

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC180037-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Beschluss vom 25. März 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

Berufung gegen das Urteil des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 5. Dezember 2018; Proz. FP180063

Rechtsbegehren:

(act. 1, Prot. S. 3 und 12; sinngemäss)

" Es seien die mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 10. März 2014 betreffend Ehescheidung bzw. in der entsprechenden Vereinbarung festgelegten Unterhaltsbeiträge für die Tochter C. _____ auf einen Betrag von Fr. 500.-- zu reduzieren."

Prozessuales Rechtsbegehren Kläger:

(Prot. S. 14, sinngemäss)

"Es sei dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen."

**Entscheid des Bezirksgerichtes Zürich, Einzelgericht,
vom 5. Dezember 2018:**

Es wird verfügt:

1. Das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
3. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

und sodann erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'850.– festgesetzt.

3. Die Kosten des Entscheides werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 8'500.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an
- die Parteien.
6. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Berufungsanträge:

des Klägers (act. 31) (sinngemäss):

- Gutheissung der Klage
- keine Kostenaufgabe
- keine Parteientschädigung an Gegenpartei

der Beklagten (act. 36):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuerersatz zu Lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. Die Parteien wurden mit Urteil vom 10. März 2014 durch das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, geschieden. In der ihnen vom Gericht vorgeschlagenen und von ihnen unterzeichneten Konvention regelten sie unter anderem den Unterhalt für ihre gemeinsame und bei der Mutter lebende Tochter C._____, geboren tt.mm.2012. Danach verpflichtete sich der Vater, für C._____ vom 1. April 2014 bis zum 30. September 2014 je Fr. 400.00, vom 1. Oktober 2014 bis zum 31. De-

zember 2015 Fr. 600.00 und ab 1. Januar 2016 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung Fr. 1'000.00 monatlichen Unterhalt zu bezahlen (vgl. act. 23/12).

2.1. Mit Schreiben vom 14. September 2015 gelangte der Kläger erstmals an das Bezirksgericht Zürich und beanstandete unter anderem die ihm auferlegten Kinderunterhaltsbeiträge als zu hoch. Konkret führte er aus, er erachte Fr. 600.00 pro Monat als schwer, mehr leisten könne er aber nicht (act. 24/1). Im Anschluss an eine Einigungsverhandlung setzte der zuständige Einzelrichter dem Kläger eine Frist an zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'600.00, nachdem er ihm erläutert hatte, ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege könne wegen Aussichtslosigkeit nicht bewilligt werden (in act. 24: Prot. S. 3 ff.). Mit Verfügung vom 25. Januar 2016 wies der Einzelrichter das sinngemäss gestellte Gesuch um unentgeltliche Prozessführung ab (a.a.O. S. 7). Da der Kläger in der Folge den Kostenvorschuss nicht bezahlte, trat der Einzelrichter mit Verfügung vom 22. März 2016 auf die Klage nicht ein (a.a.O. S. 8, act. 24/18).

2.2. Mit Schreiben vom 10. April 2017 gelangte der Kläger erneut an das Bezirksgericht Zürich mit dem Begehren um Reduktion der monatlichen Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.00 für die Tochter C._____ (act. 25/1). Der Einzelrichter auferlegte dem Kläger vorerst einen Kostenvorschuss von Fr. 3'600.00 (act. 25/4). Hierauf stellte der Kläger ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 25/8). Danach berief der Einzelrichter eine Einigungsverhandlung ein, welche erfolglos verlief (in act. 25: Prot. S. 4-8). Der Einzelrichter wies in der Folge das vom Kläger gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte ihm erneut Frist an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 3'600.00, zahlbar in drei monatlichen Raten à Fr. 1'200.00 zu leisten (act. 25/15). Darauf hin zog der Kläger seine Klage zurück (act. 25/17), was am 28. Juli 2017 zur Erledigung des Geschäftes führte (act. 25/18).

3.1. Mit als "Rekurs gegen Urteil vom 10. März 2014" betitelttem Schreiben vom 26. März 2018 wandte sich der Kläger abermals an das Bezirksgericht Zürich und beantragte unter Darlegung seiner beruflichen und finanziellen Situation eine Herabsetzung des monatlichen Unterhaltsbeitrages von Fr. 1'000.00 für seine

Tochter C._____ (act. 1). Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 20. Juni 2018 konkretisierte der Kläger seinen Antrag und verlangte eine Herabsetzung des Unterhaltsbeitrages auf monatlich Fr. 500.00 (Prot. VI S. 3). Eine Einigung konnte nicht erzielt werden (a.a.O. S. 4). Bereits an dieser Verhandlung wies der Rechtsvertreter der Beklagten auf den Entscheid BGE 143 III 177 und die Frage der Passivlegitimation hin (ebenda S. 3). Am 24. Oktober 2018 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. VI S. 5 f.). An dieser führte der Kläger aus, dass sich sein Einkommen seit der Scheidung um 40% reduziert habe und er daher nicht in der Lage sei, die festgesetzten monatlichen Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.00 zu bezahlen. Es sei ihm im Jahre 2016 die Stelle bei der D._____ gekündigt worden, worauf er zwei Jahre lang arbeitslos gewesen sei und Arbeitslosengeld (80% des damaligen Lohns) bezogen habe. Seit ca. November 2017 sei er bei der E._____ AG temporär angestellt; sein monatliches Einkommen schwanke zwischen Fr. 3'100.00 und Fr. 3'800.00, je nach Arbeitseinsatz. Im weiteren verwies er auf seine Schuldensituation und auf seine gesundheitlichen Probleme, die es ihm nicht erlaubten, körperlich schwere Arbeit zu leisten, weshalb er eine Kündigung seiner jetzigen Arbeitsstelle befürchte (Prot. VI S. 5-10). Sodann fügte er an, der Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'000.00 habe sich an seinem damaligen Verdienst orientiert; allerdings habe er jene Stelle im Januar 2016 verloren. Er suche jeden Tag nach Arbeit, habe aber keine Stelle finden können, da er entweder überqualifiziert sei oder jemand anders die Stelle erhalten habe. 2017 habe er während dreier Monate arbeiten können, diese Stelle jedoch nicht halten können, da er wegen seiner Rückenprobleme nicht in einem Kaltlager arbeiten könne. Er möchte gerne eine dauerhafte Stelle antreten, welche mit seinen Rückenproblemen vereinbar sei (Prot. VI S. 12 f.). Ferner stellte er ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (a.a.O. S. 14).

Die Beklagte liess die Abweisung der Klage beantragen. Sie machte geltend, die Kinderunterhaltsbeiträge würden seit dem Entscheid vom 8. September 2016 im Betrag von Fr. 940.00 bevorschusst; den Restbetrag von Fr. 60.00 habe der Beklagte nie überwiesen. Seit 1. Oktober 2018 werde noch ein Betrag von Fr. 609.00 bevorschusst. Da der Kläger nur die Beklagte, nicht aber das bevorschussende Gemeinwesen eingeklagt habe, könnten die bevorschussten Beträge

nicht abgeändert werden. Im weiteren hielt sie dafür, der Kläger, welcher keinen Betreuungsanteil leiste, habe für die gesamten Bedarfskosten von C._____, welche sich netto auf Fr. 1'270.00 monatlich beliefen, aufzukommen. Sodann vertrat sie die Meinung, es sei dem Kläger ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, da er mit seiner Weiterbildung ein monatliches Einkommen von brutto Fr. 5'100.00 problemlos erzielen könne. Ihrer Ansicht nach waren die Voraussetzungen gemäss Art. 284 ZPO und 134 Abs. 2 ZGB i.V.m. 286 Abs. 2 ZGB für eine Reduktion des Kindesunterhaltes nicht erfüllt (act. 11 S. 1-5). Ferner hielt die Beklagte dem Kläger vor, für die Kosten eines Leasing-Fahrzeuges betrieben zu werden, wobei allerdings die Kinderalimente vorgingen (Prot. VI S. 11).

Im Anschluss an die Hauptverhandlung reichte der Kläger dem Gericht etliche Kopien von seinen Arbeitsbemühungen, seinem Lebenslauf und seinen Weiterbildungsattesten ein (act. 13 und 14/1-4). In der Folge reichte er das Kündigungsschreiben der E.____ AG vom 24. Oktober 2018 per 25. November 2018 nach (act. 17). Diese Unterlagen wurden der Beklagten zur Stellungnahme vorgelegt (act. 15 und 18). Mit Zuschrift vom 5. November 2018 liess sie sich dazu vernehmen und reichte eine Unterlage zu den Löhnen für Logistikleiter ein (act. 20 und 21/38). Diese Dokumente wurden dem Kläger weder separat noch mit dem Endentscheid zugestellt (act. 32 und 27).

3.2. Die Vorinstanz hielt in einem ersten Punkt fest, gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach das bevorschussende Gemeinwesen in die Rechtsstellung des Kindes eintrete und daher im Umfang der Bevorschussung passivlegitimiert sei, könnten die Unterhaltsbeiträge für den Zeitraum vom 27. März 2018 bis zum 30. September 2018 in Höhe von Fr. 940.00 und ab 1. Oktober 2018 bis 1. Oktober 2019 in Höhe von Fr. 609.00 nicht abgeändert werden, da der Kläger einzig die Beklagte eingeklagt habe (act. 32 S. 5-7). Im weiteren war die Vorinstanz der Auffassung, dem Kläger könne nicht angelastet werden, seit der Scheidung die eingetretene Einkommensverminderung absichtlich herbeigeführt zu haben. Sie hielt ihm aber entgegen, weder in der Zeit von Mai 2017 bis September 2017 noch im Zeitraum Januar 2018 bis September 2018 ausreichende Stellensuchbemühungen getätigt zu haben; seine Stellen-

suchbemühungen seien nicht ausreichend intensiv gewesen. Weiter erwog die Vorinstanz, ärztlicherseits bestehe eine 100%ige Arbeitsfähigkeit und es sei ihm zuzumuten, seine Stellensuche zu intensivieren. Sie verneinte daher das Kriterium der Dauerhaftigkeit veränderten Leistungsvermögens und hielt es im Gegenteil für realistisch, dass er in nächster Zeit ein Einkommen von ca. Fr. 5'200.00 netto pro Monat erzielen könne. Diesen Betrag rechnete sie ihm als hypothetisches Einkommen an. Dieses hypothetisch anrechenbare Einkommen liege weniger als 5% tiefer als das dem Scheidungsurteil zugrunde liegende Erwerbseinkommen, so dass keine erhebliche Einkommensminderung vorliege.

Zusammengefasst führte dies zur Abweisung der Klage (act. 32 S. 7-12).

Schliesslich verneinte die Vorinstanz auch die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, da die Anträge des Klägers von Anfang an aussichtslos gewesen seien (act. 32 S. 12/13).

3.3. Dagegen richtet sich die vom Kläger mit Eingabe vom 14. Dezember 2018 rechtzeitig erhobene Berufung (act. 31).

Es sind die Akten der Vorinstanz beigezogen worden. Die Beklagte hat mit Zuschrift vom 6. März 2019 die Berufung rechtzeitig beantwortet (act. 35 und 36). Das Verfahren ist spruchreif. Dem Kläger ist mit dieser Entscheidung ein Doppel von act. 36 zuzustellen.

4. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich einzureichen und hat Anträge in der Sache zu enthalten und zwar im Rechtsbegehren selbst und nicht bloss in der Begründung (Ivo W. Hungerbühler/Manuel Bucher, DIKE-Komm-ZPO Art. 311 N 20; Reetz/Theiler in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3.A. Art. 311 N 34 mit zahlreichen Hinweisen). Da die kantonale Berufungsinstanz volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat, reicht es folglich auch im Fall, dass die Vorinstanz den Sachverhalt unvollständig festgestellt hat, nicht aus, lediglich die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und die Rückweisung der Sache an die erste Instanz zu verlangen (Reetz/Theiler, a.a.O.). Ein Aufhebungs- und Rückweisungsantrag kann ausnahmsweise dann zulässig sein,

wenn die Rechtsmittelinstanz ausnahmsweise nur kassatorisch entscheiden kann (Reetz/Theiler, ebenda mit weiteren Hinweisen). Weniger streng sind hingegen die Anforderungen an von Laien gestellte Anträge und Begründungen. Dabei lässt die Praxis genügen, wenn sich aus der gewählten Formulierung mit gutem Willen herauslesen lässt, wie die Rechtsmittelinstanz entscheiden soll, und wenn auch nur rudimentär zum Ausdruck kommt, weshalb der angefochtene Entscheid falsch sein soll (Reetz/Theiler, ebenda mit weiteren Hinweisen).

Ein Rechtsmittelkläger hat sich sodann in seiner Rechtsmittelschrift mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Entscheid falsch war. Es obliegt dem Rechtsmittelkläger, konkrete Rügen vorzubringen und diese zu begründen. Ungenügend ist ein pauschaler Verweis auf die eigene Sachdarstellung vor Vorinstanz, wenn sich diese damit bereits befasst hat. Erforderlich ist vielmehr eine sachbezogene Auseinandersetzung mit dem erstinstanzlichen Entscheid (Reetz/Theiler, a.a.O. N 36 mit zahlreichen Hinweisen; ebenso Hungerbühler/Bucher, a.a.O. N 30 ff.).

Wird eine Berufung nicht oder ungenügend begründet, wird auf diese nicht eingetreten (Reetz/Theiler, a.a.O. N 38; Hungerbühler/Bucher, a.a.O. N 46).

Der Kläger ist Laie. Seine Muttersprache ist nicht deutsch. Seine als "Beschwerde" bezeichnete Berufungsschrift enthält im oben beschriebenen Sinne keine ausdrücklich formulierten Rechtsbegehren. Allerdings bringt er deutlich zum Ausdruck, dass er mit dem vorinstanzlichen Entscheid nicht einverstanden ist und in der Sache selber seine Klage gutgeheissen haben will. Daneben wehrt er sich ausdrücklich gegen die ihm auferlegte Entscheidgebühr und die Parteientschädigung an die Gegenseite (act. 31 S. 2). Aus seiner Berufungsschrift erhellt sodann ebenfalls, weshalb er den angefochtenen Entscheid für falsch hält. In dem Sinne kann auf die Berufung eingetreten werden.

5.1. Der Kläger bittet in seiner Berufungsschrift zunächst um eine neue Verhandlung mit Präsenz der Sozialen Dienste der Stadt Zürich. Zur Begründung bringt er vor, er habe mehrere Male versucht, durch die Sozialen Dienste der Stadt Zürich

eine Änderung der Kinderunterhaltsbeiträge zu erreichen, sei aber immer dahingehend informiert worden, dass hierüber nur das Obergericht des Kantons Zürich entscheiden könne. Er sei daher der Meinung, dass die Sozialen Dienste der Stadt Zürich für eine Verhandlung eingeladen werden müssten für eine transparente Entscheidung (act. 31 S. 1 1. Absatz).

Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 20. Juni 2018 wies der Rechtsvertreter der Beklagten auf den Entscheid BGE 143 III 177 hin (Prot. VI S. 3 unten). Ob bei dieser Gelegenheit dem nicht anwaltlich vertretenen Kläger die Bedeutung dieses Entscheides, nämlich die Passivlegitimation des bevorschussenden Gemeinwesens, erläutert wurde, lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen (a.a.O.). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 24. Oktober 2018 nahm der Rechtsvertreter der Beklagten dieses Thema explizit auf und bestritt deren Passivlegitimation im Umfang der bevorschussten Kinderalimente (act. 11 S. 2/3). Im Anschluss an die Klageantwort und vor der Replik wies der Vorderrichter den Kläger auf die Tragweite des besagten Bundesgerichtsentscheides hin und erläuterte ihm, dass die Kinderalimente durch die Stadt Zürich bis Ende September 2018 in der Höhe von Fr. 940.00 und ab Oktober 2018 in der Höhe von Fr. 609.00 bevorschusst würden, und der Kläger bestätigte in der Folge, dass er gemäss seiner Eingabe eine Abänderung der Kinderalimente ab März 2018 geltend mache (Prot. VI S. 11).

Zutreffend ist, wie die Vorinstanz ausgeführt hat (act. 32 S. 5 Ziff. III/1), dass im Falle, dass das Gemeinwesen für den Unterhalt des Kindes aufkommt, der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen übergeht. Hieraus folgt, dass ein Unterhaltsschuldner ein Begehren auf Herabsetzung von Kinderunterhaltsbeiträgen sowohl gegen das Kind – bzw. bei einer Abänderung des Scheidungsurteils gegen den anderen Ehegatten – als auch gegen das die Alimente bevorschussende Gemeinwesen richten muss. Das Kind bzw. der ehemalige Ehegatte und das Gemeinwesen bilden insoweit eine notwendige Streitgenossenschaft und müssen gemeinsam eingeklagt werden. An sich ist denkbar, dass ein Übergang des Unterhaltsanspruchs auf das Gemeinwesen erst während eines laufenden Prozesses erfolgt. In einem solchen Fall wäre ein teilweiser Partei-

wechsel im Sinne von Art. 83 Abs. 4 Halbsatz 2 ZPO und die Beiladung des Gemeinwesens in den laufenden Prozess denkbar. Hier verhält es sich allerdings nicht so: der Kläger bringt selber vor, er habe verschiedentlich vergeblich versucht, bei den Sozialen Diensten der Stadt Zürich eine Reduktion der Kinderalimente zu erreichen (act. 31 S. 1). Es war ihm daher bekannt, dass die Sozialen Dienste der Stadt Zürich die Kinderunterhaltsbeiträge bevorschusst haben. Dies ergibt sich auch aus der von ihm eingereichten Pfändungsurkunde, wonach er von der Stadt Zürich, Soziale Dienste, Alimentenstelle, betrieben worden war (act. 6/3). Eine Grundlage, die Sozialen Dienste der Stadt Zürich als Teilrechtsnachfolgerin der Beklagten im Sinne von Art. 83 Abs. 4 Halbsatz 2 ZPO ins Verfahren einzubeziehen, bestand für die Vorinstanz nicht. Dies kann im Berufungsverfahren erst recht nicht nachgeholt werden.

5.2. Der Kläger macht sodann (sinngemäss) geltend, die Gegenseite habe über das Hauptthema hinausgehende Aspekte einbringen dürfen. Konkret beanstandet er, dass ihm ein theoretisches, hypothetisches Einkommen angerechnet und nicht berücksichtigt werde, was er tatsächlich verdiene. Er bemängelt, dass die Beklagte ihm vorwerfe, sein Stellensuchverhalten sei unsystematisch und konzeptlos und er habe von Januar 2018 bis September 2018 nur 20 Stellensuchbemühungen gemacht. Bei diesem Einwand bezieht sich der Kläger auf die von der Vorinstanz sub II/4 und sub III/1.2. gemachten entsprechenden Erwägungen, welche sich ihrerseits auf die Stellungnahme der Beklagten vom 5. November 2018 stützten (act. 20). Diese hatte in ihrer Stellungnahme die Suchbemühungen des Klägers in der Zeit von Januar bis September 2018 als ungenügend und nicht ernsthaft betrieben bezeichnet. Vielmehr sei sein Suchverhalten unsystematisch und konzeptlos erfolgt und von seinem Gutbefinden geprägt. Auch habe er nur eine einzige Jobangebots-Internetseite beachtet, nicht aber spezifische Logistikerportale (act. 20 S. 2).

Wie bereits oben unter Ziffer 3.1. erwähnt, ist dem Kläger diese Stellungnahme der Beklagten, auf welche die Vorinstanz in der Folge massgeblich abstellte, nicht zur Kenntnis gebracht worden. Er konnte sich mit anderen Worten vor Erlass des vorinstanzlichen Entscheides dazu nicht äussern. Wenn auch nicht aus-

drücklich, so doch zumindest sinngemäss macht der Kläger mit seinem Einwand, er habe dem RAV monatlich mindestens 10 Stellensuchbemühungen einreichen müssen und es sei keine faire Entscheidung, wenn die Fakten ignoriert und auf Szenarien und Hypothesen entschieden würde (act. 31 S. 2), eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet auch das Recht, sich zu den Vorbringen des Prozessgegners äussern zu können. Dies wurde hier unterlassen. Dies gilt auch in Bezug auf das dem Kläger von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen von Fr. 5'200.00 (act. 32 S. 10) bzw. den von der Beklagten nachträglich eingereichten Beleg für den Lohn eines Logistikleiters, welcher durchschnittlich bei Fr. 7'120.00 pro Monat liegt (act. 21/38). Die Beklagte hatte vor Vorinstanz ein vom Kläger als Logistikfachmann erzielbares Einkommen von Fr. 5'100.00 brutto bzw. Fr. 5'000.00 geltend gemacht und gemeint, selbst als einfacher Logistiker könne er noch immer sicher brutto Fr. 4'750.00 verdienen (act. 11 S. 4 mit Verweis auf Prot. VI S. 11). Ein erzielbarer Verdienst von Fr. 5'000.00 wurde dem Kläger vor Vorinstanz auch ausdrücklich vorgehalten, worauf er auf seine bisher erfolglosen Bewerbungsschreiben hinwies (Prot. VI S. 12). Worauf sich die Vorinstanz bei ihrer Annahme von Fr. 5'200.00 netto erzielbarem Monatslohn stützt (act. 32 S. 10), ist nicht ersichtlich bzw. es liegt dieses Einkommen noch leicht höher als der Durchschnittslohn eines Logistikfachmannes von Fr. 5'130.00, wobei nicht klar ist, ob es sich um den Brutto- oder Nettolohn handelt (act. 12/36).

Die Verletzung des Anspruches auf rechtliches Gehör stellt einen schweren Mangel dar und kann im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nicht geheilt werden, und zwar unabhängig davon, ob das Urteil ohne Verletzung anders ausgefallen wäre (Sutter-Somm/Chevalier in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 3.A. Art. 53 N 26). Dies führt zur Gutheissung der Berufung und Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides.

5.3. Der Kläger moniert im weiteren, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht ein hypothetisches Einkommen angerechnet und seinen tatsächlichen Verdienst ausser Acht gelassen (act. 31). Die Vorinstanz hat die vom Kläger seit der Scheidung erlittene Einkommenseinbusse nicht als selbstverschuldet eingestuft (act. 32 S. 8

und S. 9/10). Dem widerspricht auch die Beklagte nicht (act. 36). Bei der Scheidung im Jahre 2014 wurde dem Kläger ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 5'430.00 angerechnet (vgl. act. 23/11). Der Kläger hat unbestrittenermassen per Ende Januar 2016 seine Anstellung bei der D. _____ verloren. Im Jahre 2017 erhielt er während insgesamt 8 Monaten Arbeitslosenentschädigung von monatlich durchschnittlich Fr. 4'105.00 (act. 10/10). Bei der Anstellung während dreier Monate bei der F. _____ im selben Jahr erzielte er durchschnittlich Fr. 4'950.00 pro Monat (act. 10/9). Von November 2017 bis Februar 2018 war der Kläger arbeitslos; ab März 2018 war er bei der E. _____ AG beschäftigt, wobei ihm diese Arbeitsstelle per 25. November 2018 gekündigt wurde (act. 17). Seither ist er wiederum stellenlos. Der Kläger verlangt eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge ab März 2018 (Prot. VI S. 11). Von März 2018 bis 25. November 2018 war der Kläger bei der E. _____ AG angestellt; sein Einkommen war in dieser Zeit schwankend und bewegte sich in den Monaten März bis Mai 2018 zwischen netto Fr. 3'100.00 bis Fr. 3'800.00 (vgl. act. 6/6, act. 31). Über das in den folgenden Monaten erzielte Einkommen ist den Akten nichts zu entnehmen. Dieser im Jahre 2018 erzielte Verdienst liegt jedenfalls deutlich unter dem Einkommen, von welchem das Scheidungsgericht im Jahre 2014 ausging. Zu berücksichtigen ist, dass der Kläger im Jahre 2018 während 9 Monaten arbeitstätig war, so dass der Vorwurf der Vorinstanz, er habe sich in den Monaten Januar bis September 2018 nicht ernsthaft um eine Stelle bemüht (act. 32 S. 9), fehl geht. Für die Zeit seiner beruflichen Tätigkeit im Jahre 2018 kann dem Kläger daher kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Die Vorinstanz wird bei der Sachverhaltserstellung das vom Kläger im Jahre 2018 insgesamt erzielte Einkommen, darin eingeschlossen auch allfällig erhaltene Arbeitslosengelder, zu ermitteln haben. Soweit sie ihm für die Zukunft ein hypothetisches Einkommen anrechnen will, hat sie in Berücksichtigung der Angaben des Klägers und der Beklagten und der von dieser eingereichten Unterlagen, welche höhere erzielbare Einkünfte ausweisen als in ihren Vorbringen geltend gemacht, darzulegen, auf welche Grundlage sie sich stützt und dies auszuführen und klar anzugeben, ob es sich dabei um Netto- oder Bruttolohn handelt. Des weiteren wird sie dem Kläger eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen haben. Bei der Beurteilung der Abänderungsklage wird die Vorinstanz

erneut zu prüfen haben, wie stark der inskünftig massgebende Lohn von dem Scheidungsurteil zugrunde gelegten Verdienst von Fr. 5'430.00 netto abweicht und gestützt darauf ihren Entscheid treffen.

5.4. Der Kläger wendet sich sodann gegen die ihm auferlegte Entscheidgebühr von Fr. Fr. 6'850.00, ohne allerdings einen konkreten Abänderungsantrag zu stellen (act. 31 S. 2). Da die Vorinstanz einen neuen Entscheid zu fällen haben wird, wird sie auch nochmals über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden haben. Dabei wird sie zu beachten haben, dass die Herabsetzung periodisch geschuldeter Unterhaltsbeiträge verlangt wird, die für die Streitwertberechnung grundsätzlich zu kapitalisieren sind (Art. 92 ZPO) und welcher Umstand in der Regel eine Ermässigung der Grundgebühr nach sich zieht (§ 4 Abs. 3 GebV OG). Bei der Festsetzung einer Entschädigung wird sodann § 4 Abs. 3 AnwGebV zu beachten sein. Anzumerken ist ferner, dass die von der Vorinstanz festgesetzte Gebühr beinahe das Doppelte der Entscheidgebühr für das Scheidungsverfahren ausmacht, was unverhältnismässig ist, da einzig über die Abänderung zu entscheiden ist und nicht über mehrere (strittige) Punkte einer Scheidung.

5.5. Der Kläger ficht die ganze (vorinstanzliche) Entscheidung an (act. 31 S. 2). Sinngemäss kann damit auch gemeint sein, dass der Kläger auch die ihm nicht gewährte unentgeltliche Rechtspflege durch die Vorinstanz beanstandet. Da die Vorinstanz neu zu entscheiden haben wird, wird sie auch darüber nochmals befinden müssen. Aus der Sicht der Kammer ist es kaum möglich, das wegen Aus-sichtslosigkeit zu verweigern. Die Vorinstanz wird auch prüfen müssen, ob der Fall von Art. 69 Abs. 1 ZPO vorliegt und sie für eine anwaltliche Vertretung des Klägers sorgen muss.

6. Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt der Kläger. Die Entscheidgebühr von Fr. 1'000.00 ist der unterliegenden Beklagten aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind in diesem Verfahren keine zuzusprechen: der Beklagten nicht, weil sie unterliegt, dem Kläger nicht, weil er keine verlangt (act. 31).

Es wird beschlossen:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zu neuer Beurteilung und Entscheidung zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt und der Beklagten auferlegt.
3. Für das Verfahren vor Obergericht werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 36, sowie an das Bezirksgericht Zürich, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 45'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: