiträgen würden ihm immer

noch Fr. 3'350.– verbleiben, was ein relativ tiefes aber nicht unübliches Existenzminimum sei (act. 48 S. 26). Abschliessend hält die Einzelrichterin dafür, dass die Leistungsfähigkeit der Mutter der Beklagten zu wenig behauptet worden sei (act. 48 S. 28 unten). Es gehe im Übrigen nicht an, dass der Kläger zulasten der Mutter der Beklagten sich nicht bemühe, ein für die Erfüllung seiner Unterhaltspflichten genügendes Einkommen zu erzielen (act. 48 S. 29 oben). Diese komme zudem bereits jetzt im Rahmen ihrer Leistungsfähigkeit für den Ausfall auf. Zusammenfassend hob die Einzelrichterin die Unterhaltspflicht mit Wirkung ab 1. März 2014 bis Juli 2015 auf und verpflichtete den Kläger für die Zeit ab 1. August 2015 bis zum Abschluss der Ausbildung der Beklagten (zur Hebamme, voraussichtlich im August 2019) einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.- zu bezahlen (act. 48 S. 30).

2.1. Das Obergericht pflichtet den Überlegungen der Einzelrichterin bei, und es kann auf ihre sorgfältigen und ausführlichen Erwägungen verwiesen werden. Es ist im Folgenden auf die in der Berufung vorgetragene Einwände des Klägers einzugehen. Der Kläger richtete den Fokus in erster Linie auf die Eventualbegründung des Bezirksgerichts, weshalb die nachfolgenden Ausführungen sich zunächst auch mit der Eventualbegründung des Bezirksgerichts auseinandersetzen:

2.2.1. Der Kläger beanstandet, dass die Einzelrichterin ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet hat, und dies sogar rückwirkend (act. 54 S. 3). Er lässt die Beurteilung durch das Einzelgericht nicht gelten und führt zur Begründung seines Standpunktes an, dass er gemäss Einschätzung seines ihn behandelnden Hausarztes eine 50% Chance für einen Wiedereinstieg in seinem angestammten Beruf als Ingenieur habe. Diese 50% Chance sei für ihn aber eine 0/100% Chance. Denn um eine Arbeit als Ingenieur anzutreten, müsse er das, was er aufgebaut habe und ihm zumindest das Überleben, wenn auch zur Zeit noch mit Unterstützung, sichere, an den Nagel hängen. Wenn dann die Arbeit als Ingenieur nicht klappe, stehe er noch schlechter da, als es jetzt der Fall sei. Fakt sei, dass gemäss Statistik des deutschen Gewerkschaftsbundes, was für die Schweiz wohl auch gelte, nur 13% der über 50-Jährigen überhaupt wieder angestellt werden. Fakt sei, dass Firmen eine riesige Hemmschwelle hätten, um erstens einen ehe-

maligen Selbständigen anzustellen, zweitens ehemals schwer an einer Überlastungsdepression Erkrankte anzustellen, drittens entlassene Manager anzustellen, viertens Leute anzustellen, die 5 Jahre von ihrem angestammten Job weg seien und fünftens keine ehemalige Manager als einfachen Sachbearbeiter anstellen wollten (act. 54 S. 3 unten). Zusammengefasst heisse das, dass die Wahrscheinlichkeit, einen Job zu bekommen, Null sei. Dies sei die Realität des Lebens, fernab von Statistiken, Einschätzungen durch die "rosa Brille" und Wunschvorstellungen. Keiner werde freiwillig vom Topverdiener zum Sozialfall, er, der Kläger, am allerwenigsten. Er habe keine Wahl, ausser zwei möglichen Schritten. Das Risiko einzugehen, sich als Selbständiger zu versuchen, oder sich am nächsten Baum aufzuknüpfen (act. 54 S. 4 oben). Er habe sich für die erste Variante entschieden, weil er überzeugt sei, dass es als selbständiger Hundetrainer möglich sei, genug zu verdienen, um selber zu überleben und seiner Tochter eine, wenn auch viel kleinere Unterstützung als 2006 festgelegt, maximal monatlich Fr. 200.--, zukommen zu lassen (act. 54 S. 4, S. 6).

