

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC170001-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stammbach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Bohli Roth

Beschluss und Urteil vom 25. Mai 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Dietikon ZH vom 22. März 2010 (Prozess Nr. FE090222)**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 21. November 2016; Proz. FP140009

Rechtsbegehren:

Ursprüngliches Rechtsbegehren (act. 27 S. 2):

"In Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 22. März 2010 (Geschäfts-Nr. FE090222) sei Dispositiv-Ziffer 3.6. lit. a) des Urteils und damit der nacheheliche Unterhalt an die Beklagte rückwirkend per 1. Februar 2013 ersatzlos aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

Klageänderung (act. 62 S. 1 und Prot. FP130004 S. 34, sinngemäss):

1. In Abänderung des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 22. März 2010 sei Dispositiv-Ziffer 3.5. insofern anzupassen, als die Verpflichtung des Klägers zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung von C. _____, geboren tt. Januar 1998, in der Höhe von Fr. 1'200.– pro Monat rückwirkend vom 1. Oktober 2013 bis zum 31. März 2014 aufzuheben sei.

Darüber hinaus seien die vom Kläger an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder zu leistenden monatlichen Kinderunterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'200.– pro Kind ab 1. Juni 2014 um Fr. 1'050.– auf Fr. 150.– zu reduzieren.

2. In Abänderung des vorgenannten Scheidungsurteils sei Dispositiv-Ziffer 3.6. lit. a) und damit der nacheheliche Unterhalt an die Beklagte rückwirkend per 1. Februar 2013 ersatzlos aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Beklagten.

Entscheid des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern
vom 21. November 2016 (act. 136 S. 24 f.):

Es wird verfügt:

1. Es wird vorgemerkt (wie bereits das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 9. Dezember 2014, Geschäft Nr. LC140020-O/U), dass das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Affoltern vom 27. Juni 2014 in den nachstehenden Punkten nicht angefochten und damit am 17. November 2014 rechtskräftig geworden ist:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird Dispositiv-Ziffer 3.5. (Kinderunterhaltsbeiträge) der mit Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 22. März 2010 (Geschäft Nr. FE090222/U) genehmigten Scheidungsvereinbarung durch den folgenden zusätzlichen Absatz 5 ergänzt:

Die Pflicht des Gesuchstellers Kinderunterhaltsbeiträge für C. _____ zu leisten, wird vom 1. Dezember 2013 bis und mit 28. Februar 2014, somit für die Dauer von drei Monaten, aufgehoben.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen (*soweit damit die Unterhaltspflicht gegenüber C. _____ für die Monate Oktober, November 2013 und März 2014 [Teil von Ziff. 1 Abs. 1 der Klageänderung] und die Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten [ursprüngliches Rechtsbegehren bzw. Ziff. 2 der Klageänderung] gemeint ist*).

2. Es wird davon Vormerk genommen, dass den Parteien mit Verfügung vom 20. August 2013 die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und ihnen ihre Rechtsvertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände bestellt wurden.

3. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Dispositiv-Ziffer 3.5. Absatz 2 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 22. März 2010 (Geschäft Nr. FE090222/U) wird aufgehoben und durch die folgende Fassung ersetzt:

- "- Fr. 481.– pro Kind (C._____ und D._____) ab 1. Juni 2014 bis 28. Februar 2015, sowie
 - Fr. 819.– pro Kind (C._____ und D._____) ab 1. März 2015 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung der Kinder (auch über die Mündigkeit hinaus)."
2. Die Entscheidungsgebühr wird festgesetzt auf:
- Fr. 4'565.– die weiteren Gerichtskosten betragen,
Fr. 1'200.– zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr.
3. Die Kosten werden den Parteien je hälftig auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 134 S. 2 f.):

- "1. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 21. November 2016 (Geschäfts-Nr.: FP140009-A) sei aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:
- "Dispositiv-Ziffer 3.5. Absatz 2 des Urteils des Bezirksgerichts Dietikon vom 22. März 2010 (Geschäfts-Nr. FE090222/U) wird aufgehoben und durch die folgende Fassung ersetzt:
- Fr. 353.00 pro Kind (C._____ und D._____) ab 1. Juni 2014 bis 31. Dezember 2014,
 - Fr. 50.00 pro Kind (C._____ und D._____) ab 1. Januar 2015 bis 28. Februar 2015, sowie
 - Fr. 385.00 pro Kind (C._____ und D._____) ab 1. März 2015 bis 31. Dezember 2015. Mangels Leistungsfähigkeit ist der Gesuchsteller danach nicht mehr zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet."
2. Eventualiter zu Antrag Ziffer 1 sei Dispositiv-Ziffer 1 des vorgenannten Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern aufzu-

heben und die Sache an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Affoltern zur Neuurteilung zurückzuweisen.

3. Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des vorgenannten Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern seien aufzuheben und über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im vorinstanzlichen Verfahren sei gemäss dem Ausgang des vorliegenden Verfahrens zu entscheiden.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt.) zu Lasten der Beklagten.

der Berufungsbeklagten (act. 139 S. 2):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Eventualiter sei Dispositiv Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 21. November 2016 aufzuheben und die Sache an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Affoltern zur Neuurteilung zurückzuweisen.
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Klägers und Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

1. Die Ehe der Parteien wurde mit Urteil des Bezirksgerichtes Dietikon vom 22. März 2010 geschieden. Die elterliche Sorge über die beiden gemeinsamen Söhne C._____, geboren am tt. Januar 1998, und D._____, geboren am tt.mm.2001 wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) zugeteilt. In der vom Gericht genehmigten Scheidungskonvention verpflichtete sich der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger), der Beklagten nachehelichen Unterhalt von Fr. 900.– pro Monat bis zum 28. Februar 2015 und für die beiden Söhne Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'200.– pro Monat bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung zu bezahlen (act. 5/26).

2. Am 30. Januar 2013 reichte der Kläger bei der Vorinstanz Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils ein. Er verlangte mit Wirkung ab 1. Februar

2013 die Aufhebung der Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten (act. 1 und act. 27 S. 2). Im Verlauf des Prozesses nahm er eine Klageänderung bzw. -erweiterung vor, welche er anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Mai 2014 konkretisierte: Er forderte zusätzlich die Reduktion der Unterhaltsbeiträge für die beiden Söhne um Fr. 1'050.– auf den Betrag von je Fr. 150.– pro Monat mit Wirkung ab 1. Juni 2014 sowie die vollständige Aufhebung der Unterhaltspflicht für C._____ für den Zeitraum vom 1. Oktober 2013 bis zum 31. März 2014, da C._____ während dieser Monate bei ihm gewohnt habe (act. 59, act. 62 S. 1 und Prot. FP130004 S. 34). Er begründete die Abänderungsklage zum einen mit markanten Einkommensrückgängen aus seiner Erwerbstätigkeit als selbständiger ...-Fotograf und zum anderen mit der Zunahme seiner Lebenskosten, da er wieder verheiratet und Vater eines weiteren Sohnes, E._____, geboren am tt.mm.2013, geworden sei (act. 30).

Mit Urteil vom 27. Juni 2014 hiess die Vorinstanz die Klage insoweit gut, als sie die Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber C._____ für die Zeit vom 1. Dezember 2013 bis und mit 28. Februar 2014 aufhob. Im Übrigen wies sie die Klage ab (act. 65).

3. Gegen diesen Entscheid erhob der Kläger innert Frist Berufung. Er verlangte eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge von nur noch je Fr. 937.50 (vor Vorinstanz Fr. 1'050.–) für C._____ und D._____ ab 1. Juni 2014. Eventualiter forderte er die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz (act. 74 S. 2).

Die Kammer merkte vor, dass das vorinstanzliche Urteil vom 27. Juni 2014 bezüglich der teilweisen Aufhebung der Unterhaltspflicht gegenüber C._____ und der Klageabweisung (soweit sie die Unterhaltspflicht gegenüber C._____ für die Monate Oktober bis November 2013 und März 2014 sowie die Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten betrifft) am 17. November 2014 in Rechtskraft erwachsen ist. Im Übrigen hob die Kammer das Urteil auf und wies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Sie erwog, die Vorinstanz habe das Durchschnittseinkommen des Klägers in der massgeblichen Bemessungsperiode inkl. eines allfälligen hypothetischen Ein-

kommens und sein Existenzminimum namentlich unter Berücksichtigung der Geburt von E. _____ sowie die finanziellen Verhältnisse seiner Ehefrau zu bestimmen und gegebenenfalls beweismässig zu erheben (act. 87 S. 10 ff.).

4. Nachdem die Vorinstanz das Verfahren ergänzt hatte, hiess sie am 21. November 2016 die Klage teilweise gut. Sie verpflichtete den Kläger zur Zahlung von monatlich Fr. 481.– pro Kind ab 1. Juni 2014 bis 28. Februar 2015 und Fr. 819.– pro Kind ab 1. März 2015 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung (act. 136 S. 24 f.).

5. Am 17. Januar 2017 erhob der Kläger erneut Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen. Er fordert die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge pro Kind auf Fr. 353.– ab 1. Juni 2014 bis 31. Dezember 2014, Fr. 50.– für Januar und Februar 2015 und Fr. 385.– ab 1. März 2015 bis 31. Dezember 2015. Mangels Leistungsfähigkeit sei er danach nicht mehr zur Zahlung von Kinderunterhalt zu verpflichten. Eventualiter fordert er die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung. Schliesslich verlangt er eine Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen sowie in prozessualer Hinsicht die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Mit Verfügung vom 2. März 2017 wurde der Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt, welche fristgerecht einging (act. 137 und 139). Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz und ersucht ebenfalls um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Auf die Einholung eines Kostenvorschusses wurde einstweilen verzichtet. Am 17. August 2017 wurde beiden Parteien je Frist angesetzt, um ihre Gesuche um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit weiteren Unterlagen zu ergänzen. Ferner wurden die Parteien über eine Änderung des Spruchkörpers informiert und dem Kläger die Berufungsantwort der Beklagten vom 31. März 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 141). Mit Eingaben vom 28. August bzw. 11. September 2017 kamen die Parteien der Aufforderung zur Ergänzung der Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege innert (erstreckter) Frist nach (act. 143 und 147-148/1-6, act. 144-145/1-5). Von der Zustellung der Unter-

lagen je an die Gegenpartei wurde vorerst abgesehen, da diese in Anwendung von Art. 119 Abs. 3 ZPO (nur) anzuhören ist, wenn die unentgeltliche Rechtspflege die Leistung einer Sicherheit für die Parteientschädigung umfassen soll, was vorliegend nicht der Fall ist.

II.

1. Gegenstand des Abänderungsverfahrens ist die Reduktion der Kinderunterhaltsbeiträge für C. _____ und D. _____ ab 1. Juni 2014. Strittig ist dabei einzig die Leistungsfähigkeit des Klägers, welcher im Scheidungszeitpunkt sowie heute als selbständiger ...-Fotograf tätig ist (act. 27 S. 3, Prot. FP130004 S. 18). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für die Bestimmung der Leistungsfähigkeit eines Selbständigerwerbenden auf das Durchschnittseinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre abzustellen, wobei auffällige, d.h. besonders gute oder schlechte Geschäftsjahre unter Umständen ausser Betracht bleiben können. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Zahlen kann das Nettoeinkommen des letzten Jahres als massgebend betrachtet werden (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., S. 16 f., S. 270 f., BGer 5A_684/2001 vom 31. Mai 2012 E. 2.2 m.w.H.). Die Vorinstanz setzte das klägerische Einkommen nach dieser Methode fest und stellte auf einen Durchschnittswert der letzten drei Jahre (Mai 2011 bis April 2014) – ausgehend vom 7. bzw. 14. Mai 2014 (Zeitpunkt, als der Kläger seine Klage um die Thematik der Kinderunterhaltsbeiträge erweiterte) – ab. Sie ging gestützt auf die vom Kläger eingereichten Belege von folgenden Einkommen aus:

2011: Fr. 86'454.– Unternehmenserfolg/Reingewinn (act. 17/5, 98/2)
somit **Fr. 7'204.–/Monat** (8x, Mai bis Dez. 2011)

2012: Fr. 50'541.– Unternehmensgewinn (act. 17/4, 28/1)
somit **Fr. 4'211.–/Monat** (12x)

2013: Fr. 52'781.– Unternehmensgewinn (act. 75/3-4)
somit **Fr. 4'398.–/Monat** (12x)

2014: Januar 2014 - Fr. 555.– (act. 93, Jan. 2014)
 Februar 2014 Fr. 20.– (act. 93, Feb. 2014)
 März 2014 Fr. 5'123.– (act. 93, März 2014)
 April 2014 Fr. 457.– (act. 93, April 2014)
 somit im Durchschnitt **Fr. 1'261.–/Monat**

Die Vorinstanz liess die Monate Januar bis April 2014 ausser Acht, da das Einkommen des Klägers während dieser Zeit im Vergleich zu den vorherigen vier Jahren besonders schlecht gewesen sei. Unter Berücksichtigung des "neutralen Erfolgs" von Fr. 250.–/Monat (Fr. 3'000.–/Jahr, u.a. act. 98/1 S. 4) resultiere so ein durchschnittliches monatliches Einkommen des Klägers von Fr. 5'280.–, was gegenüber dem Scheidungsurteil eine Reduktion um rund 15% bedeute. Das sei eine erhebliche, dauerhafte und unvorhersehbare Veränderung. Weiter nahm die Vorinstanz einen klägerischen Bedarf ab August 2013 (nach der Geburt von Sohn E._____) von Fr. 3'997.– und ab März 2015 (nach Wegfall der ehelichen Unterhaltspflicht) von Fr. 3'097.– an. Auf Seiten der Beklagten stellte sie auf das im Scheidungsverfahren ermittelte Einkommen von monatlich Fr. 2'400.– netto (inkl. 13. Monatslohn und Kinderzulagen) und einen Bedarf von Fr. 6'370.– ab. Den vom Kläger erzielten Überschuss verteilte sie im Verhältnis 3:3:2 auf die drei Kinder und verpflichtete den Kläger zu Unterhaltsbeiträgen an C.____ und D.____ von je Fr. 481.– ab 1. Juni 2014 bis 28. Februar 2015 und Fr. 819.– ab 1. März 2015 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung (act. 5/26 S. 3 f., zum Ganzen act. 136 S. 15 ff.).

2. Der Kläger rügt in seiner Berufungsschrift zusammengefasst, die Vorinstanz hätte sein Einkommen fehlerhaft berechnet und namentlich gewisse Belege nicht eingefordert bzw. zu Unrecht nicht berücksichtigt. So sei wenig nachvollziehbar, weshalb die Vorinstanz für das Jahr 2014 ein monatliches Einkommen von Fr. 1'261.– annahm, obwohl der an der Hauptverhandlung vom 11. Mai 2016 eingereichte provisorische Geschäftsabschluss 2014 von einem Einkommen von Fr. 3'591.45 pro Monat ausging. Vor allem aber zeigten die an der Hauptverhandlung und im Berufungsverfahren vorgelegten Abschlüsse, dass 2014 kein besonders schlechtes Jahr gewesen sei und seine Umsatzzahlen, wie er schon immer

vorgebracht habe, von Jahr zu Jahr sinken würden, was auch die nachgereichten Geschäftszahlen 2015 belegten. Wäre richtigerweise auch das Einkommen von Januar bis April 2014 berücksichtigt worden, hätte dies zu einer noch deutlicheren Reduktion seines Einkommens geführt. Gemäss dem heute vorliegenden definitiven Geschäftsabschluss habe er 2014 ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'015.40 erzielt. In den drei Jahren vor Einreichung seines Abänderungsbegehrens habe er somit im Durchschnitt rund Fr. 5'056.– verdient, was eine Reduktion um knapp 20% gegenüber dem Scheidungszeitpunkt und somit eine wesentliche und dauernde Verminderung seines Einkommens bedeutete.

Sodann habe die Vorinstanz es unterlassen, den für die Berechnung seines Einkommens relevanten Zeitraum anzupassen. Sie habe starr auf sein durchschnittliches Einkommen in den Jahren 2011 bis 2013 abgestellt, obwohl das Urteil erst am 21. November 2016 erlassen worden sei. Die Jahre 2014 und 2015 seien zu Unrecht komplett unbeachtet geblieben. Der relevante Bemessungszeitraum bestehe aber aus den jeweils letzten drei Jahren vor der entsprechenden Unterhaltsperiode, zumal aktuelle Einkommenszahlen bekannt gewesen seien bzw. von der Vorinstanz ohne weiteres hätten eruiert werden können und müssen. Dies gelte umso mehr, wenn sich sein Einkommen stetig verschlechterte, was der Vorinstanz aufgrund der provisorischen Geschäftszahlen 2014 bekannt gewesen sei. Bei korrekter Berechnung seien die Kinderunterhaltsbeiträge weiter zu reduzieren. Ab 1. Januar 2016 sei er mangels Leistungsfähigkeit von der Unterhaltspflicht zu befreien (act. 134 S. 2 ff.).

3. Die Beklagte hält dem in ihrer Berufungsantwort vorab entgegen, bei den nachgereichten Abschlüssen 2014 und 2015 handle es sich um unzulässige Noven, welche nicht zu beachten seien. Auch unter Geltung der Untersuchungs- und Officialmaxime sei die Vorinstanz nicht verpflichtet gewesen, die erforderlichen Unterlagen einzufordern. Vielmehr habe es der Kläger verpasst, diese Belege rechtzeitig vorzulegen. Aber selbst bei deren Berücksichtigung würden die neu geltend gemachten Zahlen zu keiner (weiteren) Reduktion der Unterhaltsbeiträge berechtigen, sondern vielmehr darauf hindeuten, das die bisherigen klägerischen

Angaben zum Einkommen nicht korrekt gewesen seien. Mit der Vorinstanz stellt die Beklagte für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge auf das Durchschnittseinkommen der letzten drei Jahre vor Klageeinleitung ab. Eine jährliche oder gar monatliche Anpassung seines angeblichen Einkommens könne der Kläger nicht fordern. Hätte die Vorinstanz alle von ihr (der Beklagten) erhobenen Einwände einbezogen, ergebe dies ohne Berücksichtigung eines Beitrages der Ehefrau des Klägers ein bereinigtes durchschnittliches Einkommen von Fr. 6'060.– pro Monat. Da die Vorinstanz aber lediglich von Fr. 5'280.– ausgegangen sei, seien die Vorbringen des Klägers unbeachtlich. Sollte der Kläger wider Erwarten einen Rückgang seines Einkommens nachweisen können, so wäre ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von mindestens Fr. 5'280.– anzunehmen. Ebenso wäre sein Aufwand erheblich zu kürzen. Sodann sei er bei fortlaufender Verschlechterung seines Geschäftsganges verpflichtet, eine andere Arbeit anzunehmen.

In der Folge legt die Beklagte einlässlich dar, weshalb ihrer Ansicht nach die von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträge für die verschiedenen Perioden nicht zu beanstanden seien und auch die Geschäftsabschlüsse 2014 und 2015 als (unzulässige) Noven zu keinem anderen Ergebnis führten. Schliesslich wendet die Beklagte ein, zwischenzeitlich verdiene die Ehefrau des Beklagten sicherlich mehr als die von der Vorinstanz angenommenen Fr. 2'300.– und müsse deshalb, soweit der Kläger ab 2016 seine Leistungsfähigkeit verneint wissen wolle, diesen bei der Unterhaltspflicht unterstützen (act. 139 S. 4 ff.).

4. Eine nachträgliche Abänderung der im Scheidungsurteil festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge setzt eine erhebliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse voraus, die im Zeitpunkt der Scheidung nicht voraussehbar gewesen sein darf (Art. 286 Abs. 2 ZGB). Sie dient nicht der Korrektur des Scheidungsurteils, sondern dessen Anpassung an die aktuelle Situation. In Betracht kommt unter anderem die Veränderung der Leistungsfähigkeit des Beitragsschuldners, wobei in der Praxis nebst Einkommenseinbussen die Gründung einer neuen Familie und insbesondere die Geburt eines weiteren Kindes einen wichtigen Abänderungsgrund bildet (FamKomm Scheidung, Aeschlimann, 3. A., Art. 286 N 4 ff.). Massgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob neue Umstände eingetreten sind,

ist das Datum der Einreichung des Abänderungsgesuches. Es kann hierzu auf die ausführlichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 136 S. 8, S. 13 ff.). Sind wie hier Kinderbelange zu beurteilen, so erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und es ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und Officialmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

5. Soweit der Kläger moniert, die Vorinstanz habe den für die Bestimmung seiner Leistungspflicht relevanten Zeitraum nicht laufend angepasst (act. 134 S. 5 ff., S. 8 ff.), ist ihm Folgendes entgegenzuhalten: Wie dargelegt stellte die Vorinstanz praxisgemäss für die Berechnung der Kinderunterhaltsbeiträge auf das Durchschnittseinkommen der drei Vorjahre ab, ausgehend vom 7. bzw. 14. Mai 2014, als der Kläger seine Klage um diesen Punkt erweiterte (act. 136 S. 15 ff.). An diesem Vorgehen ist grundsätzlich nichts auszusetzen, denn ein Zeitraum von drei Jahren wird als hinreichend repräsentativ erachtet, um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erhalten und namentlich Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen. Eine jährliche oder gar monatliche Abstufung, wie sie der Kläger postuliert, sieht weder das Gesetz noch die bundesgerichtliche Rechtsprechung vor. Abgesehen davon, dass eine fortlaufende Anpassung der massgeblichen Periode kaum praktikabel wäre, führte sie auch nicht zu einem anderen Ergebnis, da es zumindest bei bloss kurzen Zeitspannen am Erfordernis dauerhaft veränderter Verhältnisse fehlt. Mit der Beklagten ist ferner darauf hinzuweisen, dass bei einer laufenden Anpassung jeweils auch das Einkommen der Ehefrau des Klägers, welche diesem aufgrund der ehelichen Treue- und Beistandspflicht im Rahmen ihrer eigenen Leistungsfähigkeit bei der Zahlung der bisherigen Unterhaltsbeiträgen beizustehen hat, neu überprüft werden müsste (act. 139 S. 8, S 10 f. und 16 f.). Hierzu schweigt sich der Kläger indes aus. Solange keine Anhaltspunkte für eine erhebliche Verminderung des klägerischen Einkommens vorlagen, war die Vorinstanz somit, wie die Beklagte zu Recht einwendet (act. 139 S. 8 und 11), ungeachtet des geltenden Untersuchungsgrundsatzes nicht gehalten, den anwaltlich vertretenen Kläger regelmässig zur Einreichung aktueller Belege aufzufordern. Zur Ermittlung seiner Leistungsfähigkeit durfte sie auf die ihr vorgelegten Unterlagen abstellen. Es war somit Sache des Klägers, die

Vorinstanz mit sachdienlichen Belegen über neue Einkommenszahlen in Kenntnis zu setzen, denn auch bezüglich der Kinderbelange bleibt das Sammeln des Prozessstoffes in erster Linie Sache der Parteien. Diese sind nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zur Mitwirkung verpflichtet, da sie den Prozessstoff am besten kennen (ZK ZPO-Schweighauser, 3. A., Art. 296 N 10).

6.a) Der Kläger hält weiter dafür, dass gemäss den der Vorinstanz vorgelegten provisorischen Geschäftszahlen 2014 sowie den im Berufungsverfahren nachgereichten Jahresabschlüssen 2014 und 2015 das Jahr 2014 kein besonders schlechtes Jahr gewesen sei und demnach nicht ausser Betracht hätte bleiben dürfen. Vielmehr belegten die Unterlagen die fortlaufende Verschlechterung seines Geschäftsganges (act. 134 S. 7). Es stellt sich damit die Frage, ob die Abschlüsse zu berücksichtigen sind und inwieweit sie gegebenenfalls an den von der Vorinstanz festgestellten Einkommen bzw. den darauf basierenden Kinderunterhaltsbeiträgen etwas ändern.

b) Nach Art. 229 Abs. 2 ZPO haben die Parteien im ordentlichen Verfahren das Recht, zweimal unbeschränkt Tatsachen und Beweise einzubringen. Danach gilt für die Zulässigkeit von Noven ein strenger Massstab. Keine Novenbeschränkung kennen hingegen Verfahren, die wie vorliegend dem Untersuchungs- und Officialgrundsatz unterliegen. Hier können neue Tatsachen- und Beweismittel bis zur Urteilsberatung eingebracht werden (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Demnach hätte die Vorinstanz den an der Beweis- und Schlussverhandlung vom 11. Mai 2016 nachgereichten provisorischen Abschluss 2014 als zulässiges Novum beachten müssen (act. 114, act. 136 S. 15 ff., Prot. FP140009 S. 8). Sie äusserte sich indes nicht dazu (act. 136 S. 15 ff.).

Im Berufungsverfahren werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen, unter denen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, abschliessend, ohne danach zu differenzieren, ob ein Verfahren in den Anwendungsbereich der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime fällt. In Kinderbelangen können No-

ven jedoch, sofern sie nicht ohnehin gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind, von der Kammer insoweit zur Kenntnis genommen werden, als sie im Rahmen der Pflicht zur Sachverhaltserforschung von Amtes wegen zu Weiterungen Anlass geben (vgl. zum Ganzen OGer ZH LY160019 vom 21. Juli 2016, E. 2.2.1.2. m.w.H.). Somit sind, entgegen der Ansicht der Beklagten, wonach auch im Bereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime nur das eingeschränkte Novenrecht nach Art. 317 Abs. 1 ZPO gilt (act. 139 S. 4), die erst im Berufungsverfahren vorgelegten definitiven Abschlüssen 2014 und 2015 als Noven zuzulassen.

c) Die Vorinstanz hat für das Jahr 2011 ein durchschnittliches Monatseinkommen des Klägers von Fr. 7'204.–, für das Jahr 2012 von Fr. 4'211.– und für das Jahr 2013 von Fr. 4'398.– festgestellt (act. 136 S. 15). Dies blieb seitens des Klägers unbestritten (act. 134 S. 8). Für das Jahr 2014 ging die Vorinstanz gestützt auf die eingereichten Betreibungsunterlagen von einem monatlichen Einkommen von nur noch Fr. 1'261.– aus (act. 136 S. 15, act. 114), was bloss etwa 24% des Durchschnittseinkommens der Jahre 2011 bis 2013 ausmacht (zum Ganzen oben II. E. 1). Es weicht somit erheblich von den Vorjahren ab und wäre nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung unbeachtlich. Demgegenüber resultiert aus dem provisorischen Geschäftsabschluss 2014 ein Monatseinkommen von Fr. 3'591.45 (act. 114). Aus dem mit der Berufungsschrift nachgereichten definitiven Abschluss 2014 ergibt sich schliesslich bei einem Gewinn von Fr. 36'185.08 ein monatliches Einkommen von Fr. 3'015.40 (act. 135/2), was im Vergleich zu den beiden Vorjahren eine Einbusse von rund 40% bedeutet. Dies ist zwar signifikant weniger, aber (noch) nicht als ausserordentlich zu betrachten, zumal das deutlich höhere Einkommen im Jahr 2011 ebenfalls Eingang in die Berechnung fand, was von keiner Seite in Frage gestellt wurde. Berücksichtigt man demnach auch die Monate Januar bis April 2014, so ergibt sich für den relevanten Zeitraum ein monatliches Einkommen von Fr. 5'056.– (8 x 7'204.– [Fr. 57'632.–] plus Fr. 50'541.– plus Fr. 52'781.– plus 4 x Fr. 3'015 [Fr. 12'060.–] geteilt durch 36 Monate plus monatlich Fr. 250.– "neutralen Erfolg", der vom Kläger nicht ernsthaft bestritten wird). Die Differenz zum von der Vorinstanz ermittelten Durchschnittswert von Fr. 5'280.– beläuft sich auf Fr. 224.–. Im Jahr 2015 erzielte der

Kläger ein monatliches Einkommen von nur noch Fr. 660.–, welches aber nach dem Gesagten nicht mehr in die Vergleichsperiode fällt und damit unbeachtlich ist (act. 135/3).

7. Im Folgenden ist zu prüfen, ob das festgestellte Einkommen von neu Fr. 5'056.– zu einer Reduktion der durch die Vorinstanz festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge berechtigt. Bei der Bemessung der Kinderalimente ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Reicht dieses Einkommen nicht aus, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses bei gutem Willen zu erreichen zumutbar und möglich ist. Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Rechtsfrage ist, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint, Tatfrage hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist. Massgebend bei der Beurteilung der Anrechenbarkeit eines hypothetischen Einkommens sind die beruflichen Fähigkeiten, namentlich das Alter, die Ausbildung, die Berufserfahrung und allfällig absolvierte Weiterbildungen (zum Ganzen BGer 5A_964/2016 vom 19. Februar 2018; Hausheer/Spycher, a.a.O., S. 23 ff.; S. 274 ff.).

Wenn der Unterhaltsschuldner schon bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und seine vorbestehende Unterhaltspflicht – wenn auch wie hier nur unzureichend – erfüllt hat, bedarf er keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist, um eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder ausweiten und hierzu seine Lebensverhältnisse umstellen zu können. Vielmehr muss er alles in seiner Macht Stehende tun und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Begnügt er sich selbst bei einem unfreiwilligen Stellenwechsel wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit, so hat er sich anrechnen zu lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu erwirtschaften vermöchte. Versagt der Richter der unterhaltspflichtigen Partei aus diesen Gründen eine Übergangsfrist, muss sich diese Partei ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen gegebenenfalls von einem Zeitpunkt an anrechnen lassen, der in der Vergangenheit liegt. Ei-

ner so verstandenen "rückwirkenden" Anrechnung eines höheren Einkommens steht nicht entgegen, dass der Unterhaltsschuldner die Verminderung seiner Leistungsfähigkeit für eine bereits verstrichene Zeitspanne nicht rückgängig und die in der Vergangenheit unterbliebene Erzielung des ihm zumutbaren Einkommens nicht ungeschehen machen kann. Hat er in einem bestimmten Abschnitt der Vergangenheit also nicht das Einkommen erzielt, das er bei gutem Willen hätte erwirtschaften können, und lässt sich sein Versäumnis für diese konkrete Zeitperiode auch nicht mit einer Anpassung an veränderte Verhältnisse rechtfertigen, so ist ihm zuzumuten, mit seinen künftig erzielten Einkünften nachzuholen, was er in der Vergangenheit zu verdienen verpasst hat (BGer 5A_59/2016 vom 1. Juni 2016 E. 3.2 f. m.w.H.; vgl. auch BGE 143 III 233 E. 3).

8.a) Der Kläger hat vom Umfang her eine Vollzeitstelle als ...-Fotograf inne. So erklärte er vor Vorinstanz, er sei sehr ausgelastet und arbeite durchschnittlich von 8.30/9.00 Uhr bis ca. 18.00 Uhr, oft auch länger. Ab und zu arbeite er auch samstags oder sonntags (Prot. FP130004 S. 23). Weder macht der Kläger im Berufungsverfahren eine Verschlechterung seiner Auftragslage geltend noch ergibt sich eine solche aus den Akten. Die Anrechnung eines Einkommens auf der Basis eines Vollzeitberufs ist damit ohne Weiteres zumutbar, sie verlangt keine Umstellung der Lebensverhältnisse des Klägers.

b) Im Verlaufe des Abänderungsverfahrens hat sich der Kläger wiederholt auf seine stetig rückläufigen Gewinne berufen (act. 27 S. 4 ff., act. 39 S. 4 ff., act. 122 S. 2 ff., Prot. FP130004 S. 19 ff., act. 134 S. 7 f.). Während er im Jahr 2010 ein durchschnittliches Monatseinkommen von Fr. 13'004.– erwirtschaftete, belief sich dieses 2015 nur noch auf Fr. 660.– (vgl. oben II. 1. und 6.b). Für diese massive Einbusse machte er in erster Linie die Überschwemmung des Schweizer ...-Marktes mit deutschen ...-Fotografen, welche ihre Dienstleistungen zu für Schweizer Verhältnisse nicht rentablen Preisen anbieten, verantwortlich. Dies habe er von der Firma F._____ AG so gehört. Er wisse aber nicht genau, was sie machen. Die Preise für ...-Fotos in der Schweiz seien deshalb in den letzten Jahren drastisch gesunken. So hätten z.B. seine grössten Kunden "G._____" und "H._____" eine Preisreduktion pro Katalogaufnahme von Fr. 40.– (Jahr 2011) auf

Fr. 27.– (Jahr 2013) durchgesetzt. Als weiteren wesentlichen Grund nannte er die Aufgabe seines langjährigen Engagements bei der I. _____ Hotel-Gruppe, weil er dieses nicht mehr mit den Aufträgen für seine Schweizer Stammkundschaft unter einen Hut habe bringen können. Seine Stammkunden würden ihm einen grösseren Umsatz als die I. _____-Gruppe garantieren (act. 27 S. 5 f., Prot. FP130004 S. 20 ff.). Dass im Verhältnis zu (bei Klageeinleitung) minderjährigen Kindern besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind und ein solcher Rückgang nicht unbesehen hingenommen werden kann, liegt auf der Hand und muss auch dem Kläger bewusst gewesen sein. Vor Vorinstanz äusserte er sich nur vage dazu, wie er der negativen Entwicklung begegnen will. Er führte aus, er sei ständig dran. Er sei daran interessiert, andere Kunden zu gewinnen, es sei aber schwierig. Alle Bekannten würden ihn empfehlen (Prot. FP130004 S. 28). Obwohl nach seinen eigenen Aussagen ein Aufwärtstrend nicht in Sicht ist, macht er nicht rechtsgenügend geltend, sich konkret um eine Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit bemüht zu haben (act. 122 S. 4, act. 134 S. 8). Angesichts der ihn treffenden Unterhaltspflicht kann es nicht genügen, wenn der Kläger wissentlich und willentlich an der selbständigen Tätigkeit im bisherigen Rahmen mit einem seit Jahren sinkenden Gewinn festhält. Er legt nicht schlüssig dar, die Erzielung eines Einkommens, welches die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge an C. _____ und D. _____ zulässt, sei ihm nicht möglich. Ob der Schweizer ...-Markt durch Billigangebote von deutschen Fotografen im vom Kläger behaupteten Ausmass unter Druck geraten ist, kann offen bleiben. Jedenfalls wird damit der erneute sprunghafte – hier aber nicht relevante – Einbruch im Jahr 2015 nicht hinreichend erklärt. Der Kläger hat offenbar einen beachtlichen Kundenstamm, gab er doch deswegen sein Engagement bei der I. _____-Gruppe auf. Dass letztere ihn anfangs 2011 als einen ihrer drei Stamm-Fotografen zertifizieren wollte, was er aber wiederum zugunsten seiner Stammkunden ablehnte (act. 27 S. 5, Prot. FE130004 S. 28), spricht sodann für seine berufliche Qualifikation und Erfahrung sowie seine gute Auslastung. Unter diesen Voraussetzungen muss die Lage des Klägers in seiner Branche als intakt bezeichnet werden. Ernsthafte Anstrengungen zur Verbesserung seiner Einkommenssituation sind aber nicht ersichtlich. Namentlich legt er nicht substantiiert dar, weshalb er die durch die Auf-

gabe seines Engagements bei der I. _____-Gruppe frei gewordene Kapazität nicht anderweitig gewinnbringend einsetzen konnte. Mit seinem allgemeinen Hinweis auf die schwierige Situation auf dem ...-Markt infolge der deutschen Konkurrenz hat er den erforderlichen Tatbeweis nicht erbracht. Das bedeutet zusammengefasst, dass sich der Kläger nicht auf seine tatsächliche Leistungsfähigkeit berufen kann und ihm als Konsequenz ein höherer Verdienst anzurechnen ist. Da ihm wie gesehen keine Übergangsfrist zu gewähren ist (vgl. hiavor II. 8.a), hat diese Anrechnung "rückwirkend" zu erfolgen.

c) Somit bleibt zu prüfen, welches Einkommen der Kläger bei gutem Willen effektiv zu generieren in der Lage bzw. was ihm anzurechnen ist. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass er in der massgeblichen Periode ein durchschnittliches Monatseinkommen von Fr. 5'280.– erzielte. Selbst wenn Erwerbsprognosen notwendigerweise mit Unsicherheiten behaftet sind, sind keine konkreten Gründe erkennbar, weshalb der Kläger als etablierter ...-Fotograf mit guten Qualifikationen nicht ein Einkommen in mindestens dieser Höhe generieren kann. Wenn er sich auf Druck der deutschen Konkurrenz zu Preisnachlässen von rund 30% veranlasst sieht (act. 27 S. 5, Prot. FP130004 S. 21), so sind auch Kürzungen auf der Kostenseite notwendig. Entsprechende Bemühungen macht der Kläger jedoch nicht ansatzweise geltend. Die Beklagte weist denn auch zutreffend darauf hin, dass der (grösstenteils bestrittene) Aufwand des Klägers im Verhältnis zum Ertrag seit 2012 stetig angestiegen ist (act. 139 S. 10). Im Jahr 2014 belief er sich auf 69% des Ertrages von knapp Fr. 120'000.– (act. 135/2), was mit Blick auf die Unterstützungspflichten des Klägers ein offenkundiges Missverhältnis darstellt. Im Jahr 2015 stieg der Aufwand gar auf 87% des Ertrages von noch Fr. 61'900.– (act. 135/3). Kürzt man etwa den Aufwand allein für das Jahr 2014 um lediglich 10%, so ergibt dies für die Monate Januar bis April 2014 ein monatliches Einkommen von immerhin Fr. 4'396.– (anstellen von Fr. 3'015.–) und für die massgebliche Zeitspanne ein solches von Fr. 5'209.– (vgl. oben II.6.c). Lässt sich der Aufwand nicht senken oder ist trotz Einsparungen eine Einkommenssteigerung nicht möglich, so hat der Kläger sein Geschäftsmodell anzupassen oder seine Selbständigkeit aufzugeben und eine einträglichere Anstellung anzutreten. Dass er solches vergeblich versucht habe oder eine Neuausrichtung nicht reali-

sierbar sei, legt er nicht hinreichend dar und ergibt sich auch nicht aus den Akten. Auf entsprechende Frage des Vorderrichters erklärt er pauschal, er mache alles, dass es dazu komme (Prot. FP130004 S. 30). Im Wesentlichen begnügt sich der Kläger mit dem Hinweis auf die geradezu vorhersehbare stetige Verschlechterung seines Geschäftsganges. Umso weniger ist aus objektiver Perspektive im heutigen Zeitpunkt nachvollziehbar, weshalb er seine nicht rentable selbständige Tätigkeit unbesehen fortführt. Dieses Untätigsein ist ihm als leichtfertig vorzuwerfen und kann unter Hinweis auf die strengen Anforderungen an die Ausschöpfung seiner wirtschaftlichen Leistungskraft nicht akzeptiert werden. Keineswegs durfte er darauf vertrauen, dass seine Unterhaltspflicht wegfallen würde. Nach dem Gesagten ist es für den Kläger unter den gegebenen Umständen zumutbar und möglich, das von der Vorinstanz ermittelte Einkommen von monatlich Fr. 5'280.– zu erwirtschaften (vgl. auch act. 139 S. 10 ff.). Dieses ist ihm somit ohne Einräumung einer Übergangsfrist für die massgebliche Periode anzurechnen.

d) Offen bleiben kann somit, ob die Geschäftszahlen überhaupt verlässlich Aufschluss über das Einkommen des Klägers erteilen, was die Beklagte in Frage stellt. Der Kläger selbst äussert sich mit keinem Wort zur Plausibilität der Abschlüsse. Die Beklagte führt die fehlenden Anstrengungen des Klägers unter anderem darauf zurück, dass er den Aufwand für seinen Privathaushalt offensichtlich über das Geschäft abwickle und somit in Wirklichkeit mehr verdiene (act. 139 S. 10 und 14 f.). So wurden etwa für den Raumaufwand im Jahr 2014 Fr. 36'975.65 und im Jahr 2015 noch Fr. 21'040.– bilanziert (act. 135/2-3). Dies ist insofern auffällig, als gemäss Zeugenaussage seines ehemaligen Geschäftspartners J. _____ – weder wird dessen Glaubwürdigkeit angezweifelt noch die Beweiswürdigung durch die Vorinstanz beanstandet – der Kläger für das Fotostudio eine Monatsmiete Fr. 2'329.– (und nicht Fr. 3'000.–) bezahlte. Das Mietverhältnis dauerte bis November 2015, wobei der Kläger ab August 2015 nicht mehr im Studio erschien. Im Zeitpunkt der Einvernahme im Mai 2016 waren die Mietzinse für Februar bis November 2015 in Höhe von Fr. 23'749.– offen (act. 115 S. 3 ff.). Im Jahresabschluss kann aber nur effektiv entstandener Aufwand berücksichtigt werden. Die Annahme der Beklagten, der Kläger verbuche einen Teil seiner privaten Wohnkosten als Geschäftsaufwand, lässt sich somit nicht gänzlich von der

Hand weisen; dies umso weniger, als dem Geschäftskonto im Jahr 2016 regelmässig ein zumindest teilweise als "Miete" o.ä. bezeichneter Betrag von Fr. 2'250.– belastet wurde, was exakt den von der Vorinstanz in der Bedarfsrechnung veranschlagten Mietkosten entspricht (act. 135/5a, act. 136 S. 18). Dass ein Einkommen von Fr. 3'015.– im Jahr 2014 bzw. Fr. 660.– im Jahr 2015 bei einem festgestellten Bedarf von Fr. 3'997.–, nach Wegfall der ehelichen Unterstützungspflicht im März 2015 von Fr. 3'097.– nicht einmal zur Bestreitung des Lebensunterhaltes des Klägers reicht, ist sodann offenkundig. Wie dieser seinen familiären Bedarf deckt, ob er gegebenenfalls finanzielle Unterstützung erhalten oder sich verschuldet hat, führt er mit keinem Wort aus. Auch vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, von einem anrechenbaren hypothetischen Einkommen des Klägers von Fr. 5'280.– auszugehen.

9. Ein Abänderungsgrund im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB ist zwar unter Hinweis auf die Einkommensverminderung zu bejahen. Der von der Vorinstanz festgestellte Notbedarf des Klägers von Fr. 3'997.–, ab März 2015 von Fr. 3'097.– wird von diesem zur Berechnung der Kinderunterhaltsbeiträge ausdrücklich anerkannt (act. 134 S. 11). Für den Fall der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens macht er keine Ausführungen zu seinen monatlichen Lebenshaltungskosten. Ihren Einwand, für den Kläger würden keine Kinderbetreuungskosten anfallen, weshalb sein Bedarf Fr. 2'897.– betrage, substantiierte die Beklagte nicht näher, weshalb der klägerische Bedarf bei Fr. 3'097.– zu belassen ist; dies umso mehr, als die Beklagte selbst davon ausgeht, dass auch die Ehefrau des Klägers erwerbstätig ist (act. 139 S. 13 und 16 f.). Auf Seiten der Beklagten stellte die Vorinstanz auf den im Scheidungsverfahren ermittelten Bedarf von Fr. 6'370.– ab (act. 136 S. 20), was von keiner Seite bemängelt wurde. Bei einem anrechenbaren Einkommen in der von der Vorinstanz ermittelten Höhe von Fr. 5'280.– ändert sich somit nichts an den Berechnungsgrundlagen. Der darauf basierenden Unterhaltsberechnung der Vorinstanz ist sodann zu folgen, weshalb die Unterhaltsbeiträge nicht wie vom Kläger beantragt herabzusetzen sind.

Daran ändert nichts, dass C._____ im Januar 2016 volljährig geworden ist. Zwar unterstellt Art. 277 Abs. 2 ZGB die Festlegung eines Mündigenunterhaltes

gewissen Kriterien und hat der Pflichtige gegenüber einem unmündigen Kind grössere Einschränkungen in seiner eigenen Lebenshaltung hinzunehmen als gegenüber einem mündigen unterhaltsberechtigten Kind. Wenn aber wie vorliegend vom Pflichtigen zusätzliche Anstrengungen verlangt werden können, ist ihm auch mit Bezug auf C._____ eine stärkere Einschränkung zuzumuten (BSK ZGB I-Breitschmid, 5. A., N 15 ff., insbes. N 17). Im Übrigen wurden die Unterhaltsbeiträge bereits im Scheidungsurteil vom 22. März 2010 im Wissen um die Einkommensschwankungen bei Selbständigerwerbenden über die Volljährigkeit der beiden Söhne hinaus festgelegt (vgl. hierzu auch BGE 139 III 401).

Schliesslich besteht aber auch kein Anlass, den Kläger im Rahmen der Offizialmaxime zu höheren Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten, namentlich den Überschuss vollumfänglich C._____ und D._____ zuzusprechen (vgl. act. 139 S. 13). Nur weil der Kläger den Natural- und Barunterhalt für E._____ (mit-)aufbringt, ist E._____ nicht von der Überschussbeteiligung auszuschliessen. Vielmehr ist dem Alter und den Bedürfnissen aller Kinder Rechnung zu tragen, was die Vorinstanz mit der Aufteilung des Überschusses im Verhältnis 3:3:2 getan hat.

10. Zusammenfassend erweist sich die Berufung als unbegründet und ist abzuweisen.

IV.

1.a) Ausgangsgemäss wird der Kläger für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichtes und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Sind wie vorliegend nur vermögensrechtliche Belange strittig, so berechnet sich die Entscheidgebühr nach § 4 Abs. 1 bis 3 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG. Ausgehend von einem Streitwert von rund Fr. 82'400.– (strittige Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'630.– für beide Söhne vom 1. Juni 2014 bis 28. Februar 2015; Fr. 25'630.– für C._____ und

Fr. 55'120.– für D. _____ vom 1. März 2015 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, d.h. bis angenommen Februar 2018 [vgl. act. 139 S. 18] bzw. Februar 2021) ergibt sich eine Grundgebühr von Fr. 8'046.–. Diese kann bei Streitigkeiten über wiederkehrende Leistungen ermässigt werden (§ 4 Abs. 3 GebV OG). Es rechtfertigt sich für das Berufungsverfahren eine Entschädigungsgebühr von Fr. 4'000.–.

c) Für die Bemessung der Parteientschädigung sind §§ 2, 4, 5 und 13 Abs. 1 bis 3 AnwGebV massgeblich, wobei auch hier grundsätzlich die streitwertabhängigen Tarife massgeblich sind, wenn es in einem Scheidungsverfahren lediglich um Vermögensrechtliches geht. Weitere Kriterien nebst dem Streitwert sind der notwendige Zeitaufwand und die Verantwortung der Rechtsvertretung sowie die Schwierigkeit des Falles. Bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand wird die nach den genannten Bestimmungen berechnete Gebühr entsprechend erhöht oder herabgesetzt (§ 2 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Diese Bestimmungen geben auch im Rechtsmittelverfahren den Rahmen der Entschädigung vor. Dabei wird die Gebühr im Vergleich zu jener für das erstinstanzliche Verfahren in der Regel auf einen Drittel bis zwei Drittel ermässigt, weil die Rechtsvertretung, anders als das Gericht, mit der Streitsache bereits vertraut und insoweit der Aufwand geringer ist (vgl. auch §12 Abs. 3 AnwGebV). In besonderen Fällen, namentlich bei starker Inanspruchnahme des Novenrechts, kann auf die Herabsetzung verzichtet werden (§ 13 Abs. 2 und 3 AnwGebV).

Auf Basis des Streitwertes von Fr. 82'400.– resultiert eine Grundgebühr von Fr. 9'844.–, welche nach § 13 Abs. 2 auf einen Drittel zu reduzieren ist. Das Verfahren beschlägt den gleichen Sachverhalt wie die früheren Abänderungs- bzw. Rechtsmittelverfahren, weshalb Synergieeffekte zum Tragen kommen. Eine Entschädigung von Fr. 3'300.– ist demnach angemessen. Für die weitere Eingabe der Rechtsvertreterin der Beklagten vom 11. September 2017 (act. 147: Nachreichung von Belegen für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege) ist ein Zuschlag von Fr. 200.– zu berechnen (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Die Entschädigung erscheint auch unter Berücksichtigung des Zeitaufwandes gerechtfertigt. Zudem

ist der beantragte Mehrwertsteuerzuschlag von 8% (für das Jahr 2017) zu gewähren (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 über die Mehrwertsteuer, mit Ergänzung vom 17. September 2010).

2.a) Beide Parteien stellen ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 134 S. 13 ff., act. 139 S. 17 ff.). Massgebend sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchstellung. Gemäss dem Effektivitätsgrundsatz dürfen in die Beurteilung nur Einkünfte und Vermögenswerte einbezogen werden, die effektiv vorhanden und verfügbar sind (ZK ZPO-Emmel, 3. A., Art. 117 N 4 f.). Somit sind hier weder die der Unterhaltsberechnung zugrunde gelegte Zeitspanne (Mai 2011 bis April 2014) noch das dem Kläger angerechnete hypothetische Einkommen massgebend.

b) Der Kläger macht – unter Berücksichtigung eines Zuschlages von 20%, von Fahrzeugkosten und Steuern, aber ohne Unterhaltsbeiträge – einen erweiterten Bedarf von Fr. 3'705.20 pro Monat geltend. Mit seinem derzeitigen monatlichen Einkommen von Fr. 2'940.– netto sei er nicht in der Lage, nebst seinen Lebenshaltungskosten sowie den Unterhaltspflichten gegenüber C. _____ und D. _____ für die Gerichts- und Anwaltskosten aufzukommen (act. 134 S. 13 ff.). Aus den nachgereichten Steuererklärungen und -rechnungen ergibt sich für das Jahr 2015 den bereits vorstehend genannten Gewinn von Fr. 7'923.– und für das Jahr 2016 einen solchen von minus Fr. 45.–. Seine Ehefrau wies einen Gewinn von rund Fr. 11'000.– aus. Entsprechend lauten die allerdings nur provisorischen Steuerrechnungen 2016 und 2017 auf lediglich Fr. 48.– für die Personalsteuern (act. 145/1-3). Selbst wenn die Geschäftszahlen des Klägers wie erwogen Fragen aufwerfen (vgl. oben II. 8.d), erlaubt ihm sein aktuelles Einkommen unter Berücksichtigung seiner Unterhaltspflichten nicht, die Kosten des Verfahrens und seiner anwaltlichen Vertretung in absehbarer Zeit zu bezahlen. Auch wenn dem Kläger durch den Wegfall seiner Unterhaltspflicht für C. _____ infolge Abschlusses der Ausbildung (act. 139 S. 18) monatlich Fr. 819.– mehr verbleiben, dürfte er die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten nebst seinen anderen finanziellen Verpflichtungen innerhalb eines Jahres nicht aufbringen können. Die Ehefrau des Klägers ist sodann nicht in der Lage, mit ihrem Einkommen einen

über ihren Anteil am Existenzminimum hinausgehenden Beitrag an die Unterstützungspflichten des Klägers zu leisten. Der Kläger hat gemäss den Steuererklärungen und Bankauszügen kein Vermögen (act. 145/1-2, act. 145/4-5), sondern häufte im Gegenteil beträchtliche Schulden, in erster Linie Alimentenschulden an. Es mussten denn auch mehrere Verlustscheine ausgestellt werden (act. 75/6, act. 93, act. 139 S. 6 f.). Seine Mittellosigkeit ist daher auch für das Berufungsverfahren zu bejahen (Art. 117 lit. a ZPO). Ferner ist die Berufung zwar im Ergebnis unbegründet geblieben, konnte aber im Zeitpunkt der Gesuchstellung nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO beurteilt werden, zumal es sich um Kinderbelange dreht. Die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung erscheint schliesslich aufgrund der Umstände als sachlich geboten (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem Kläger ist demnach die unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich der unentgeltlichen Vertretung für das Berufungsverfahren zu bewilligen. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind somit einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Der Kläger ist auf die Bestimmung von Art. 123 Abs. 1 ZPO hinzuweisen, wonach er zur Nachzahlung der Prozesskosten verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit ihn jedoch nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an die Beklagte (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO).

c) Seitens der Beklagten ist das Gesuch hinsichtlich der Bezahlung von Gerichtskosten gegenstandslos, da ihr keine Kosten auferlegt werden. Ihr Gesuch ist deshalb insoweit abzuschreiben. Es bleibt aber betreffend die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin zu prüfen.

Die Beklagte macht für sich und ihre Kinder einen Bedarf von Fr. 6'079.55 geltend und verweist auf ihr Einkommen von Fr. 4'102.50 pro Monat (act. 139 S. 17 f., act. 140/2-15). Selbst mit den Unterhaltszahlungen von Fr. 819.– pro Kind vermag sie somit ihren Lebensunterhalt nicht zu decken. Mit dem Abschluss der Ausbildung von C._____ wird sich ihr Bedarf zwar verringern, aber es entfällt auch die Unterhaltspflicht des Klägers für C._____. Als Vermögenswerte nennt die Beklagte einzig zwei Lebensversicherungen, welche sie ausschliesslich zur Absicherung ihrer beiden Söhne abgeschlossen habe (act. 139 S. 18, act. 147

S. 2). Die beiden Versicherungen weisen per 31. August 2017 einen Rückkaufswert von Fr. 8'465.90 und Fr. 8'929.60, total Fr. 17'395.50 auf (act. 148/1-2). Die Nutzbarmachung von Vermögenswerten muss dem Gesuchsteller zumutbar sein. Gemäss Bundesgericht ist der Rückkaufswert einer Lebensversicherung als Vermögen zu veranschlagen, sofern er den als Notgroschen anerkannten Freibetrag übersteigt und der aus dem Verkauf resultierende Verlust tragbar erscheint (BGer 5A_336/2007 vom 5. Oktober 2007 E. 3.4.2. i.V.m. E. 3.5.; BGer 4P.261/2003 vom 22 Januar 2004 E. 2.2.2.). Die Höhe des Notgroschens bemisst sich nach den konkreten Verhältnissen, namentlich dem Alter, der Gesundheit, den familiären Verpflichtungen, den Erwerbssaussichten sowie der Möglichkeit einer künftigen wirtschaftlichen Erholung. Die Kantone gewähren Freibeträge zwischen Fr. 5'000.– und Fr. 25'000.– (ZK ZPO-Emmel, a.a.O., Art. 117 N 7 m.w.H.; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 2. A., Art. 117 N 24). Der Betrag von Fr. 17'395.50 bewegt sich somit innerhalb der anerkannten Freibeträge, weshalb ein Verkauf der Lebensversicherungen vorliegend als unverhältnismässig erscheint. Deren Auflösung dürfte angesichts der Laufdauer von rund 20 Jahren ferner mit einem erheblichen Verlust einhergehen. Unter den gegebenen Umständen sind der Beklagten die Versicherungen zu belassen, zumal die von der Vorinstanz erkannte Reduktion der Unterhaltsbeiträge zu einer Rückzahlungspflicht von bereits Fr. 12'000.– für bevorschusste Alimente führte (act. 139 S. 19, act. 147 S. 3). Die Beklagte erweist sich daher ebenfalls als mittellos gemäss Art. 117 lit. a ZPO. Da ihr Standpunkt nicht aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO) und die anwaltliche Vertretung als notwendig erscheint (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), ist ihr Gesuch um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin für das Berufungsverfahren gutzuheissen.

d) Die der Beklagten aufgrund ihres Obsiegens geschuldete Parteientschädigung steht infolge prozessrechtlicher Legalzession direkt ihrer unentgeltlichen Rechtsbeiständin zu (BK ZPO-Bühler, Art. 122 N 59). Allerdings sind beide Parteien nach dem Gesagten mittellos. Dies führt zur Annahme, dass die Parteientschädigung uneinbringlich ist. Sie ist der Rechtsvertreterin deshalb aus der Gerichtskasse zu bezahlen. Der Anspruch auf die uneinbringliche Entschädigung geht dadurch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

e) Über die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes des Klägers wird erst nach Eingang seiner Aufstellung i.S.v. § 23 Abs. 2 AnwGebV zu entscheiden sein.

Es wird beschlossen:

1. Dem Kläger wird für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Das Gesuch der Beklagten um Befreiung von Gerichtskosten des Berufungsverfahrens wird abgeschrieben.
3. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und das Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 21. November 2016 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die vom Kläger der unentgeltlichen Rechtsbeiständin der Beklagten, Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____, geschuldete Parteientschädigung wird auf Fr. 3'500.– zuzüglich Fr. 280.– (8 % Mehrwertsteuer auf Fr. 3'500.–) also total Fr. 3'780.– festgesetzt.

Die Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ zugesprochene Parteientschädigung von total Fr. 3'780.- wird der Rechtsbeiständin aus der Gerichtskasse ausbezahlt.

Ihr Anspruch gegen den Kläger auf die uneinbringliche Parteientschädigung geht an den Kanton Zürich (Obergerichtskasse) über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von act. 147, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 144, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Bezirksgericht Affoltern, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.
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 Streitigkeit. Der Streitwert beträgt Fr. 82'400.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Bohli Roth

versandt am: