

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LC180039-O/U

damit vereinigt Geschäfts-Nr. PC180048-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw K. Peterhans

Beschluss vom 4. Juli 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger, Berufungskläger und Beschwerdegegner 1

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____

gegen

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner 2

vertreten durch Bezirksgericht Meilen

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil**

Berufung und Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im

**ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 5. Dezember 2018
(FP180004-G)**

* * * * *

Rechtsbegehren des Klägers:

(Urk. 1)

- "1. Es sei Ziff. 3.4 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 24. November 2017 (Kinderunterhalt) mit Wirkung vom 1. März 2018 aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Beklagten.
3. Dem Kläger sei für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das vorliegende Verfahren beizugeben.
4. Der Unterhaltsbeitrag gemäss Ziff. 3.4 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 24. November 2017 (Kinderunterhalt) sei für die Dauer des Verfahrens als vorsorgliche Massnahme aufzuheben."

Prozessualer Antrag der Beklagten:

(Urk. 23)

- " 1. Der Beklagten sei rückwirkend ab dem 16.10.2018 die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person des Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.
2. [...]"

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 5. Dezember 2018 (Urk. 28 S. 11)

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird abgewiesen.

2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Das Massnahmeverfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Urteil.
5. **Dieser Entscheid wird mit seiner Eröffnung rechtskräftig** (Art. 325 Abs. 1 ZPO).

Eine Beschwerde gegen Ziffern 1 und 2 dieses Entscheids kann innert 10 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Beschwerdeschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Für das Rechtsmittel gegen Ziffer 3 dieses Entscheids siehe nachfolgendes Erkenntnis.

Die Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 lit. b ZPO).

Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 5. Dezember 2018

(Urk. 28 S. 12)

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf CHF 1'880.–.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. [Mitteilungssatz]
6. [Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 27 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Dezember 2018 sei aufzuheben, und es sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen damit diese das Verfahren durchführe und einen neuen Entscheid über die Unterhaltspflicht des Klägers fälle.
2. Eventualiter sei Ziff. 3.4 des Dispositivs des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 24. November 2017 (Kinderunterhalt) mit Wirkung vom 1. März 2018 aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten.
4. Es sei dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren beizugeben."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 34 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung vom 29. Dezember 2018 gegen das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Dezember 2018 vollumfänglich abzuweisen und es sei das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Dezember 2018 zu bestätigen.
2. Es seien die Kosten des Verfahrens dem Berufungskläger aufzuerlegen und es sei dieser zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine angemessene Parteientschädigung (zuzügl. MWSt.) zu bezahlen.
3. Es sei der Berufungsbeklagten rückwirkend ab dem 21.03.2019 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

Beschwerdeanträge:

der Beklagten und Beschwerdeführerin (Urk. 41/27 S. 2):

"Materielle Anträge

1. Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Dezember 2018 (FP180004-G) sei aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF 1'870.95 zuzusprechen.
2. Eventualiter sei Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Dezember 2018 (FP180004-G) aufzuheben und der Beschwerdeführerin sei rückwirkend ab dem 16.10.2018 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Die Unterzeichnende sei als unentgeltliche Rechtsbeiständin für das Verfahren FP180004-G inkl. MwSt und Spesen mit CHF 1'375.80 zu entschädigen."

Prozessuale Anträge

3. Der Beschwerdeführerin sei für das Beschwerdeverfahren vor dem Obergericht Zürich eine Parteientschädigung von CHF 1'787.20 (inkl. MwSt und Spesen) zulasten der Beschwerdegegnerin [recte: des Beschwerdegegners 2] zuzusprechen und die Beschwerdegegnerin [recte: der Beschwerdegegner 2] habe die Prozesskosten zu tragen.
4. Eventualiter sei der Beschwerdeführerin ab dem 12.12.2018 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person der Unterzeichnenden ein unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessverlauf

1. Sachverhalt

1.1. Mit Urteil vom 24. November 2017 des Einzelgerichts des Bezirkes Meilen wurden die Parteien geschieden und der Kläger, Berufungskläger und Beschwerdegegner 1 (nachfolgend: Kläger) verpflichtet, der Beklagten, Berufungsbeklagten und Beschwerdeführerin (nachfolgend: Beklagte) für die Kinder, C._____ (geb. tt.mm.2004) und D._____ (geb. tt.mm.2008), monatliche Unterhaltsbeiträge von je CHF 730.- zzgl. allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinder-/Ausbildungszulagen zu bezahlen (Urk. 41/5/30/ S. 4). Das Urteil trat am 4. Januar 2018 in Rechtskraft. Mit Eingabe vom 1. März 2018 beantragte der Kläger die Aufhebung dieser Verpflichtung (Urk. 41/1 S. 2).

1.2. Mit Urteil und Verfügung vom 5. Dezember 2018 der Vorinstanz wurde die Klage abgewiesen und die Gerichtskosten wurden dem Kläger auferlegt. Der Beklagten wurde keine Parteientschädigung zugesprochen. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wurde abgewiesen und das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin wurde als gegenstandslos geworden abgeschrieben (Urk. 28 S. 11 f.).

2. Prozessgeschichte

2.1. Bezüglich des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens sei auf den angefochtenen Entscheid vom 5. Dezember 2018 verwiesen (Urk. 28 S. 2-4).

2.2. Der vorinstanzliche Entscheid vom 5. Dezember 2018 wurde den Parteien am 10. Dezember 2018 zugestellt (Urk. 41/26/1-2). In der Folge erhob die Beklagte mit Schriftsatz vom 14. Dezember 2018 Beschwerde (Urk. 41/27) und der Klä-

ger mit Schriftsatz vom 29. Dezember 2018 Berufung (Urk. 27). Die Beschwerde der Beklagten wurde unter der Geschäftsnummer PC180048-O angelegt und die Berufung des Klägers unter der vorliegenden Geschäftsnummer LC180039-O.

2.3. Die Beklagte richtet ihre Beschwerde gegen den Kostenentscheid des Bezirksgerichts Meilen und führt dieses als Beschwerdegegnerin auf (Urk. 41/27 S. 1 f.). Primär ist die Nichtgewährung einer Parteientschädigung angefochten, weshalb sich die diesbezügliche Beschwerde gegen den Kläger richtet, welcher als Beschwerdegegner 1 aufzuführen ist. Mit Eventualantrag wird die Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege angefochten. Der Eventualantrag richtet sich gegen den Kanton Zürich, welcher als Beschwerdegegner 2 aufzuführen ist. Die entsprechende Korrektur der Parteirollen erfolgt von Amtes wegen.

2.4. Im Berufungsverfahren wurde mit Verfügung vom 19. März 2019 die Berufungsschrift vom 29. Dezember 2018 der Beklagten zugestellt und ihr Frist für die Berufungsantwort angesetzt (Urk. 31). Die Berufungsantwort der Beklagten ging fristgerecht am 7. Mai 2019 ein (Urk. 34) und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 21. Mai 2019 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 40). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

2.5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II. Prozessuales

Da sich die Berufung des Klägers und die Beschwerde der Beklagten gegen den gleichen Entscheid richten, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinen (Art. 125 lit. c ZPO) und das Verfahren PC180048-O unter der Geschäfts-Nr. LC180039-O als Urk. 41 weiterzuführen. Das Verfahren PC180048-O ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

III.

(Berufung)

1. Abänderung des Kinderunterhalts

1.1. Der Kläger machte vor Vorinstanz geltend, dass im Zeitpunkt des Abschlusses der Scheidungskonvention am 13. Juli 2017 unklar gewesen sei, wie sich sein Gesundheitszustand entwickeln würde, ob er wieder arbeitsfähig werde, ob die Versicherung die Krankentaggelder vor der Ausschöpfung der Leistungsdauer einstelle oder ob und wann ihm eine IV-Rente zugesprochen werde. Die Parteien hätten deshalb keine dieser Eventualitäten bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages berücksichtigt, sondern seien von der damals aktuellen Situation ausgegangen (Urk. 41/1 S. 3 Rz. 5). Der Kläger habe mittlerweile die maximale Leistungsdauer der Krankentaggeldversicherung ausgeschöpft. Ab dem 1. März 2018 erhalte er keine Taggelder mehr. Er leide nach wie vor an diversen Krankheiten und sei deswegen in intensiver ärztlicher Behandlung. Er sei nach wie vor zu 100% arbeitsunfähig (Urk. 41/1 S. 3 f., Urk. 41/3/4). Ab dem 1. März 2018 habe er kein Einkommen mehr und erhalte keine Versicherungsleistungen. Er habe sich deshalb beim Sozialamt anmelden müssen und beziehe fortan Sozialhilfe (Urk. 41/1 S. 4). Ab dem 1. März 2018 habe er anstelle eines Einkommens von Fr. 6'000.- ein solches von Fr. 0.-. Die Reduktion des Einkommens sei erheblich. Er könne ohne Einkommen nicht nur keine Unterhaltsbeiträge bezahlen, sondern nicht einmal sein eigenes Existenzminimum decken (Urk. 41/1 S. 4 Rz. 11). Die Änderung sei dauerhaft. Denn der Anspruch auf Krankentaggeld sei definitiv beendet. Der Kläger könne aber auch keine Erwerbstätigkeit aufnehmen, da er nach wie vor zu 100% arbeitsunfähig sei. Die Voraussetzungen für die Änderung des Scheidungsurteils seien zusammengefasst gegeben (Urk. 41/1 S. 5 Rz 12 f.).

1.2. Die Vorinstanz wies die Abänderungsklage des Klägers ab und hielt fest, dass die IV-Stelle des Sozialversicherungsamtes des Kantons Zürich mit ihrem Vorbescheid vom 4. Mai 2018 dem Kläger eine ganze IV-Rente ab dem 1. März 2018 zugesichert habe. Der Entscheid sei noch nicht rechtskräftig, da die Pensi-

onskasse Einwände gelten gemacht habe. Sollte sie nicht durchdringen, hätte der Kläger aber rückwirkend auf den 1. März 2018 die Rente zu gut. Eine Verminderung seines Einkommens läge damit nicht vor, respektive würden Kinderrenten bereits ab diesem Zeitpunkt ausgerichtet und könnte die laufende Alimentenbevorschussung damit zurückerstattet werden, so dass der Kläger keinen Nachteil erleide. Ob damit überhaupt eine Veränderung der Verhältnisse im Vergleich zum Zeitpunkt der Scheidung vorläge, sei somit noch ungewiss (Urk. 28 S. 7 Ziff. 3.2.).

Zur Voraussehbarkeit merkte die Vorinstanz an, dass sich der Kläger im Scheidungsurteil vom 24. November 2017 zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen von CHF 730.- zzgl. Kinder-/Ausbildungszulagen je Kind verpflichtet habe. Die Konvention halte unter den Grundlagen der Unterhaltsberechnung (Dispositiv-Ziffer 3.7 von act. 50/3) fest: "Einkommen Gesuchsteller: Fr. 6'000.- (Krankentaggeld)". Der Kläger mache heute geltend, die Ausschöpfung der Krankentaggelder sei in der Scheidungskonvention nicht berücksichtigt worden. Dieses Argument schlage fehl. Das Erreichen der maximalen Leistungsdauer der Krankentaggeldversicherung nach zwei Jahren sei zum Zeitpunkt des Scheidungsurteils vorhersehbar gewesen. Dies gelte umso mehr, als der Kläger im Scheidungsverfahren von einem Rechtsanwalt vertreten gewesen sei - nämlich demselben wie im vorliegenden Verfahren - und dieser um die Ausschöpfung der Leistungsdauer habe wissen müssen. Für eine Voraussehbarkeit spreche auch die zeitliche Nähe zwischen dem Scheidungsurteil vom 24. November 2017 und dem Einreichen des Abänderungsgesuchs am 1. März 2018. Das Scheidungsurteil, welches im Übrigen auf der vom Anwalt des Klägers eingereichten Konvention beruhe, sei am 4. Januar 2018 rechtskräftig geworden. Es lägen damit nur gerade zwei Monate zwischen Abänderungsbegehren und Rechtskraft des Scheidungsurteils. Dass die Konvention bereits im Juli 2017 abgeschlossen worden sei, sei vorliegend nicht relevant, da die Verhältnisse anlässlich der Scheidungsanhörung zu überprüfen gewesen seien, was erst Ende November 2017 erfolgt sei. Ebenso wenig könne aus dem vom Vertreter des Klägers zitierten Urteil des Bundesgerichts, BGer 5A_549/2017 vom 11. September 2017, analog geschlossen werden, dass dies auch auf den Zeitpunkt des Erlöschens des Taggeldanspruchs zutreffe. Wenn eine IV-Rente unmittelbar daran anschliesse, was vorliegend offensichtlich Thema

sei, sei nicht bereits von vornherein eine Änderung anzunehmen. Die fehlende Voraussehbarkeit sei damit zu verneinen. Im Ergebnis fehle es daher an den erforderlichen Voraussetzungen für eine Abänderung (Urk. 28 S. 7 f.).

1.3. Der Kläger rügt im Berufungsverfahren, dass die Vorinstanz die Bedeutung des Vorbescheides der IV-Stelle verkenne und darum falsche Schlüsse gezogen habe (Urk. 27 S. 6 Rz 24). Gemäss Art. 57a IVG teile die IV-Stelle der versicherten Person den vorgesehenen Entscheid über ein Leistungsbegehren mittels Vorbescheid mit. Art. 74 IVV sehe vor, dass die IV-Stelle über die Leistungsbegehren beschliesse, sobald die Abklärung der Verhältnisse abgeschlossen sei. Die Begründung des Beschlusses habe sich mit den für den Beschluss relevanten Einwänden zum Vorbescheid der Parteien auseinander zu setzen (Urk. 27 S. 6 Rz 25). Der Vorbescheid diene laut dieser gesetzlichen Regelung dazu, der versicherten Person das rechtliche Gehör zu gewähren. Mit dem Vorbescheid teile die Verwaltung mit, wie sie zu entscheiden beabsichtige (Urk. 27 S. 6 Rz 26).

Der Vorbescheid sei selber kein Entscheid. Das ergebe sich aus Art. 74 IVV. Demgemäss beschliesse die IV-Stelle über die Leistungsbegehren, sobald die Abklärung der Verhältnisse abgeschlossen sei. Zur Abklärung der Verhältnisse gehöre auch die Durchführung des Vorbescheidverfahrens. Denn der eigentliche Beschluss habe sich mit den Einwänden zum Vorbescheid auseinander zu setzen. Das Vorbescheidverfahren sei also schon abgeschlossen, bevor die IV-Stelle ihren Entscheid fälle (Urk. 27 S. 7 Rz 27).

Der Vorbescheid werde deshalb auch nicht rechtskräftig, wie die Vorinstanz meine (BGE 142 V 387 E. 5.3.). Auch wenn niemand innert der Frist von 30 Tagen gemäss Art. 73^{ter} Abs. 1 IVV Einwände erhebe, müsse die Verwaltung eine Verfügung erlassen. Es sei also nicht so, dass der Vorbescheid durch den Ablauf dieser Frist zu einem Entscheid würde. Der (unbenützte) Ablauf der Frist von Art. 73^{ter} Abs. 1 IVV bedeute nur, dass das Vorbescheidverfahren abgeschlossen sei und dass die Verwaltung nun über das Leistungsbegehren (in Form einer Verfügung) entscheiden könne (Urk. 27 S. 7 Rz 29).

Der Vorbescheid binde die Verwaltung auch nicht, weder in Bezug auf das Verfahren noch in der Sache. Die Verwaltung könne nach dem Vorbescheidverfahren weitere Abklärungen treffen oder einen anderen (für den Versicherten weniger günstigen) Entscheid fällen, als sie dies im Vorbescheid angekündigt habe (Urk. 27 S. 7 Rz 30).

Der Vorbescheid gewähre dem Kläger keinerlei Ansprüche. Ob der Kläger dereinst eine Rente erhalten werde, sei ungewiss. Denn wie das Gutachten ausfallen werde, könne nicht vorhergesehen werden. Auch wenn dem Kläger irgendwann eine Rente zugesprochen werden sollte, heisse das nicht, dass ihm eine ganze Rente zugesprochen werde. Es sei auch möglich, dass ihm eine Viertels-, halbe oder Dreiviertelsrente zugesprochen werde (Urk. 27 S. 7 Rz 31).

Im Moment präsentiere sich die Situation also so, dass der Kläger kein Einkommen und auch keinen Rentenanspruch habe, sondern von der Sozialhilfe unterstützt werden müsse. In der konkreten Situation habe der Kläger im Vergleich zur Basis des Scheidungsurteils Fr. 6'000.- weniger Einkommen, als man für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge an seine beiden Kinder angenommen habe. Die Verringerung des Einkommens um Fr. 6'000.- im Vergleich zu den Verhältnissen, welche dem Scheidungsurteil zugrunde gelegen hätten, stelle ohne Zweifel eine erhebliche Veränderung dar.

1.4. Die Beklagte beantragt die Abweisung der Berufung und stellt sich auf den Standpunkt, dass zum Zeitpunkt der Anhängigmachung der Abänderungsklage weder eine definitive noch eine dauerhafte Veränderung der finanziellen Verhältnisse des Klägers vorgelegen habe. Eine vorübergehende Knappheit der liquiden Mittel begründe keinen Abänderungsgrund für den Unterhalt von unmündigen Kindern (Urk. 34 S. 4 Ziff. 9). Zum Zeitpunkt der Anhängigmachung der Abänderungsklage sei das IV-Verfahren hängig gewesen. Für die Zeit zwischen der Ausschöpfung der Krankentaggelder per 1. März 2018 und dem Entscheid der IV-Stelle hätte der Kläger mittels Darlehen oder dergleichen sicherstellen müssen, dass er den Unterhalt in dieser Übergangszeit weiterhin bezahlen könne. Wäre ihm dies nicht möglich gewesen, so hätte die Sozialhilfe einspringen und wirtschaftliche Unterstützung für den Kläger leisten müssen, worin auch der Unter-

haltsbeitrag an seine minderjährigen Kinder einzurechnen gewesen wäre (Urk. 34 S. 4 Ziff. 10).

Die IV-Stelle habe mit ihrem Vorbescheid vom 4. Mai 2018 sodann eine volle Rente in Aussicht gestellt. Zwar stehe die Verfügung nach den Einwänden der Pensionskasse noch aus. Der Ausgang dieses IV-Verfahrens spiele jedoch für den Abänderungsprozess keine Rolle. Mit dem polydisziplinären Gutachten kläre die IV-Stelle nun ab, ob dem Kläger infolge Invalidität eine Rente zustehe. Invalidität sei gemäss Art. 8 Abs. 1 ATSG die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Entweder komme die IV-Stelle aufgrund des erstellten Gutachtens zum Schluss, dass der Kläger vollumfänglich erwerbsunfähig sei und erteile ihm basierend darauf eine volle Rente, was auch Kinderrenten zur Folge hätte. Die andere Möglichkeit bestehe darin, dass die IV-Stelle dem Kläger eine nur teilweise dauernde Erwerbsunfähigkeit attestiere. Sollte dies der Fall sein, werde sie ihm nur eine Teilrente gewähren. Dies würde aber bedeuten, dass der Kläger neben der Rente zum Teil erwerbsfähig wäre. Als Vater zweier unmündigen Kinder wäre er sodann rechtlich verpflichtet, seine Erwerbsfähigkeit auch umzusetzen und zu arbeiten, damit er den Unterhalt für seine Kinder ungeschmälert bezahlen könne (Urk. 34 S. 5 Ziff. 12).

Gerade gegenüber unmündigen Kindern seien besonders hohe Anforderungen an die Leistungsfähigkeit bzw. die Ausnützung der Erwerbsfähigkeit durch den Unterhaltspflichtigen zu stellen. Insbesondere sei sodann auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht leichthin zu verzichten. Sollte der Kläger also keine volle IV-Rente erhalten, so wäre er verpflichtet, das fehlende Einkommen durch Aufnahme einer Arbeitstätigkeit zu generieren. Sollte er dies nicht machen, so wäre ihm vom Gericht ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Die Behauptung, dass der Kläger ein Einkommen von CHF 0.- ab dem 1. März 2018 gehabt haben solle, werde sodann ausdrücklich bestritten. Wie hoch sein Einkommen tatsächlich gewesen sei, werde sich erst herausstellen. Zumindest habe er ein Einkommen aus der wirtschaftlichen Unterstützung der Sozialhilfe (Urk. 34 S. 5 Ziff. 13).

Es sei dem Kläger zuzustimmen, dass zum Zeitpunkt der Anhängigmachung der Klage nicht sicher festgestanden habe, ob und in welchem Umfang der Kläger eine IV-Rente erhalten werde. Dies spiele aber keine Rolle, da der Abänderungsgrund bei jedem Ausgang des IV-Verfahrens zu verneinen sei. Entweder stehe dem Kläger eine IV-Rente zu, oder er sei erwerbsfähig und müsse seine Erwerbsfähigkeit für seine Kinder ausnutzen. Eine vorübergehende Verminderung des Einkommens ändere daran nichts. Der Kläger selbst mache dies mit seinen Ausführungen in Ziff. 57 der Berufung deutlich, bei denen er selbst darlege, dass es zum Zeitpunkt der Scheidung möglich gewesen wäre, dass er wieder arbeitsfähig werde oder er eine IV-Rente erhalte per 1. März 2018. Inwiefern sich aus diesen verschiedenen Möglichkeiten innerhalb von zwei Monaten ein Abänderungsgrund entwickeln sollte, sei nicht ersichtlich, insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnissen dauerhaft und definitiv sein müsste. Von einer dauerhaften und definitiven Veränderung könne vorliegend nicht gesprochen werden (Urk. 34 S. 5 Ziff. 14).

Eine andere Auffassung sei schon deshalb nicht haltbar, wenn man bedenke, was passieren würde, wenn man den Unterhalt anpasse und der Kläger dann rückwirkend doch eine volle IV-Rente erhalten würde. Würde der Kinderunterhalt per 1. März 2018 aufgehoben, dann müsste die Beklagte noch höhere Unterstützung bei der Sozialhilfe in Anspruch nehmen und sich hoch verschulden, um die Kinder ernähren zu können. Dem Kläger würde dann rückwirkend eine volle IV-Rente zugestanden. Da er ab dem 1. März 2018 aber nicht mehr verpflichtet wäre, Kindesunterhalt zu bezahlen, würden seine Kinder abgesehen von allfälligen Kinderrenten leer ausgehen und er wäre wirtschaftlich bessergestellt, als es einem Unterhaltspflichtigen zustehe (Urk. 34 S. 6 Ziff. 16).

Zur Frage der Voraussehbarkeit führt die Beklagte aus, der Vorinstanz sei zuzustimmen, dass dem anwaltlich vertretenen Kläger zum Zeitpunkt des Scheidungsurteils am 24. November 2017 habe klar sein müssen, dass er nur noch bis Ende Februar 2018 Krankentaggelder erhalten würde. Trotzdem sei dies nicht ausdrücklich in der Scheidungskonvention erwähnt worden. Es müsse deshalb angenommen werden, dass das Ende der Krankentaggelder für den Kläger kein Grund

dargestellt habe, eine andere Unterhaltsregelung aufzunehmen, sondern dass dieselbe Unterhaltsregelung anzuwenden sei. Der Kläger sei also selbst davon ausgegangen, dass die Ausschöpfung der Krankentaggelder kein Abänderungsgrund darstelle. Dass den anwaltlich vertretenen Kläger das Ende der Krankentaggelder überrascht habe und er knapp zwei Monate nach Rechtskraft des Scheidungsurteils wieder mit einer Abänderungsklage ans Gericht habe gelangen müssen, überzeuge nicht (Urk. 34 S. 7 Ziff. 21).

Der Einwand der Pensionskasse des Klägers sei erst im Juli 2018 gekommen. Die Abänderungsklage habe der Kläger aber bereits am 1. März 2018 eingereicht. Vor dem Einwand der Pensionskasse sei der Kläger davon ausgegangen, eine volle IV-Rente zu erhalten. Wenn sich der Kläger infolge dieser Möglichkeit einer vollen IV-Rente nicht bemüht habe, Einkommen zu generieren oder zumindest seine Unterhaltsbeiträge vorübergehend bei der Sozialhilfekommission einzufordern, so könne daraus keine Abänderungsmöglichkeit des Unterhalts abgeleitet werden. Der Kläger sei offensichtlich davon ausgegangen, dass er die Fr. 6'000.- nicht mehr erzielen könne. Dieses Wissen hätte er aber auch schon zum Zeitpunkt des Scheidungsurteils gehabt und dementsprechend eine abgestufte Unterhaltsberechnung oder eine bedingte Unterhaltssenkung in die Scheidungskonvention aufnehmen können. Damit wäre er aber beim Bezirksgericht nicht erfolgreich gewesen, da ihm dieses für diesen Fall sehr wahrscheinlich ein hypothetisches Einkommen angerechnet hätte (Urk. 34 S. 7 Ziff. 22).

1.5. Die Abänderung von Kinderunterhaltsbeiträgen setzt voraus, dass sich die massgebenden Verhältnisse erheblich und dauerhaft verändert haben (Art. 134 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 286 Abs. 2 ZGB). Der massgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung, ob neue Umstände eingetreten sind, ist das Datum der Einreichung des Abänderungsgesuchs (BGE 137 III 604, 606 E. 4.1.1; BGer 5A_506/2011 vom 4. Januar 2012, E. 3.1).

Vorausgesetzt ist somit eine erhebliche Änderung der Verhältnisse. Ohne Belang ist, ob eine Regelung im Voraus trotz Absehbarkeit unterblieb oder ob es sich um ein "echtes Novum" handelt (BGE 143 III 42 E. 5.2.). Eine Veränderung der Verhältnisse, die im Zeitpunkt der erstmaligen Festsetzung der Unterhaltsbeiträge

absehbar war, berechtigt - anders als bei der Regelung des nahehelichen Unterhalts - folglich zur Abänderung, sofern der Veränderung damals nicht Rechnung getragen wurde (BGE 131 III 189 E. 2.7.4.). Es geht aber nicht um die Korrektur einer allenfalls fehlerhaften, rechtskräftigen Unterhaltsregelung, sondern um die Anpassung dieser Regelung an die veränderten, im vormaligen Entscheid nicht berücksichtigten Verhältnisse (BSK ZGB I-Fountoulakis/ Breitschmid, Art. 286 N 10 f.).

Eine Abänderung ist den auf eine gewisse Dauer angelegten Tatsachen vorbehalten. In Betracht kommen unvorhersehbare Ereignisse (etwa Krankheit oder Invalidität eines Elternteils), zum andern wirtschaftliche Umstände, die den allgemeinen Lauf der Dinge qualifiziert verändern, namentlich Arbeitslosigkeit oder sonstiger Einkommensrückgang ohne Einflussmöglichkeiten des Pflichtigen (BSK ZGB I-Fountoulakis/Breitschmid, Art. 286 N 12 f.). Ab vier Monaten Dauer gilt beispielsweise die Arbeitslosigkeit als dauernde Veränderung der Verhältnisse (BGer 5A_78/2014 vom 25. Juni 2014, E. 4.2). Entgegen der Behauptung der Beklagten (Urk. 34 S. 5 Rz 14) muss die erhebliche Veränderung nicht definitiv sein, sondern eine gewisse Dauer aufweisen, damit sie im Rahmen einer Abänderung geltend gemacht werden kann.

1.5.1. Die Vorinstanz hielt fest, es sei ungewiss, ob überhaupt eine Veränderung der Verhältnisse im Vergleich zum Zeitpunkt der Scheidung vorliege, weil der Kläger rückwirkend auf den 1. März 2018 die Rente zu gut hätte, dringe die Pensionskasse mit ihren Einwänden nicht durch (Urk. 28 S. 7 Ziff. 3.2.).

1.5.2. Der vom Vertreter des Klägers zitierte BGE 142 V 380 befasst sich unter anderem mit dem Vorbescheid einer IV-Stelle. Darin wird festgehalten, dass, würden keine Einwände gegen den Vorbescheid erhoben oder bliebe die Verfügung unbestritten, der Schwebezustand ende, da damit der Erwerbsunfähigkeitsgrad feststehe. Würden gegen den Vorbescheid Einwände erhoben und weitere medizinische Abklärungen gefordert, stehe im Zeitpunkt des Vorbescheides der Invaliditätsgrad gerade nicht fest. Der Ausgang des Verfahrens sei aufgrund der möglicherweise durchzuführenden weiteren Beweissmassnahmen ungewiss und könnte durchaus zu Ungunsten des Versicherten ausfallen. Die Einwände im Vorbe-

scheidverfahren seien kein Rechtsmittel, das zurückgezogen werden könnte mit der Konsequenz, dass der Vorbescheid rechtskräftig würde. Die Verwaltung sei nicht verpflichtet, gemäss dem Vorbescheid zu verfügen, weshalb in der Verfügung auch ein tieferer Invaliditätsgrad als der im Vorbescheid angezeigte festgestellt werden dürfe (BGE 142 V 380 E. 5.3).

1.5.3. Im vorliegenden Fall hat, wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, die Pensionskasse Einwände gegen den Vorbescheid vom 4. Mai 2018 erhoben (Urk. 41/22/2). In der Folge wurde dem Kläger am 8. August 2018 von der IV-Stelle der SVA Zürich mitgeteilt, dass zur Klärung der Leistungsansprüche eine umfassende medizinische Untersuchung (Allgemeine/Innere Medizin, Rheumatologie, Neurologie) als notwendig erachtet werde (Urk. 41/22/3). Das Gutachten wurde vorläufig sistiert, weil am 3. September 2018 ein weiterer operativer Eingriff beim Kläger notwendig wurde (Urk. 41/22/1).

1.5.4. Sowohl der Heilungsverlauf beim Kläger als auch das Resultat der Begutachtung sind offen. Damit ist auch ungewiss, ob und in welchem Grad eine Invalidität beim Kläger in Zukunft festgestellt werden wird.

1.6. Bei der Klageeinleitung am 1. März 2018 waren die Taggeldzahlungen an den Kläger bereits eingestellt worden (Urk. 41/3/3) und das IV-Verfahren seit der IV-Anmeldung vom 8. September 2016 pendent. Aus dem Arztzeugnis von Dr. med. E. _____ vom 28. Februar 2018 ergibt sich, dass der Kläger im damaligen Zeitpunkt voll arbeitsunfähig war (Urk. 41/3/4). Nicht bekannt war sodann bei Klageeinleitung, wann ein Vorbescheid der zuständigen IV-Stelle ergehen würde.

Erst mit Vorbescheid vom 4. Mai 2018 wurde dem Kläger eine Rente in Aussicht gestellt (Urk. 41/22/1 S. 2), wobei sich diese Rente aufgrund der Einwände der Pensionskasse F. _____ (Urk. 41/22/2) nach wie vor in der Schwebe befindet. Seit dem Ende der Taggeldzahlungen hat der Kläger weder ein Einkommen noch wird ihm eine Rente ausbezahlt. Seit dem 1. März 2018 wird er von der Sozialhilfe unterstützt (Urk. 39).

Entgegen der vorinstanzlichen Ausführungen sind die Veränderungen damit als dauerhaft anzusehen. Nach dem Wegfall der Taggeldzahlungen von Fr. 6'000.- hat der Kläger kein (Ersatz-)Einkommen mehr, was ohne weiteres als wesentliche Veränderung zu qualifizieren ist.

Die Voraussetzungen für eine Abänderung sind damit gegeben.

1.7. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass ein Abänderungsgrund gegeben ist. Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zwecks Durchführung des Abänderungsverfahrens und neuer Entscheidung zurückzuweisen.

2. Gesuch der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren

2.1. Der Kläger beantragt, es seien die Kosten des Berufungsverfahrens der Beklagten aufzuerlegen und es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und ihm in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren beizugeben (Urk. 27 S.2).

2.2. Die Beklagte beantragt, es seien die Kosten des Verfahrens dem Kläger aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, ihr eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen. Weiter beantragt sie, es sei ihr rückwirkend ab dem 21. März 2019 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen (Urk. 34 S. 2).

2.3. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 abs. 1 lit. c ZPO).

2.4. Beide Parteien haben schon vor Vorinstanz (Kläger: Urk. 41/9/1-19; Beklagte: Urk. 41/11/1-9 und Urk. 41/24/1-10) und die Beklagte zusätzlich im Rah-

men ihrer Beschwerdebeurteilung (Urk. 41/31/3-13) ihre engen finanziellen Verhältnisse dargelegt. Beide Parteien müssen von der Sozialhilfe unterstützt werden (Urk. 30 und Urk. 41/31/8). Sie haben somit nach wie vor als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu gelten. Ihre Rechtsmittelansprüche sind nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO zu betrachten (dazu BGE 138 III 217 E. 2.2.4), und eine anwaltliche Verbeiständung erscheint zur Wahrung ihrer Rechte notwendig.

2.5. Beiden Parteien ist die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und dem Kläger in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand und der Beklagten in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

III.

(Beschwerde)

1. Die Beklagte beantragt im Beschwerdeverfahren die Aufhebung der Ziffer 4 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Dezember 2018 und die Zusprechung einer Parteientschädigung von Fr. 1'870.95. Eventualiter verlangt sie die Aufhebung der Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 5. Dezember 2018 und beantragt, es sei der Beklagten rückwirkend ab dem 16. Oktober 2018 die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen und diese für das Verfahren FP180004 inkl. MWST und Spesen mit Fr. 1'375.80 zu entschädigen. Für das Beschwerdeverfahren stellte die Beklagte den Antrag, es sei ihr eine Parteientschädigung von Fr. 1'787.20 (inkl. MwSt und Spesen) zulasten des Beschwerdegegners 2 zuzusprechen und dieser habe die Prozesskosten zu tragen. Eventualiter beantragt sie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y. _____ (Urk. 41/27 S. 2).

2. Wie vorstehend ausgeführt, ist das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und zur Durchführung des Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Hauptan-

trag der Beschwerde der Beklagten wird damit gegenstandslos. Die Vorinstanz wird im Rahmen dieses Verfahrens aber über das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu entscheiden haben. Entsprechend ist in Gutheissung des Eventualantrags der Beschwerde Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung aufzuheben.

3. Die Beschwerde der Beklagten ist nicht aussichtslos. Die übrigen Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. vorstehend Ziff. IV. 2.5. f.) sind ebenfalls erfüllt, weshalb der Beklagten auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwältin MLaw Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen ist.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Bei diesem Verfahrensausgang (Rückweisung) rechtfertigt es sich, lediglich eine Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren festzusetzen. Der Entscheid über eine allfällige Parteienschädigung ist dem neuen Entscheid der Vorinstanz zu überlassen.

2. Mit der Vorinstanz (Urk. 28 S. 10 Ziff. 1.3.) ist von einem Streitwert von Fr. 116'800.- auszugehen. Die Entscheidgebühr für das vereinigte Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3 GebVO OG auf Fr. 1'880.- festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren PC180048 wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren LC180039 vereinigt, unter dieser Prozessnummer weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben.
2. Dispositiv Ziffer 2 der Verfügung und das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 5. Dezember 2018 wer-

den aufgehoben und die Sache wird zur Durchführung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Der Beklagten wird für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin MLaw Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'880.- festgesetzt.
6. Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im vereinigten Berufungsverfahren wird der Vorinstanz überlassen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Kasse des Obergerichts und an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 Fr. 116'800.-

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 4. Juli 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw K. Peterhans

versandt am:
mc