2.2.2. Unbestritten ist, dass der Kläger mit dem seit Jahren als Hundetrainer / Hundesitter erwirtschafteten Einkommen keine Unterhaltsbeiträge bezahlen kann. Grundsätzlich ist bei der Festsetzung und Bemessung von Unterhaltsbeiträgen von der tatsächlichen Leistungsfähigkeit des Pflichtigen auszugehen. Falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. zumutbarer Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient, ist indessen auf ein hypothetisches Einkommen abzustellen.

Die Einzelrichterin machte Ausführungen zum hypothetischen Einkommen und führte zutreffend aus, die Frage, ob die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zumutbar sei, sei eine Rechtsfrage. Tatfrage bilde hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar sei (act. 48 S. 22). Gemäss dem angefochtenen Entscheid hat der Kläger vom Umfang her eine Vollzeitstelle inne. Die Anrechnung eines Einkommens auf der Basis eines Vollzeitwerbs ist damit ohne Weiteres zumutbar, sie verlangt keine Umstellung der Lebensverhältnisse des Klägers.

Der Kläger weiss unbestrittenermassen um die Anforderungen, die an den Nachweis genügender Suchbemühungen im Rahmen der Abänderung von festgesetzten Unterhaltsbeiträgen gestellt werden. Der Kläger behauptet aber nicht einmal konkrete Suchbemühungen, geschweige denn Bewerbungen und Absagen. Es ist unbestritten, dass der Kläger nicht einmal versucht hat, eine andere, einträglichere Stelle zu finden, sondern er stellt sich auch vor Berufungsinstanz kategorisch auf den Standpunkt, er könne nur als Hundetrainer / Hundesitter arbeiten. Es kann angesichts der ihn treffenden Unterhaltspflicht nicht genügen, wenn der Kläger wissentlich und willentlich an der selbständigen Erwerbstätigkeit eines Hundesitters festhält, die seit Jahren mit einer sehr schlechten Einkommenssituation einhergeht und die sogar Sozialhilfeabhängigkeit bedeutet. Der Kläger behauptet damit nicht in rechtsgenügender Weise, dass es ihm nicht möglich ist, ein Einkommen zu erzielen, welches ihn in die Lage versetzt, die Unterhaltsbeiträge an die Beklagte zu bezahlen. Auch wenn dem Kläger zuzustimmen ist, dass die Lage am Schweizer Arbeitsmarkt für Stellensuchende über 50 Jahre schwieriger geworden ist, so ist festzuhalten, dass (Fach-)Hochschuldiplome (wie hier Technikum Rapperswil Maschinenbau) und berufsorientierte Weiterbildung (Kaderschule St. Gallen Wirtschaftsingenieur) gerade für ältere Arbeitnehmer eine Versicherung gegen Arbeitslosigkeit verkörpern. In diesem Sinn muss die Lage am Arbeitsmarkt für den Kläger als intakt bezeichnet werden. Damit die Argumente des Klägers (Alter, zu lange wirtschaftliche Selbständigkeit etc.) für den vorliegenden Fall brauchbar gewesen wären, hätte der Kläger sie mit Fakten untermauern müssen. Es hätte der Tatbeweis erbracht werden müssen. Der Kläger hätte sich tatsächlich und andauernd, aber erfolglos, um Stellen bewerben und diese fruchtlosen Bemühungen dem Gericht einreichen müssen. Er kann sich im vorliegenden Abänderungsprozess nicht mit allgemein gehaltenen Argumenten zu den schwieriger gewordenen Umständen am Arbeitsmarkt begnügen. Das heisst zusammengefasst, dass sich der Kläger nicht auf seine tatsächliche Leistungsfähigkeit berufen kann.

Der fehlende Tatbeweis gereicht dem Kläger nur dann nicht zum Nachteil (und es wäre nur dann auf die tatsächliche Leistungsfähigkeit abzustellen), wenn der Klä-

ger beweisen kann, dass ihm aus gesundheitlichen Gründen eine andere Arbeit verwehrt ist. Der Hausarzt wird für diese Darstellung als Beweismittel genannt.

2.2.3. Der Kläger beanstandet die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz (act. 54 S. 5). Soweit ersichtlich macht der Kläger geltend, eine andere – und richtige – Gewichtung der Aussagen seines Hausarztes hätte zum Beweisergebnis geführt, dass er aus gesundheitlichen Gründen keine andere Arbeit als diejenige eines Hundesitters bzw. Hundetrainers machen könne. Die Berufungsinstanz überprüft die Beweiswürdigung mit freier Kognition, weshalb anhand der im vorinstanzlichen Entscheid gewürdigten Beweismittel zu untersuchen ist, ob dem Kläger der Beweis der Behauptungen, er könne aus gesundheitlichen Gründen keine andere als die aktuelle Tätigkeit ausüben und er habe aus gesundheitlichen Gründen keine Kraft, sich auf andere Stellen zu bewerben, gelungen ist (Prot. VI S. 15). Die Würdigung der Einzelrichterin zur allgemeinen Glaubwürdigkeit des Zeugen Dr. med. E. _____ ist nicht zu beanstanden. Mit der Wendung, wenn bei der Würdigung der Aussagen [des Hausarztes] Zurückhaltung oder Vorsicht geboten sei, so höchstens soweit sie zugunsten des Klägers lauteten, spielt die Einzelrichterin auf die Erfahrungstatsache an, dass Hausärzte im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zugunsten ihrer Patienten aussagen (act. 48 S. 15 unten; vgl. auch Prot. VI S. 23. f.). Eine Voreingenommenheit der Einzelrichterin gegenüber dem Kläger lässt sich daraus nicht ableiten (act. 54 S. 4 unten).

Dr. med. E. _____ hält empathisch, aber auch zurückhaltend und sachlich fest, dass er den Kläger nicht psychiatrisch behandle (Prot. VI S. 29 unten). Er sei seit 2004 der Hausarzt des Klägers (Prot. VI S. 23). Damit steht fest, dass das zu Beurteilende nicht aus einem Bereich stammt, in welchem der Zeuge über besondere Erfahrung und Erkenntnisse verfügt (vgl. auch Prot. VI S. 27 unten). Der Zeuge schildert damit vermutete Gedanken. Er gibt, wie er selbst sagt, seine Einschätzung ab (Prot. VI S. 29). Im Jahre 2011 erkrankte der Kläger aufgrund einer massiven Arbeitsüberlastung an einer schweren Depression, die ab September 2011 zu einer vollen Arbeitsunfähigkeit führte und zur Folge hatte, dass die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger per Ende Juni 2012 auflöste (act. 1 S. 5).

Der Verlust der Stelle kann extreme Reaktionen auslösen. Die Kündigung muss für den Kläger, der von seinem Hausarzt als sensiblen Menschen beschrieben wird (Prot. VI S. 28), sehr einschneidend gewesen sein. Dr. med. E._____ weist darauf hin, dass – "matchentscheidend" (Prot. VI S. 29) – die Medikamente, die Therapie, aber auch die neue Tätigkeit mit Tieren der gefühlsmässigen Verarbeitung des Stellenverlustes und ganz allgemein der psychologischen Stärkung des Klägers gedient hätten. Der Arzt bezeichnet die Tätigkeit mit Tieren als super Fall für den Kläger (Prot. VI S. 29); der Kläger sei in einem guten Zustand (ebenda), er sei gesund, er habe die Tendenz zu einem etwas tiefen Blutdruck (Prot. VI S. 25). Der letzte Kontakt mit ihm, dem Hausarzt, wegen Überlastungsdepression habe im Herbst 2012 stattgefunden (Prot. VI S. 25 unten, Prot. VI S. 27 oben).

Der Hausarzt kann im Zeugenstand eine Abwärtsspirale nicht bestätigen, wonach der Kläger aufgrund eines angeschlagenen psychischen Gesundheitszustandes mit überwiegender oder gar grosser Wahrscheinlichkeit Gefahr liefe, wieder den Boden unter den Füßen zu verlieren, würde er eine andere, einträglichere Arbeit verrichten. Dr. med. E._____ selbst gibt sinngemäss zu bedenken, dass es von vornherein schwierig ist, eine zukünftige Entwicklung zu prognostizieren, wenn er ausführt, er könne sich vorstellen, das heisse aber nicht, dass es so kommen müsse, wenn er (der Kläger) wieder in so einer Drucksituation wäre, dass es nicht optimal herauskommen würde, es stehe 50:50, das komme immer auch auf die Mitarbeiter, die Chefs und die Umgebung an (Prot. VI S. 28 unten). Ein wenig später in der Befragung hält der Zeuge fest, die Möglichkeit, dass es nicht gut gehe, falls er (der Kläger) jetzt in einen anderen Beruf gehen würde bzw. er eine andere Stelle suchen würde, liege bei 50% (Prot. VI S. 29 unten). In der Tat hängt die Frage, ob jemand krankmachenden Stress am Arbeitsplatz empfindet, von verschiedenen Faktoren ab, z.B. wie vom Zeugen erwähnt, der Kultur im Unternehmen oder dem Führungsstil des Vorgesetzten. Hat sich die psychische Verfassung stabilisiert, und fühlt man sich mit einer sinnvollen Tätigkeit wohl am Arbeitsplatz, ist man weniger anfällig auf Stress.

Der Schluss der Vorinstanz, es lasse sich aus den Angaben des Hausarztes nicht ableiten, dass der Kläger nur im konkreten Setting gesund sei (und bleibe), es

vielmehr als erstellt zu gelten habe, dass er seit Oktober 2012 seine Depression überwunden habe und er mit Ausnahme eines Blutdruckproblems gesund sei (act. 48 S. 16 oben), ist daher nicht zu bestanden.

Am Ergebnis, dass eine Berufstätigkeit in einem anderen Bereich als demjenigen eines Hundetrainers aus gesundheitlicher Sicht möglich ist, und es dem Kläger aus gesundheitlicher Sicht ohne weiteres zumutbar ist, einer solchen nachzugehen, ändert auch die notfallmässige Einweisung in die psychiatrische Klinik im Oktober 2013 nichts (act. 55/4, act. 1 S. 10 unten). Der nur schlecht lesbaren Einweisungsanordnung von Dr. med. F. _____, stv. Bezirksarzt, lässt sich (nicht gesichert und bruchstückhaft) entnehmen, dass ... "der Kläger am Vortag von seiner neuen Partnerin verlassen wurde, auch eine Anklage wegen PK Aktivitäten im Raum stehe, ... nun wolle der Staatsanwalt sehen, der für seinen Tod (?) verantwortlich sei..., alles sei ... schwarz und sinnlos, seine Frau, die ihn jetzt verlassen habe, habe ihn in den letzten zwei Jahren liebenswert (?) gemacht. Suizidgedanken. Voll orientiert. Deprimierter .. , gleichzeitig narzisstischer Affekt (?). ... Die körperlichen Leiden k(l?)eine." (act. 55/4). Zum besseren Verständnis der Notizen des Bezirksarztes in der Einweisungsanordnung ist auszuführen, dass der Kläger sich im März 2011 eine Summe von rund Fr. 350'000.-- aus der Pensionskasse auszahlen liess (act. 9/4), er sich ein Einfamilienhaus kaufte, wobei die damalige (zweite) Ehefrau (nicht die Mutter der Beklagten) zum Kaufpreis lediglich Fr. 30'000.-- beisteuerte. Im August 2012 verschenkte der Kläger seinen Anteil am Einfamilienhaus an die sich nur wenig später von ihm trennende (zweite) Ehefrau. Im September 2012 liess sich der Kläger eine weitere Geldsumme aus der Pensionskasse auszahlen, und soll im Folgenden nach Darstellung der Staatsanwaltschaft hohe Geldbeträge an Personen in seinem Umfeld gezahlt haben. Die Staatsanwaltschaft beabsichtigte daher die Prüfung des Delikts der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten, aber auch die Prüfung allfälliger Pfändungsdelikte (vgl. act. 9/4, act. 25/1, act. 25/2). Das Bezirksgericht Winterthur sprach den Kläger im August 2015 von der Vernachlässigung von Unterstützungspflichten frei (act. 25/1); ob es jemals zur Anklage wegen Pfändungsdelikten gekommen ist, ist nicht aktenkundig. Die Trennung seiner zweiten Ehefrau hat dem Kläger sicherlich zugesetzt, kann aber nicht für jahrelange anhaltende fehlende Arbeitsfähigkeit

(ausser im Bereich Hundesitter, -trainer) herangezogen werden, zumal die Trennung nicht aus heiterem Himmel erfolgte (vgl. act. 55/7, act. 4/5). Über die Art und Weise, die Häufigkeit etc. der psychiatrisch-psycho-therapeutischen Behandlung im Zeitraum von Ende August 2015 bis Ende März 2016 bei Frau Dr. med.

G._____ ist nichts bekannt. Dr. med. G._____ erklärte, dass sie für eine Zeugenbefragung nicht zur Verfügung stehe (act. 38), sie könne zur Sache nichts sagen (act. 40). Der Kläger offerierte an ihrer Stelle seinen Hausarzt Dr. med. E._____ als Zeugen (act. 39 - act. 43). Dessen Aussagen wurden bereits gewürdigt. Das Bezirksgericht ignorierte deshalb entgegen der Darstellung des Klägers in der Berufung keine Bestätigung von Dr. med. G._____ (act. 54 S. 4).

Es bleibt dabei, dass der Kläger seine Depression im Herbst 2012 überwunden hatte, und er seither wieder voll arbeitsfähig ist.

2.2.4. Ist der Kläger arbeitsfähig, so ist als Konsequenz, wie unter 2.2.2. hiervor gesehen, der ihm mögliche und zumutbare Verdienst anzurechnen. Massgebend für die Beurteilung, ob und in welchem Umfang dem Pflchtigen die Erzielung eines Einkommens möglich und zumutbar ist, sind die konkreten Umstände, insbesondere die berufliche Qualifikation, das Alter und die Gesundheit sowie die Arbeitsmarktlage. Erwerbsprognosen sind notwendigerweise mit grossen Unsicherheiten behaftet. Die Einzelrichterin argumentierte deshalb unter Zuhilfenahme von Lohnstrukturhebungen als Orientierungshilfe, weshalb sie dem Kläger mit seinem beruflichen Werdegang ein monatliches Einkommen von Fr. 6'150.-- netto anrechnet (act. 48 S. 24 - 26). Sie erklärte nachdrücklich, weshalb eine Fokussierung auf den Bereich des Hundesitters, -trainers nicht akzeptiert werden könne. Sie legte auch dar, weshalb auf ein Einkommen abzustellen sei, wie es durchschnittlich von sämtlichen männlichen Beschäftigten (inkl. Hilfskraft ohne Ausbildung) erzielt werden könne, nämlich Fr. 6'840.-- brutto bzw. Fr. 6'150.-- netto (act. 48 S. 25), und fügte an, dass die für akademische Berufe und Ingenieure aufgeführten Durchschnittslöhne höher seien als der allgemeine (und dem Kläger angerechnete) Durchschnittslohn von Fr. 6'840.-- brutto bzw. Fr. 6'150.-- netto. Der Kläger setzt sich mit diesen Erwägungen nicht auseinander und stellt den Ausführungen der Vorinstanz lediglich unter Hinweis auf eine Lohnstatistik für

Hundetrainer entgegen, dass ihm maximal ein monatliches Einkommen von Fr. 4'160.-- brutto (bzw. nach Abzügen von 15 % Sozialversicherungsbeiträgen [act. 55/8] ca. Fr. 3'536.-- netto; act. 54 S. 6, act. 24 S. 14) angerechnet werden dürfe. Dies reicht zur Begründung der Berufung bzw. zur Umstossung der vorinstanzlichen Erwägungen nicht aus, es braucht eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Entscheidungsgründen im erstinstanzlichen Urteil. Auch wenn nachvollziehbar ist, dass der Kläger in seinem bisherigen Bereich verbleiben will, kann dies unter Hinweis darauf, dass er das Zumutbare unternehmen muss, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen, nicht akzeptiert werden. Es ist der Vorinstanz mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in der Höhe von Fr. 6'150.-- zu folgen.

2.3.1. Weiter wirft der Kläger dem Bezirksgericht vor, indem es ihm rückwirkend ab 1. August 2015 ein hypothetisches Einkommen anrechne, verstosse es gegen die klare Rechtsprechung, welche das Bezirksgericht ja selbst zitiere (act. 54 S. 5 oben). Es müsse ihm eine Übergangsfrist gewährt werden, üblich sei ein Jahr. Der Kläger verweist auf das Urteil des Kantonsgericht Zug vom 18. Mai 2016, welches in Sachen Abänderung des Unterhalts für den Sohn D._____, geboren tt.mm.2003, befasst war. Das Kantonsgericht Zug wies die Abänderungsklage des Klägers vom 11. Dezember 2013 im Grundsatz ab, sistierte aber die Unterhaltspflicht des Klägers für D._____ während der Zeit vom 11. Dezember 2013 bis 31. Dezember 2016, und verpflichtete ihn, ab 1. Januar 2017 die gemäss Unterhaltsvereinbarung geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträge (in der Höhe von rund Fr. 1'200.-- pro Monat) wieder zu bezahlen (act. 55/7 S. 8 unten, Dispositivziffer 1 und 2). Das Kantonsgericht selbst hält fest, dass die Übergangsfrist ausreichend grosszügig bemessen ist (act. 55/7 S. 7 unten).

2.3.2. Das Bezirksgericht legte dar, dass rückwirkendes Abstellen auf ein hypothetisches Einkommen problematisch sei, weil die Anrechnung eines solchen ausser Betracht bleiben müsse, wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt (act. 48 S. 20 unten). Es erklärte aber auch, weshalb im vorliegenden Fall vom Grundsatz der Nichtrückwirkung abgewichen werden könne (act. 48 S. 20 - 24).

Die Rechtsprechung zum hypothetischen Einkommen gilt für Sachverhalte, in denen der Richter zur Aufnahme oder Ausweitung eines hypothetischen Einkommens eine Umstellung der Lebensverhältnisse verlangt. In diesen Fällen ist der verpflichteten Partei hinreichend Zeit zu lassen, die rechtlichen Vorgaben in der Tat umsetzen. Anders verhält es sich wie hier, wenn der Unterhaltsschuldner um die Höhe der zu leistenden Unterhaltsbeiträge weiss und schon bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist. Hier bedarf der Unterhaltsverpflichtete keiner Anpassungsfrist, um eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen oder auszuweiten. Wie die Erwägungen unter II./1. zeigen, arbeitet der Kläger seit September 2012 wirtschaftlich erfolglos als selbständig erwerbender Hundetrainer und -sitter. Der Kläger behauptet nicht einmal, dass er seit diesem Zeitpunkt jemals eine einträglichere Stelle gesucht hat, dies obwohl er unbestrittenermassen immer um seine Unterhaltspflicht gewusst hat. Dem Kläger wurde sodann zugegebenermassen zuletzt explizit im September 2015 autoritativ beschieden, dass er sich ernsthaft und regelmässig um eine andere Stelle zu bewerben hat. Sucht der Kläger aber fortdauernd nicht ernsthaft eine neue, besser bezahlte Stelle, so ist ihm einerseits sein Untätigsein als leichtfertig vorzuwerfen, und hat er andererseits auch nicht glaubhaft gemacht, dass es ihm unmöglich (gewesen) ist, den durchschnittlichen Monatslohn eines männlichen Erwerbstätigen zu erzielen. Dieses Verhalten ist nicht zu schützen.

2.3.3. Aufgrund des Gesagten ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz dem Kläger ein hypothetisches Einkommen (in der Höhe von Fr. 6'150.--) ab Juli 2015 anrechnet (act. 48 S. 31 Dispositivziffer 1). Urteile und Überlegungen eines anderen Gerichts, welche zwar zur gleichen Sache ergangen sind, nämlich zur Frage des Zeitpunktes der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens, stellen für die Berufungsinstanz keinen Grund dar, das erstinstanzliche Urteil abzuändern. Solche Urteile anderer Gerichte ergeben keine Bindungswirkungen für das Obergericht. Die Instanzen sprechen bei der Frage des Zeitpunktes der Anrechnung des hypothetischen Einkommens in Ausübung pflichtgemässen Ermessens Recht. Trifft das Gericht einen Ermessensentscheid, so sind mehrere Entscheidungen möglich. Das Kantonsgericht Zug spricht in seiner Entscheidung selbst von einer ausreichend grosszügig bemessenen Übergangsfrist (act. 55/7 S. 7 un-

ten). Aber selbst wenn das ausserkantonale Urteil in diesem Punkt zu beachten wäre, so scheitert ein solches Vorgehen an Art. 317 Abs. 1 ZPO: Der Kläger hat nicht dargetan, dass er das Urteil aus Zug bzw. die sich daraus ergebenden Tatsachen trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätte vorbringen können.

3. Da bereits die Eventualerwägungen der Vorinstanz, wonach dem Kläger ab Juli 2015 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'150.-- netto anzurechnen ist, vom Kläger im Berufungsverfahren nicht umgestossen werden konnten, erübrigen sich Weiterungen zur Hauptbegründung der Vorinstanz (act. 48 S. 20). Zum Vorbringen des Klägers, es sei nur mit Zurückhaltung von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten auszugehen (act. 54 S. 5 oben), ist immerhin Folgendes anzuführen: Die Vorinstanz stellte sorgfältige Erwägungen an, weshalb sie im konkreten Fall von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten des Klägers ausgehe (act. 48 S. 17 - 20). Der Berufungsschrift lässt sich keine sachbezogene Auseinandersetzung des Klägers mit den vorinstanzlichen Erwägungen entnehmen. Sachumstände wie etwa, dass der Kläger nicht nur kein einträglicheres Einkommen zu verdienen versucht, sondern sich im relevantem Zeitraum auch einen grossen Teil seines Pensionskassenguthabens im Betrag von Fr. 350'000.-- zwecks Finanzierung eines Einfamilienhauses auszahlen liess, und ein Jahr später seinen hälftigen Anteil am Haus seiner damaligen (zweiten) Ehefrau verschenkte, welche sich praktisch gleichzeitig vom Kläger trennte, spricht für rechtsmissbräuchliches Verhalten. Die Darstellung des Klägers, wonach ihm seine (zweite) Ehefrau in seinen schwierigsten Zeiten sehr unterstützt und geholfen habe, vermag die Schenkung des Hauses an sie allenfalls zu erklären, nicht aber einen weiteren Pensionskassenbezug von rund Fr. 160'000.-- am 3. September 2012. Diesen Bezug verwendete der Kläger unbestrittenermassen für private Zwecke. Insofern bleibt der Vorwurf des durch rechtsmissbräuchliche Motive gelenkten Verhaltens des Klägers.

4. Ein Abänderungsgrund im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB ist zwar unter Hinweis auf die Einkommensverminderung zu bejahen. Der Kläger macht aber keine Ausführungen zu seinem hypothetischen Bedarf (vgl. act. 1 S. 9, act. 24 S. 12); die Bedarfswahlen, und damit die Berechnungsgrundlagen wurden nicht

aktenkundig gemacht (act. 48 S. 26). Folglich kann der Unterhaltsbeitrag nicht aktualisiert, d.h. neu berechnet werden. Damit ist auch der klägerische Eventualantrag auf Festsetzung eines Unterhaltsbeitrages von Fr. 200.-- pro Monat nicht möglich (act. 54 S. 6).

5. Der Kläger anerkennt einen Barbedarf der Beklagten von Fr. 1'903.-- pro Monat (act. 54 S. 6). Die Einkommensverhältnisse der Mutter der Beklagten können entgegen des Klägers nicht einbezogen werden, selbst wenn sie inzwischen Fr. 7'000.-- pro Monat verdienen würde (act. 54 S. 4). Der naheheliche Unterhalt für die Mutter der Beklagten wurde im Scheidungsurteil vom 28. August 2006 bis Ende Februar 2014 befristet (act. 4/5 S. 4). Es wurde davon ausgegangen, dass die dannzumal 51-jährige Mutter der Beklagten wieder wirtschaftlich selbständig sein und über ein volles Einkommen verfügen würde, jedenfalls wurde nichts anderes ausgeführt. Im Zeitpunkt der Scheidung der Ehe der Eltern der Beklagten verdiente die Mutter der Beklagten ein monatliches Einkommen von Fr. 2'020.-- (act. 4/5 S. 5). Der heutige strittige Unterhaltsbeitrag wurde trotz dieser festgesetzten Eckdaten über die Volljährigkeit der Beklagten hinaus festgelegt (vgl. hierzu auch BGE 139 III 401 [= BGer 5A_808/2012 vom 29. August 2013]; Art. 133 Abs. 3 ZGB i. V. m. Art. 277 Abs. 2 ZGB). Eine Anpassung des Unterhaltsbeitrages (allein) gestützt auf ein (allerdings bestrittenes [Prot. VI S. 10]) höheres Einkommen der Mutter der Beklagten ist daher nicht möglich. Der Ansicht des Klägers, die Vorinstanz hätte die Mutter der Beklagte auffordern und anhalten müssen, Belege zu ihrem Einkommen einzureichen (act. 54 S. 6 unten), ist damit nicht zu folgen. Ohnehin fehlen Angaben zum Bedarf der Mutter der Beklagten, weshalb von Vorerhein keine Aussagen über ihre Leistungsfähigkeit gemacht werden können. Es ist an den Parteien, dem Gericht die nötigen Tatbestandselemente zu nennen, das Gericht klärt in Prozessen des Mündigenunterhalts den Sachverhalt nicht selbst ab (vgl. auch act. 48 S. 5 unten).

Schliesslich ist der Vorinstanz beizupflichten, wenn sie ausführt, die (ausgeweitete) Erwerbstätigkeit der Mutter der Beklagten (mit einhergehendem höheren Lohn) dürfe nicht als Abänderungsgrund zugunsten des Klägers dienen: Es sei rechtsmissbräuchlich, wenn sich der Kläger seiner Unterhaltspflicht zu entledigen ver-

suche, mit dem Argument, die Mutter verdiene mehr, als er überhaupt zu erwirtschaften in der Lage sei, sich aber gar nicht bemühe ein für die Erfüllung seiner Unterhaltspflichten genügendes Einkommen zu erzielen (act. 49 S. 29 oben).

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Berufung des Klägers abzuweisen und das Urteil des Bezirksgerichts Winterthur vom 3. August 2016 zu bestätigen ist. Der Kläger beanstandet die von der Vorinstanz unter Punkt Ziffer 9.3. am Schluss gemachte Rechnung (act. 48 S. 29, act. 54 S. 6). Die Vorinstanz zeigt mit dieser Rechnung auf, dass die beiden Eltern der Beklagten etwa zu gleichen Teil zum Unterhalt und Ausbildung der Tochter beitragen. Es ist einzig ein Schreibfehler zu vermerken (... Zeit ab Juli 2015 bis und mit August 2019; act. 48 S. 29 unten).

III.

1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 bis 3 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Entscheidgebühr von Fr. 3'600.00. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), dem Kläger nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. Die Berufung ist unbegründet, aber noch nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO. Unter Hinweis auf die effektiven finanziellen Verhältnisse ist dem Kläger, wie von ihm beantragt, die unentgeltliche Prozessführung für das Berufungsverfahren im Sinne von Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO zu gewähren (act. 54 S. 1). Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. Es wird dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 3. August 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'600.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt ausdrücklich vorbehalten.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 54, sowie an das Bezirksgericht Winterthur und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

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

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Der Streitwert beträgt Fr. 99'000.--.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: