

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE150029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. E. Iseli

## Beschluss und Urteil vom 27. Januar 2016

in Sachen

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

Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Gesuchsteller und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Abänderung Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 10. April 2015 (EE150016-I)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 16 S. 1 sowie Prot. I S. 10)

1. In Abänderung des Eheschutzurteils des Bezirksgerichts Uster vom 4. Juli 2014 seien die in Ziff. 3.a) der genehmigten Vereinbarung festgelegten monatlichen Beiträge an die Kinderkosten in der Höhe von je Fr. 800.– für die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2001, D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2006, angemessen zu reduzieren.
2. In Abänderung des Eheschutzurteils des Bezirksgerichts Uster vom 4. Juli 2014 sei der in Ziff. 3.b) der genehmigten Vereinbarung festgelegte Ehegattenunterhalt in der Höhe von monatlich Fr. 400.– aufzuheben.
3. Die Gesuchsgegnerin sei zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages in der Höhe von Fr. 10'000.– zu verpflichten. Eventualiter sei dem Gesuchsteller die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu bewilligen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

**Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 10. April 2015:**

(Urk. 32)

1. In Abänderung der Dispositivziffer 4.3. lit. a) Abs. 2 des unbegründeten Eheschutzurteils [entspricht der Dispositivziffer 4.3 lit. d) Abs. 2 des begründeten Urteils] des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 4. Juli 2014 (EE140040-I) wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Beiträge an die Kinderkosten (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) rückwirkend auf den 1. März 2015 in der Höhe von je Fr. 630.–, ab dem 1. September 2015 in der Höhe von je Fr. 780.– und ab dem 1. März 2016 in der Höhe von je Fr. 800.– für die drei Kinder zu bezahlen.
2. Die in Dispositivziffer 4.3. lit. b) des unbegründeten Eheschutzurteils [entspricht der Dispositivziffer 4.3 lit. e) des begründeten Urteils] des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 4. Juli 2014 (EE140040-I) festgehaltene Unterhaltspflicht des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin persönlich wird rückwirkend ab 1. März 2015 und bis zum 29. Februar 2016 sistiert bzw. auf Fr. 0.– festgesetzt.

Der Gesuchsteller ist verpflichtet, der Gesuchsgegnerin nach Beendigung der Sistierung persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 400.– zu bezahlen.

3. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, zusätzlich zu den Unterhaltsbeiträgen gemäss Ziffer 1 und 2 dieses Entscheids Leistungen der Arbeitslosenversicherung an ihn persönlich für die Monate März 2015 bis Februar 2016 an die Gesuchsgegnerin weiterzuleiten, bis zu einem Maximum von zusätzlich Fr. 170.– pro Kind für die Monate März 2015 bis August 2015 bzw. von zusätzlich Fr. 20.– pro Kind für die Monate September 2015 bis Februar 2016 (dementsprechend maximal die ursprünglich vereinbarten Unterhaltsbeiträge).

Im Weiteren wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin, sollte er von der Arbeitslosenversicherung für die Monate März 2015 bis Februar 2016 über die gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung weiterzuleitenden Leistungen hinausgehende Leistungen an ihn persönlich erhalten, diese bis zu einem Maximum von Fr. 400.– für jeden der Monate März 2015 bis Februar 2016 an die Gesuchstellerin weiterzuleiten (dementsprechend maximal die ursprünglich vereinbarten Unterhaltsbeiträge).

Sodann wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine Bestätigung der zuständigen Stelle über die Leistungen bzw. das Ausbleiben von Leistungen der Arbeitslosenversicherung an den Gesuchsteller für den Zeitraum von März 2015 bis Februar 2016 zuzustellen, bis spätestens 31. März 2016.

4. Der Antrag des Gesuchstellers, die Gesuchsgegnerin sei zur Leistung eines Prozesskostenbeitrages in der Höhe von Fr. 10'000.– zu verpflichten, wird abgewiesen.
5. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

Die dem Gesuchsteller auferlegten Kosten werden zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Gesuchsteller wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

7. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
8. [Mitteilung]
9. [Berufung]

**Berufungsanträge:**

der Berufungsklägerin (Urk. 31 S. 2):

- "1. Es seien Dispositiv-Ziffern 1 bis 3 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 10.04.2015 (EE150016-I) aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin unverändert einen persönlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 400.00 pro Monat und an den Unterhalt der drei Kinder C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ einen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 800.00 pro Monat (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen) gemäss Eheschutzurteil vom 04.07.2014 (EE140040-I) zu bezahlen.
2. Es sei Dispositivziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 10.04.2015 aufzuheben und es seien die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.
3. Es sei Dispositiv-Ziffer 7 des Urteils des Bezirksgerichts Uster vom 10.04.2015 aufzuheben und der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für das erstinstanzliche Verfahren eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten."

des Berufungsbeklagten (Urk. 49 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung der Berufungsklägerin vollumfänglich abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.
2. Dem Berufungsbeklagten sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren und die Unterzeichnete als unentgeltliche Rechtsvertreterin zu ernennen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Berufungsklägerin."

## **Erwägungen:**

### **I.**

1. Die Parteien sind verheiratet und Eltern der Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2001, D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, und E.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006. Mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 4. Juli 2014 wurden die Parteien zum Getrenntleben be-rechtigt erklärt (Urk. 6/50 Dispositiv-Ziffer 1), die Kinder für die Dauer des Ge-trenntlebens unter der gemeinsamen Obhut der Parteien belassen (Dispositiv-Ziffer 2) und betreffend Unterhalt folgende Regelung genehmigt bzw. vorgemerkt (Dispositiv-Ziffer 4.3):

#### **"(4.)3. Unterhalt**

##### **d) Kinderkosten bzw. Kinderunterhalt**

Die Parteien übernehmen diejenigen Kosten für die Kinder, die während der Zeit anfallen, die sie beim betreuenden Elternteil verbringen (insb. Verpflegung, Anteil Miete, Alltagsbekleidung) jeweils selber.

Der Vater verpflichtet sich, der Mutter für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Beiträge an die Kinderkosten in der Höhe von je CHF 800.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) für die drei Kinder zu bezahlen. Die Beiträge an die Kinderkosten sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend auf den 1. Januar 2014.

Die Mutter verpflichtet sich, die regelmässig anfallenden Kinderkosten (wie Krankenkasse, Gesundheitskosten, Sport- und Musikkosten, Freizeitkurse, Sportbekleidung und -ausrüstung, ausserschulische Betreuung wie Hortkosten, Schulkosten, Kosten für den öffentlichen Verkehr, Handy, Taschengeld, etc.) zu bezahlen.

An ausserordentlichen Kinderkosten (z.B. Zahnarzkosten, Kosten für schulische Fördermassnahmen, Ausbildung, etc.), denen beide Elternteile ausdrücklich zugestimmt haben, beteiligen sich die Parteien je zur Hälfte nach Vorlage der entsprechenden Rechnungen, soweit diese nicht von Dritten, insbesondere Versicherungen, finanziert werden. Kommt keine Einigung über die Kostentragung zustande, so trägt der veranlassende Elternteil die entsprechende Ausgabe einstweilen allein; die gerichtliche Geltendmachung der Kostenbeteiligung bleibt vorbehalten.

##### **e) Ehegattenunterhalt**

Der Kläger verpflichtet sich, der Beklagten persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 850.– (ab 1. Januar 2014 bis Ende Juli 2014) bzw. CHF 400.– (ab 1. August 2014) zu bezahlen.

f) Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde:

- Erwerbseinkommen Ehefrau (Januar bis Juli 2014): (monatlich netto, inkl. Mietanteil Geschäft)	CHF	3'300.-
- Erwerbseinkommen Ehemann (Januar bis Juli 2014): (monatlich netto, inkl. Renteneinkommen, inkl. Familienzulagen)	CHF	8'800.-
- Erwerbseinkommen Ehefrau (ab August 2014):	CHF	0.-
- Erwerbseinkommen Ehemann (ab August 2014): (inkl. Renteneinkommen sowie Arbeitslosengeld)	CHF	7'600.-
- erweiterter Bedarf Ehefrau (Januar bis Juli 2014):	CHF	7'200.-
- erweiterter Bedarf Ehemann (Januar bis Juli 2014):	CHF	4'900.-
- Bedarf Ehefrau (ab August 2014):	CHF	6'900.-
- Bedarf Ehemann (ab August 2014):	CHF	4'500.-"

2. Mit Eingabe vom 6. Februar 2015 beantragte der Gesuchsteller und Berufungsbeklagte (fortan: Gesuchsteller) bei der Vorinstanz die Abänderung des Eheschutzentscheides vom 4. Juli 2014 und stellte die eingangs erwähnten Anträge (Urk. 1). Betreffend den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 32 S. 2 f.). Mit Urteil vom 10. April 2015 fällt die Vorinstanz ihren Entscheid mit hiervor wiedergegebenem Dispositiv (Urk. 32).

3. Hiergegen erhob die Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin (fortan: Gesuchsgegnerin) am 1. Juni 2015 Berufung mit eingangs erwähnten Rechtsbehörden (Urk. 31). Die Berufungsantwort datiert vom 10. August 2015 (Urk. 49). Mit Verfügung vom 14. August 2015 wurde der Gesuchsgegnerin Frist angesetzt, um zu neu eingereichten Urkunden Stellung zu nehmen (Urk. 52). Ihre Stellungnahme erfolgte mit Eingabe vom 3. September 2015 (Urk. 53). Mit Verfügung vom 14. September 2015 wurde die Stellungnahme dem Gesuchsteller zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 56). Am 30. September 2015 erfolgte eine weitere Eingabe der Gesuchsgegnerin (Urk. 57B und 58/1-3), die der Gegenpartei am 2. Oktober 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 59).

## II.

1. Der Gesuchsteller macht vorab geltend, der notwendige Streitwert für eine Berufung sei nicht erreicht. Für die Zeit von März 2015 bis Februar 2016 habe die Vorinstanz die Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 33'600.– auf Fr. 25'380.– reduziert. Der Streitwert betrage deshalb lediglich Fr. 8'220.– (Urk. 49 S. 4).

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Massgebend sind die bis zur Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheides vorgebrachten Erklärungen der Parteien und nicht der erstinstanzliche Entscheid selbst, die Rechtsmittelanträge oder die Parteierklärungen im Rechtsmittelverfahren (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 308 N 40 mit Hinweisen). Aufgrund der eingangs erwähnten Rechtsbegehren des Gesuchstellers vor Vorinstanz ist der für die Berufung erforderliche Streitwert damit erreicht.

2. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheids im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des vorinstanzlichen Entscheides blieben unangefochten und sind am 6. Juni 2015 in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 30). Dies ist vorzumerken.

3. In prozessualer Hinsicht ist zudem zu beachten, dass gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Das Bundesgericht hat eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bei Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgebend sei (BGE 138 III 625 E. 2.2). Dies gilt nach der Praxis der Kammer auch in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend ge-

macht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (vgl. statt vieler OGer ZH LE130065 vom 3. Januar 2014, E. II/A/2).

### III.

1. Die Vorinstanz erwog, die Parteien hätten im Jahr 2000 oder 2001 einen Gärtnereibetrieb gegründet – wohl die F.\_\_\_\_\_. – und hätten später die G.\_\_\_\_\_ GmbH geführt. Während die Gesuchsgegnerin die administrativen Aufgaben erledigt habe, habe der Gesuchsteller die Firma nach aussen vertreten. Der Gesuchsteller sei zu 50 % arbeitsunfähig; er erhalte eine halbe IV-Rente. Die übrigen 50 % sei er im ehelichen Betrieb angestellt gewesen. Die Gesuchsgegnerin sei Eigentümerin dieses Betriebs gewesen, der Gesuchsteller mit einem Darlehen beteiligt. Die G.\_\_\_\_\_ GmbH habe per Ende Mai 2014 die Geschäftstätigkeit eingestellt. Die Gesuchsgegnerin sei im Begriff, die Gesellschaft zu liquidieren. Nachdem die Anstellung des Gesuchstellers bei der G.\_\_\_\_\_ GmbH beendet gewesen sei, habe er Arbeitslosenentschädigungen bezogen, wobei er Arbeit mit einem Pensum von 50 % gesucht habe. Er habe sodann am 16. Januar 2015 mit einer weiteren Person eine Gartenbaufirma gegründet, die H.\_\_\_\_\_ GmbH, von welcher er seit Januar 2015 angestellt sei. Die Firma führe Gartenarbeiten aus, wobei der Gesuchsteller aufgrund seiner teilweisen Invalidität leichte körperliche Arbeiten erledige (Urk. 32 S. 6). Dem Gesuchsteller sei im Eheschutzurteil vom 4. Juli 2014 ein Einkommen in der Höhe von monatlich Fr. 7'600.– angerechnet worden, worin Fr. 2'180.– aus ordentlichem Lohn (netto) enthalten gewesen seien. In den Monaten Oktober bis Dezember 2014 habe er durchschnittlich Fr. 2'070.– an Leistungen der Arbeitslosenversicherung erhalten. Nachdem der Gesuchsteller von seiner durch ihn mitgegründeten Firma H.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt worden sei, habe er nur noch ein monatliches Nettoeinkommen in der Höhe von Fr. 1'328.10 erzielt (inkl. 13. Monatslohn). Damit sei der aktuelle Lohn tiefer als die vormaligen Arbeitslosenentschädigungen. Diese Einkommenseinbusse stelle eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse dar. Die Veränderung der

Verhältnisse sei zudem von einer gewissen Dauer bzw. unbestimmt. Überdies sei im Zeitpunkt des Eheschutzurteils nicht damit zu rechnen gewesen, dass der Gesuchsteller mangels anderer Arbeitstätigkeit darauf angewiesen sein würde, eine neue Gartenbaufirma zu gründen, um wieder ein regelmässiges Erwerbseinkommen erzielen zu können. Somit seien die Voraussetzungen für eine Abänderung der mit Eheschutzurteil vom 4. Juli 2014 festgelegten Unterhaltsbeiträge grundsätzlich gegeben (Urk. 32 S. 6 f.). Die Verschlechterung der Einkommenssituation des Gesuchstellers sei zwar freiwillig erfolgt. Allerdings gebe es einen entscheidenden Unterschied zu den von der Gesuchsgegnerin angeführten Bundesgerichtsentscheiden zur freiwilligen Verschlechterung der Einkommenssituation: der Gesuchsteller habe seine Arbeitslosigkeit beendet, indem er eine Arbeitsstelle angenommen habe, welche zu einer geringeren Nettoentschädigung geführt habe. Dieses Verhalten könne nicht mit der Aufgabe einer Erwerbstätigkeit und anschliessender Erwerbslosigkeit (verbunden mit geringerer Arbeitslosenentschädigung) gleichgesetzt werden. Der Gesuchsteller könne nicht verpflichtet werden, eine in derselben Art bereits während der Ehe ausgeführte Arbeitstätigkeit zu beenden, um dank Arbeitslosenunterstützung ein höheres Erwerbserstatzeinkommen zu erzielen. Dies wäre langfristig betrachtet auch wirtschaftlich unsinnig (Urk. 32 S. 8). Zum monatlichen Nettoeinkommen des Gesuchstellers von Fr. 1'328.10 seien sodann Renteneinkommen, nämlich Fr. 4'036.40 für den Gesuchsteller sowie Fr. 1'404.– Kinderrenten, hinzuzuzählen. Nicht zu berücksichtigen sei entgegen der Gesuchsgegnerin ein Einkommen aus der Tätigkeit des Gesuchstellers bei der freiwilligen Feuerwehr. Die Ausführungen des Gesuchstellers, wonach die Entschädigung nur gerade die Auslagen deckten, seien glaubhaft. Zusammenfassend sei beim Gesuchsteller von einem monatlichen Einkommen in der Höhe von Fr. 6'768.50 auszugehen (Urk. 32 S. 9).

Die Gesuchsgegnerin erziele ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'580.– (Urk. 32 S. 9 f.).

Dem Gesuchsteller wurde ein Bedarf von Fr. 4'863.85 (Urk. 32 S. 10) und der Gesuchsgegnerin ein solcher von Fr. 5'867.30 (Urk. 32 S. 13) angerechnet.

Damit verbleibe dem Gesuchsteller ein Überschuss von gerundet Fr. 1'910.–. Der Gesuchsgegnerin verbleibe ein Manko von Fr. 3'290.– (Urk. 32 S. 16). Es könne jedoch nicht Zweck der Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit sein, dass der Gesuchsteller ein geringeres Einkommen erziele, als ihm die Arbeitslosenversicherung – wenn auch nur vorübergehend – garantiert hätte. Die vorübergehende Erzielung eines tieferen Lohnes erweise sich zwar als notwendig, damit sich der Gesuchsteller aus der Arbeitslosigkeit lösen könne. Um seine familiären Unterhaltspflichten decken zu können, werde er sein Einkommen jedoch steigern müssen bzw. es sei ihm ein entsprechendes hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 32 S. 17). Der Minderverdienst habe sich binnen eines Jahres wieder so weit zu erhöhen, dass der Gesuchsteller die auch von ihm anlässlich der Unterzeichnung der ursprünglichen Vereinbarung festgehaltenen Unterhaltsbeiträge wieder bezahlen könne. Es sei ihm ab dem 1. September 2015 ein hypothetisches Nettoeinkommen in der Höhe von monatlich Fr. 1'778.10 anzurechnen und ab dem 1. März 2016 ein solches in der Höhe von Fr. 2'238.10 (Urk. 32 S. 18), was zum eingangs erwähnten Abänderungsentscheid führte.

2. Die Gesuchsgegnerin wirft der Vorinstanz vor, vom Gesuchsteller keine Glaubhaftmachung seiner Vorbringen verlangt, sondern sich einseitig und unkritisch auf seine Parteibehauptungen verlassen zu haben. Bereits seine Arbeitslosigkeit sei selbst gewählt gewesen (Urk. 31 S. 4). Der Gesuchsteller hätte die G.\_\_\_\_\_ GmbH nämlich übernehmen können. Er habe mit den Arbeitslosentagsgeldern dasselbe Einkommen, wie es der Unterhaltsberechnung des ursprünglichen Eheschutzentscheides zugrunde gelegen habe, erzielt. Es seien ihm noch mehr als eineinhalb Jahre für die Stellensuche geblieben. Somit sei er bei Gründung seiner GmbH im Januar 2015 nicht unter Druck einer drohenden Aussteuerung oder einer anderen Ausweglosigkeit gewesen. Aufgrund der Mankosituation habe von ihm erwartet werden können, dass er weiter nach einer passenden Stelle suche und die Taggelder der Arbeitslosenversicherung notfalls ausschöpfe. Entgegen der Vorinstanz unterscheide sich der freiwillige Verzicht auf Arbeitslosentagsgelder in keiner Weise von der freiwilligen Aufgabe der Erwerbstätigkeit, die gemäss Bundesgericht eine Unterhaltsreduktion ausschliesse. Das Bundesgericht habe unmissverständlich klargestellt, dass beispielsweise eine freiwillig er-

folgte frühzeitige Pensionierung, das Auswandern oder die Aufgabe einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht zu einer Unterhaltsreduktion berechtigten. Das Recht auf freie berufliche Tätigkeit werde durch die Pflicht des Unterhaltspflichtigen, für seine Familie aufzukommen, beschränkt. Der Gesuchsteller habe keine Unterlagen zu seinen Stellensuchbemühungen eingereicht. Ihm könnte allenfalls noch ein gewisses Verständnis für die Gründung der GmbH entgegen gebracht werden, wenn er in überzeugender Weise darlegen könnte, auf welche Lohnentwicklung er mit seinem Unternehmen hinarbeite und wie realistisch seine Planung sei (Urk. 31 S. 5). Er habe bisher aber jegliche Auskunft über seine Auftragslast, den bisherigen Umsatz der GmbH und deren laufenden Kosten oder die Höhe und Art seiner finanziellen Beteiligung am Unternehmen verweigert. Er sei nicht einmal in der Lage zu erklären, wie sein ausgewiesener Lohn von Fr. 1'350.– bestimmt worden sei (Urk. 31 S. 5 f.). Ein Bruttolohn von Fr. 1'350.– sei deutlich zu tief für sein Arbeitspensum von 50 bis 70 %. Der Gesuchsteller sei in I. \_\_\_\_\_ verwurzelt und bestens vernetzt. Auch handle es sich bereits um seine dritte Gründung eines im Bereich Gartenbau tätigen Unternehmens. Im Gründungsjahr der G. \_\_\_\_\_ GmbH hätten sich die Parteien ab Beginn einen gemeinsamen Monatslohn von Fr. 4'300.– brutto auszahlen lassen, wovon Fr. 2'700.– auf den Gesuchsteller entfallen seien. Es wäre auch die Möglichkeit zu prüfen gewesen, sich das Einkommen bei der H. \_\_\_\_\_ GmbH nur als Zwischenverdienst von der Arbeitslosenversicherung anrechnen zu lassen. Zudem sei nicht abgeklärt worden, welche Lohnzahlungen er effektiv ausbezahlt erhalte. Die Vorinstanz habe darauf verzichtet, die zweifellos vorhandenen Gründungsunterlagen einzufordern, obschon der entsprechende Beweis Antrag gestellt worden sei. Damit habe sie die Untersuchungsmaxime verletzt (Urk. 31 S. 6).

3. Zur Voraussetzung der Abänderung von Unterhaltsbeiträgen kann zwecks Vermeidung von Wiederholungen vorab auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 32 S. 4 f.). Die Abänderungsklage bezweckt die Anpassung der Unterhaltspflicht an veränderte Verhältnisse. Diesem Zweck entsprechend erfasst sie nur rechtskräftige Tatsachen (echte Noven) und erlaubt keine Revision des früheren Urteils. Daher wird der Unterhaltsbeitrag lediglich nach Massgabe der tatsächlichen Veränderung angepasst, und es ist nicht

zu prüfen, welcher Unterhaltsbeitrag aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse als angemessen erscheint. Vielmehr sind die seinerzeitigen Einkommens- und Ausgabenverhältnisse den aktuellen gegenüberzustellen und zu prüfen, ob und in welchem Umfang sich die wirtschaftlichen Verhältnisse verändert haben (vgl. Summermatter, Zur Abänderung von Kinderalimenten, in: FamPra.ch 1/2012, S. 49 f.). Die von der Gesuchsgegnerin zitierten Bundesgerichtsentscheide erweisen sich nicht als einschlägig. Im Entscheid BGer 5A\_170/2007 gab der Unterhaltsschuldner eine Anstellung auf; in der Folge erzielte er als selbständig Erwerbstätiger ein derart geringes Einkommen, dass auf andere Einkommensquellen geschlossen werden musste. In einem anderen Entscheid vermochte ein Unterhaltsschuldner keine Gründe darzutun, weshalb er eine Stelle in der Schweiz kündigte und in der Folge eine Stelle in Deutschland mit Lohnreduktion antrat (BGer 5A\_736/2007). Im Entscheid BGer 5A\_736/2008 vom 30. März 2009, E. 4.1, beschränkte sich der Unterhaltsschuldner auf Hausarbeit und Kinderbetreuung, statt sich einer Erwerbstätigkeit zu widmen.

#### 4. Einkommen Gesuchsteller

4.1. Die Gesuchsgegnerin wirft der Vorinstanz eine Verletzung der Untersuchungsmaxime vor. Es trifft zu, dass die Vorinstanz sich betreffend das Einkommen des Gesuchstellers auf seine Behauptungen sowie drei Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis März 2015 (Urk. 14/8) abstützte. Angesichts der Tatsache, dass der Gesuchsteller Gesellschafter der H.\_\_\_\_\_ GmbH ist, hätte es sich aufgedrängt, von ihm weitere Urkunden zur Reduktion seines Einkommens zu verlangen (Art. 272 und Art. 296 Abs. 1 ZPO). Damit hat die Vorinstanz die Untersuchungsmaxime verletzt, weshalb die vom Gesuchsteller vor Berufungsinstanz neu eingereichten Urkunden zu seinem Einkommen zulässige Noven darstellen (Urk. 51/1-11; s. E. II/3 oben), soweit sie nicht ohnehin Tatsachen dokumentieren, die nach erstinstanzlichen Aktenschluss bzw. Urteilsfällung entstanden sind.

4.2. Die Gründungsurkunde der H.\_\_\_\_\_ GmbH vom 9. Januar 2015 zeigt, dass der Gesuchsteller und sein Geschäftspartner J.\_\_\_\_\_ je 100 Stammanteile zu je Fr. 100.– der Gesellschaft halten (Urk. 51/2 S. 2). Der Gesuchsteller wurde

als vorsitzender Geschäftsführer mit Einzelunterschrift bestellt (Urk. 51/2 S. 3). Die beiden Gesellschafter schlossen zudem am 23. Dezember 2014 einen Darlehensvertrag, mit welchem J.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsteller ein Darlehen von Fr. 10'000.– zur Liberierung von 100 Stammanteilen der neu zu gründenden gemeinsamen Gesellschaft gewährte (Urk. 51/10). Es ist davon auszugehen, dass der Gesuchsteller keinen (schriftlichen) Arbeitsvertrag mit der H.\_\_\_\_\_ GmbH abgeschlossen hat (Urk. 31 S. 7). Glaubhaft macht er geltend, J.\_\_\_\_\_ habe nach Absprache mit dem Treuhänder der Firma den Lohn des Gesuchstellers festgelegt (Urk. 49 S. 6). Der Gesuchsteller weist darauf hin, dass sein Nettolohn von Fr. 1'328.10 für sein gegenwärtiges 50 %-Teilzeitpensum aufgrund der bisherigen Umsatzzahlen und Kosten korrekt und sogar eher grosszügig angesetzt sei (Urk. 49 S. 6). Den Einnahmen der Firma von rund Fr. 56'000.– stehen Ausgaben von rund Fr. 59'000.– gegenüber (Urk. 51/1). Aufgrund des Geschäftskontoauszugs der H.\_\_\_\_\_ GmbH ist es glaubhaft, dass es derzeit keinen Unternehmensgewinn gibt, welchen der Gesuchsteller beanspruchen könnte (Urk. 49 S. 10). Der Kontoauszug des Geschäftskontos (Urk. 51/1; die Gesuchsgegnerin forderte einen Zwischenabschluss der H.\_\_\_\_\_ GmbH per 1. Juni 2015 [Urk. 53 S. 5], wozu jedoch aus gesellschaftsrechtlichen bzw. buchhalterischen Gründen keine Pflicht besteht) zeigt, dass das durchschnittliche Nettoeinkommen des Gesuchstellers für die Monate Januar bis Juli 2015 Fr. 1'410.70 betrug (Urk. 51/1: E-Banking Aufträge an B.\_\_\_\_\_ sowie eine Barauszahlung Lohn im Betrag von Fr. 1'225.95 am 17. April 2015). Die Gesuchsgegnerin macht geltend, der Gesuchsteller müsse ein weiteres Konto haben, da auf seinem angeblich einzigen Bankkonto nur zwei Lohnzahlungen eingegangen seien (Urk. 53 S. 5). Der Gesuchsteller hingegen behauptet, er verfüge über kein neues Lohnkonto (Urk. 49 S. 10). Zutreffend ist, dass auf seinem Privatkonto bei der Credit Suisse zwischen dem 1. Januar und dem 5. August 2015 nur zwei Gutschriften im Betrag von je Fr. 1'225.95 von der H.\_\_\_\_\_ GmbH I.\_\_\_\_\_ eingegangen sind (Urk. 51/7); eigentlich sollten es deren fünf sein (Urk. 51/1). Auch fällt auf, dass die Lohnzahlungen nicht regelmässig erfolgten, obschon der Kontostand eine regelmässige Auszahlung stets zugelassen hätte. Es ist damit auf die Aufwendungen gemäss Geschäftskonto und somit auf ein Nettoeinkommen von Fr. 1'410.70 abzustellen. Bei der Behauptung der Ge-

suchsgegnerin, dass der Gesuchsteller sämtliche Kundenarbeiten ausführen dürfte, da sein Geschäftspartner Maler sei und gleichwohl mehr als doppelt so hohe Lohnzahlungen erhalte (Urk. 53 S. 5), handelt es sich um eine reine Vermutung. Gemäss Statuten der H.\_\_\_\_\_ GmbH bezweckt die Gesellschaft Beratung, Planung und Realisierung von Gartenanlagen, Unterhalt und Landschaftspflege jeglicher Art sowie Kundenmaurer- und Tiefbauarbeiten (Urk. 51/3). Es ist zudem nicht ersichtlich, was die Gesuchsgegnerin für den Lohn des Gesuchstellers daraus ableiten möchte.

4.3. Mit der neu eingereichten Urkunde zum Feuerwehrsold (Urk. 51/9; s. E. 4.1 oben) gelingt dem Gesuchsteller die Glaubhaftmachung, dass er seit dem 1. Januar 2014 keinen Feuerwehrsold mehr erhält. Bereits vor Vorinstanz erklärte der Gesuchsteller, er bekomme den Feuerwehrsold nur, wenn er wirklich im Einsatz gewesen sei, was seit längerem nicht mehr der Fall gewesen sei (Prot. I S. 4). Damit gibt es auch keine Feuerwehrspesen zu belegen (Urk. 53 S. 7). Im Übrigen legt der Gesuchsteller glaubhaft dar, dass er seine Tätigkeit als Prüfungsexperte am K.\_\_\_\_\_ seit dem Jahr 2011 nicht mehr ausübt (Urk. 49 S. 11). Ist der Beweisführer glaubwürdig – die vor Berufungsinstanz eingereichten Urkunden zu seinem Einkommen stützen seine vorinstanzlichen Behauptungen – und seine Darstellung plausibel, darf auf seine Zusicherung abgestellt werden (Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 271 N 12; BGer 5P.210/2001 vom 30. Juli 2001, E. 3a; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 323 N 28).

4.4. Belegt ist mittlerweile auch, dass der Gesuchsteller keine Arbeitslosenentschädigungen aus einem Zwischenverdienst erhält (Urk. 51/8).

4.5. Entgegen der Gesuchsgegnerin ist es dem Gesuchsteller nicht zuzumuten, bis zum Moment seiner Aussteuerung in der Arbeitslosigkeit zu verweilen, um seine Unterhaltsverpflichtungen zu erfüllen – jedoch mit unabwägbaren Folgen für sein berufliches und finanzielles Fortkommen. Zwecks Vermeidung von Wiederholungen kann dazu auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 32 S. 8). Es ist notorisch, dass sich die Stellensuche mit zunehmender Länge der Arbeitslosigkeit schwieriger gestaltet. Zudem erschweren

vorliegend gesundheitliche Probleme und die Möglichkeit, lediglich ein Pensum von 50 % zu leisten, die Stellensuche des Gesuchstellers. Immerhin führt selbst die Gesuchsgegnerin aus, die G.\_\_\_\_\_ GmbH habe ihm wegen Krankheit gekündigt (Urk. 51/4, Urk. 53 S. 4). Zwar trifft es zu, dass der Gesuchsteller bereits an der dritten Gründung einer Gartenbaufirma mitbeteiligt ist. Trotzdem kann nicht einfach auf den Lohn abgestellt werden, den die Parteien während der Gründung ihres letzten Unternehmens dem Gesuchsteller ausbezahlt. Denn damals war die Gesuchsgegnerin als Eigentümerin noch massgeblich mitbeteiligt; sie nahm sich den administrativen Belangen an. Damit bestanden andere Voraussetzungen für eine Firmengründung. Die Umstände der Aufgabe der G.\_\_\_\_\_ GmbH sind vorliegend nicht weiter von Interesse (Urk. 49 S. 6 f., Urk. 53 S. 4), denn es ist auf die aktuellen Verhältnisse abzustellen. Wenn die Gesuchsgegnerin dem Gesuchsteller schliesslich vorwirft, keine Urkunden zu seinen Stellensuchbemühungen ins Recht gereicht zu haben, ist ihr zu entgegnen, dass Arbeitslosentaggelder nur bei erfolgten, jedoch erfolglosen Arbeitsbemühungen ausgerichtet werden.

Dass der Gesuchsteller ab April bis Ende 2014 ein Zimmer seiner Wohnung zum Preis von Fr. 850.– pro Monat untervermietet haben soll, kann bei der hier relevanten Periode ab dem 1. März 2015 nicht berücksichtigt werden. Entgegen der Gesuchsgegnerin verbietet es der Effektivitätsgrundsatz, frühere Mehreinnahmen mit aktuellen Mindereinnahmen zu verrechnen (Urk. 31 S. 8 unter Hinweis auf Prot. I S. 4).

Damit ist beim Gesuchsteller von einem monatlichen Einkommen in der Höhe von Fr. 6'851.10 auszugehen (Fr. 1'410.70 + IV-Rente von Fr. 4'036.40 [Urk. 32 S. 9] + Kinderrenten von Fr. 1'404.– [Urk. 14/25-27]).

## 5. Bedarf Gesuchsteller

5.1. Die Gesuchsgegnerin macht geltend, sollte von einer Einkommensreduktion ausgegangen werden, hätte dies Auswirkungen auf die Bedarfsberechnung des Gesuchstellers. Entgegen der Vorinstanz seien Ausgaben, die in finanziell besseren Zeiten noch vertretbar gewesen seien, bei knapperen Verhältnissen zu überprüfen. Der Bedarf des Gesuchstellers betrage unverändert Fr. 4'500.– (Urk. 31 S. 9 f.).

5.2. Erstens rügt die Gesuchsgegnerin, das *Auto* habe für den Gesuchsteller keinen Kompetenzcharakter. Sein Arbeitsort befinde sich nur wenige Schritte von seinem Wohnort entfernt. Um die Kinder zu Vereinsanlässen oder anderen Freizeitaktivitäten zu chauffieren, seien die Kosten für ein Auto nicht gerechtfertigt. Betreffend Motorfahrzeugversicherung habe sie vor Vorinstanz darauf hingewiesen, dass sich die Versicherung auf zwei Fahrzeuge beziehe und ein allfälliger Betrag im Bedarf des Gesuchstellers zu kürzen wäre. Zudem seien die Parkplatzkosten von Fr. 60.– in der ursprünglichen Unterhaltsberechnung nicht berücksichtigt worden. Die Behauptungen des Gesuchstellers, wonach er sein Privatauto zwar beruflich benützen müsse, dafür aber keine Spesen erhalte, müssten ernsthaft in Zweifel gezogen werden (Urk. 31 S. 9). Aktuelle Auszüge aus dem Autoindex Zürich zeigten, dass die H.\_\_\_\_\_ GmbH in der Zwischenzeit ein Geschäftsfahrzeug habe einlösen können. Die Ausgaben für Motorfahrzeugversicherung und Parkplatz seien aus seinem Bedarf zu streichen (Urk. 57 f.). Zudem liessen sich dem Geschäftskonto mehrere Benzinbezüge sowie eine Überweisung an das Strassenverkehrsamt entnehmen. Somit gebe es offenbar zumindest Ausnahmen von der Tragung der Autokosten durch den Gesuchsteller (Urk. 53 S. 5 unter Hinweis auf Urk. 51/1).

Im ursprünglichen Eheschutzentscheid wurde für die vorliegend relevante Periode ein Bedarf des Gesuchstellers von Fr. 4'500.– berücksichtigt. Betrachtet man die entsprechende Unterhaltstabelle (Urk. 14/6) ergibt sich, dass die unerlässlichen Kosten für die Grundbeträge des Gesuchstellers (Fr. 1'350.–) und D.\_\_\_\_\_s (Fr. 600.–), die Wohnkosten ohne Garage (Fr. 1'938.–), die Gesund-

heitskosten (Fr. 150.–), die Krankenkasse KVG (Fr. 330.65) sowie Radio/TV/Telefon (Fr. 150.–) bereits Fr. 4'518.65 betragen. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Kosten für die Motorfahrzeugversicherung und den Parkplatz ursprünglich im Bedarf des Gesuchstellers nicht berücksichtigt wurden. Angesichts der Reduktion des Einkommens des Gesuchstellers und der Mankosituation ist eine Berücksichtigung dieser zwei Positionen heute noch weniger angezeigt. Sie sind folglich aus dessen Bedarf zu streichen.

5.3. Die Gesuchsgegnerin macht zudem zu Recht geltend, dass im Eheschutzverfahren kein Zuschlag für *auswärtige Verpflegung* berücksichtigt worden ist (Urk. 14/6). An dieser Wertung ist festzuhalten. Entgegen dem Gesuchsteller (Urk. 49 S. 12) verrichtet er aufgrund seiner teilweisen Invalidität leichte Gartenarbeit (Urk. 32 S. 6). Richtig ist zudem, dass es dem Gesuchsteller angesichts der wenigen Kunden der H.\_\_\_\_\_ GmbH zumutbar ist, sich über Mittag zu Hause zu verpflegen (Urk. 31 S. 9) bzw. das Essen von zu Hause mitzunehmen. Der von der Vorinstanz berücksichtigte Betrag ist aus seinem Bedarf zu streichen.

5.4. Schliesslich führt die Gesuchsgegnerin aus, im Hinblick auf die gravierende Mankosituation sei es dem Gesuchsteller zuzumuten, die Prämien für die (freiwillige) *Hausrat- und Rechtsschutzversicherung* aus seinem Grundbetrag zu bestreiten. Ein Zuschlag von Fr. 35.50 sei unverhältnismässig (Urk. 31 S. 10).

Die Anrechnung eines gerichtsblichen Betrags von Fr. 35.50 für die Hausrat- und Rechtsschutzversicherung wäre bei einer originären Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen nicht zu beanstanden. Gemäss obigen Ausführungen (E. 5.2.) ist jedoch davon auszugehen, dass im ursprünglichen Entscheid keine Hausrat- und Rechtsschutzversicherung berücksichtigt wurde. Auch an dieser Wertung ist festzuhalten und der entsprechende von der Vorinstanz berücksichtigte Betrag aus dem Bedarf des Gesuchstellers zu streichen.

5.5. Damit präsentiert sich der Bedarf des Gesuchstellers folgendermassen:

Grundbetrag	Fr.	1'350.–
Grundbetrag E._____ und D._____	Fr.	500.–
Mietzins (Wohnung)	Fr.	1'938.–

<b>Mietzins (Parkplatz)</b>	<b>Fr.</b>	<b>0.–</b>
<b>Motorfahrzeugversicherung</b>	<b>Fr.</b>	<b>0.–</b>
Krankenkasse (nur KVG)	Fr.	340.60
Gesundheitskosten	Fr.	187.20
Radio/TV und Telefon	Fr.	150.–
<b>Hausrat-, Rechtenschutzversicherung</b>	<b>Fr.</b>	<b>0.–</b>
<b>auswärtige Verpflegung</b>	<b>Fr.</b>	<b>0.–</b>
Beitrag ...	Fr.	25.–
Steuern	Fr.	0.–
<b>Total</b>	<b>Fr.</b>	<b>4'490.80</b>

6. Angesichts des grossen Mankos (s. E. 8 unten) ist nicht im Detail auf die Ausführungen der Gesuchsgegnerin zu ihrem Bedarf (Auto, Gesundheitskosten, Hypothek, Hobbies der Kinder; Urk. 31 S. 10 f.) einzugehen. Der Vollständigkeit halber nur soviel: Ihre Rüge betreffend die Berücksichtigung von Gesundheitskosten im Betrag von Fr. 170.– statt Fr. 85.50 (Urk. 31 S. 10 unter Verweis auf Urk. 12/16+17) erweist sich als nicht nachvollziehbar. Ihre Hypothekarkosten betragen aufgrund eines neuen, erst vor Berufungsinstanz eingereichten Hypothekarvertrages monatlich Fr. 1'612.50 statt Fr. 1'620.85 (Urk. 31 S. 10 und Urk. 38). Amortisationskosten von Fr. 150.– (Urk. 31 S. 10 f.) können nicht in ihrem Bedarf berücksichtigt werden (vgl. ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 163 ZGB N 118A Ziff. 2.1. c). Dem Gesuchsteller gelingt es nicht, glaubhaft zu machen, dass der neue Lebenspartner vorwiegend bei der Gesuchsgegnerin wohnt (Urk. 49 S. 12, Urk. 53 S. 8). Die Hobbies der Kinder sind in Übereinstimmung mit der Vorinstanz aufgrund der knappen finanziellen Verhältnisse der Parteien aus dem Grundbetrag zu bezahlen (Urk. 31 S. 11). Es ist damit von einem Bedarf der Gesuchsgegnerin von rund Fr. 5'860.– auszugehen.

#### 7. Einkommen Gesuchsgegnerin

7.1. Der Gesuchsteller macht geltend, dass die Gesuchsgegnerin zwischenzeitlich Geschäftsführerin und Verwaltungsrätin der familieneigenen Immobilienfirma L.\_\_\_\_\_ AG sei. Ein monatliches Einkommen von lediglich Fr. 2'580.– sei für diese Position ein schlechter Scherz. Ein Arbeitspensum von 40 % sei bei

den vorliegenden Verhältnissen völlig unzureichend (Urk. 49 S. 10). Die Gesuchsgegnerin entgegnet, bei der L. \_\_\_\_\_ AG handle es sich um ein Kleinunternehmen, welches sich ausschliesslich um die Verwaltung der eigenen Liegenschaften kümmere. Die Funktionen als Geschäftsführerin und Verwaltungsrätin seien ausschliesslich auf die Rechtsform des Unternehmens zurückzuführen und brächten kein zusätzliches Arbeitspensum bzw. keine zusätzliche Entschädigung mit sich (Urk. 53 S. 8). Die Vorbringen des Gesuchstellers, die Gesuchsgegnerin sei trotz des vermeintlichen Mankos neuestens in der Lage, sich kostspielige Anschaffungen zu leisten (Urk. 49 S. 10), wurden von ihr substantiiert bestritten (Urk. 53 S. 8 f.).

7.2. Es ist bezüglich des Einkommens der Gesuchsgegnerin auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen (Urk. 32 S. 10). Der Gesuchsgegnerin wurde im originären Eheschutzentscheid für die vorliegend interessierende Periode kein Einkommen angerechnet (s. E. I/1 oben). Sie verdient mehr, als sie eigentlich müsste. Es bleibt somit bei einem Einkommen der Gesuchsgegnerin von monatlich Fr. 2'580.–.

## 8. Unterhaltsberechnung

Angesichts seines Nettoeinkommens von Fr. 6'851.10 und seines Notbedarfs von Fr. 4'490.80 verbleibt dem Gesuchsteller ein Überschuss von rund Fr. 2'350.–. Der Gesuchsgegnerin verbleibt angesichts ihres Nettoeinkommens von Fr. 2'580.– nach Abzug ihres Bedarfes von rund Fr. 5'860.– ein Manko von rund Fr. 3'280.–.

Die Gesuchsgegnerin fordert eventualiter eine kürzere Übergangsfrist von einem halben Jahr zur Einkommenssteigerung. Der Umsatz zwischen der Geschäftsgründung im Januar 2015 bis zur Hauptverhandlung am 1. April 2015 sei nicht repräsentativ, da die Hauptauslastung im Gartenbau von Frühling bis Herbst sei (Urk. 31 S. 12). Der Gesuchsteller macht dazu geltend, es müsse der Gesuchsgegnerin bekannt sein, dass die Aufträge in der Gartenbaubranche saisonal stark schwankten und der Umsatz im Winterhalbjahr regelmässig um ca. 20 % tiefer ausfalle. Dies treffe aber nur zu, wenn Winterdienst geleistet werden könne.

Vorliegend sei aber auf Grund des Verlustes von Kunden mit Winterdienst sogar mit einer Umsatzeinbusse von 50 % zu rechnen (Urk. 49 S. 13). Es ist an der Übergangsfrist gemäss Vorinstanz festzuhalten. Mit den Einkommenszahlen von Januar bis Juli 2015 (Urk. 51/1) liegen Zahlen für eine repräsentative Periode vor, in der Winter- und Sommermonate enthalten sind. Damit wird den saisonalen Auftragsschwankungen im Gartenbau Rechnung getragen. Zudem ist zu beachten, dass aufgrund korrigierter Einkommenszahlen von Januar bis Juli 2015 (Urk. 51/1) und eines tieferen Bedarfs die Unterhaltsverpflichtung für die 1. Phase der Übergangsfrist (März 2015 bis August 2015) auf Fr. 780.– pro Kind anzuheben ist und dem Gesuchsteller im heutigen Zeitpunkt bis zum 1. März 2016 nur noch wenig Zeit zur Steigerung des Einkommens zur Verfügung steht.

Der Gesuchsteller ist damit in Abänderung der Dispositiv-Ziffer 4.3 lit. d Abs. 2 des begründeten Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 4. Juli 2014 (EE140040-I) zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin für die Zeit rückwirkend ab 1. März 2015 bis 29. Februar 2016 monatliche Beiträge an die Kosten der drei Kinder von je Fr. 780.– und ab 1. März 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens von je Fr. 800.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen. Die in Dispositiv-Ziffer 4.3 lit. e des begründeten Eheschutzurteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 4. Juli 2014 festgehaltene Unterhaltspflicht des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin persönlich ist rückwirkend ab 1. März 2015 bis zum 29. Februar 2016 zu sistieren bzw. auf Fr. 0.– festzusetzen. Der Gesuchsteller ist zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin nach Beendigung der Sistierung persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 400.– zu bezahlen. Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils vom 10. April 2015 betreffend Arbeitslosenversicherung ist ersatzlos aufzuheben, nachdem das Amt für Wirtschaft und Arbeit mit Verfügung vom 22. Mai 2015 einen Anspruch des Gesuchstellers auf Arbeitslosenentschädigung verneinte (Urk. 49 S. 11, Urk. 51/8), was seitens der Gesuchsgegnerin unbestritten blieb (Urk. 53 S. 6).

#### IV.

1.1. Der Gesuchsteller beansprucht auch für das Berufungsverfahren das Armenrecht (Urk. 49 S. 2). Eine gesuchstellende Partei hat dann Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Es besteht ein Anspruch auf Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der gesuchstellenden Partei notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten geht der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch vor; sowohl in eherechtlichen Verfahren (BGE 119 Ia 11 E. 3a) als auch in Prozessen mit Dritten (BGE 85 I 1 E. 3; BK ZPO I-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 117 bis 123 N 49 mit weiteren Hinweisen). Mit Blick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Prozesskostenbevorschussung gegenüber dem anderen Ehegatten um eine Obliegenheit, deren Verletzung dazu führen kann, dass die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird (BGer 4A\_412/2008 vom 27. Oktober 2008, E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Mit anderen Worten kann einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nur entsprochen werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass ein verheirateter Gesuchsteller vom anderen Ehegatten keinen Prozesskostenvorschuss verlangen kann. Solange hierüber Ungewissheit besteht, gilt er nicht als mittellos (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 38).

Vor Berufungsinstanz begründet der Gesuchsteller sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege damit, dass ihm diese bereits vor Vorinstanz gewährt worden sei. Die finanziellen Verhältnisse hätten sich zwischenzeitlich nicht verändert. Es könne deshalb auf die entsprechenden Ausführungen vor und von der Vorinstanz verwiesen werden. Sodann verfüge er nach wie vor über kein flüssiges Vermögen – sein einziges Konto bei der Credit Suisse weise mittlerweile sogar einen Negativsaldo aus – und ein Prozesskostenbeitrag der Gesuchsgegnerin sei gemäss Vorinstanz ebenfalls nicht erhältlich (Urk. 49 S. 13).

Der rechtskundig vertretene Gesuchsteller hat seine Prozessarmut nicht belegt, obwohl er seinen Antrag vor Berufungsinstanz umfassend begründen müsste (vgl. dazu BGer 4A\_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.1 und 4.3.2). Auch vor Vorinstanz hat es sich der Gesuchsteller in dieser Hinsicht einfach gemacht und auf eine Begründung verzichtet (vgl. Urk. 1). Die vom Gesuchsteller vorgelegte Steuererklärung 2013 weist für beide Parteien ein Wertschriftenvermögen von immerhin Fr. 212'635.– aus (Urk. 14/14). Vor Vorinstanz hatte der Gesuchsteller geltend gemacht, das gesamte eheliche Vermögen der Parteien befinde sich im Besitze der Gesuchsgegnerin (Urk. 16 S. 10). Im Jahr 2014 wurden die Parteien getrennt besteuert; die Gesuchsgegnerin versteuerte damals noch ein Wertschriftenvermögen von Fr. 109'402.– (Urk. 12/24). Dieser starke Vermögensrückgang auf Seiten der Gesuchsgegnerin stützt die Behauptung des Gesuchstellers nicht. Er selber reichte seine Steuererklärung 2014 dem Gericht nicht ein. Damit gelingt dem Gesuchsteller die Glaubhaftmachung seiner Mittellosigkeit nicht. Einerseits dokumentierte er seine eigene Mittellosigkeit ungenügend, andererseits ist auch nicht klar, ob er von der Gesuchsgegnerin einen Prozesskostenvorschuss hätte erhältlich machen können. Der anwaltlich vertretene Gesuchsteller, der nicht als unbeholfen geltend kann (BGE 120 Ia 179 E. 3a; BGer 5P.455/2004 vom 10. Januar 2005, E. 2.1), wurde vom Vorderrichter jedenfalls auf die Rechtsprechung zur familienrechtlichen Beistandspflicht hingewiesen (Prot. S. 10). Der Vorderrichter glaubte der Gesuchsgegnerin, dass sie – drei Monate, nachdem sie per 31. Dezember 2014 ein Wertschriftenvermögen von Fr. 109'402.– versteuert hatte – nur noch über ein Barvermögen von Fr. 35'000.– verfügt haben soll. Selbst die Vorinstanz erwog aber, dass das Vermögen der Gesuchsgegnerin eher hoch sei (Urk. 32 S. 22, Prot. I S. 22). Der Gesuchsteller durfte somit vor Berufungsinstanz nicht einfach darauf verzichten, von der Gesuchsgegnerin keinen Prozesskostenvorschuss zu verlangen. Anders wäre die Situation nur zu beurteilen, wenn klar wäre, dass die Gesuchsgegnerin mittellos ist. Sein Gesuch, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, ist somit abzuweisen.

2.1. Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte; die Parteientschädigungen wurden wettgeschlagen (Urk. 32 S. 23 f.). Die Gesuchsgegnerin fordert, die Gerichtskosten von Fr. 3'000.– für das erstinstanzliche Verfahren seien bei ihrem Obsiegen dem Gesuchsteller vollumfänglich aufzuerlegen, und er sei zu einer angemessenen Parteientschädigung zu verpflichten (Urk. 31 S. 12 f. und Urk. 53 S. 9).

Die von der Vorinstanz festgesetzten Gerichtskosten von Fr. 3'000.– sind ausgangsgemäss dem Gesuchsteller zu 3/4 (jedoch zufolge der ihm vor Vorinstanz gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen) und der Gesuchsgegnerin zu 1/4 aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zudem ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine auf 1/2 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist in Anwendung von § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3 und § 11 der AnwGebV auf Fr. 5'000.– (8 % Mehrwertsteuer inbegriffen) festzusetzen.

2.2. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das Berufungsverfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5, 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des Streitwertes von Fr. 8'220.–, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– angemessen. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind nach dem Verfahrensausgang zu verteilen (ZR 84 Nr. 41; Art. 106 ZPO). Ausgangsgemäss sind die Gerichtsgebühren des Berufungsverfahrens dem Gesuchsteller zu 1/3 und der Gesuchsgegnerin zu 2/3 aufzuerlegen. Die Gesuchsgegnerin ist zudem zu verpflichten, dem Gesuchsteller eine auf 1/3 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Die volle Prozessentschädigung ist gemäss § 2, § 5, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 und § 13 der AnwGebV auf Fr. 2'500.– (8 % MwSt. inbegriffen) festzulegen.

**Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 10. April 2015 am 6. Juni 2015 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch des Gesuchstellers, es sei ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen, wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Der Gesuchsteller wird in Abänderung der Dispositiv-Ziffer 4.3 lit. d Abs. 2 des begründeten Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 4. Juli 2014 (EE140040-I) verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für die Zeit rückwirkend ab 1. März 2015 bis 29. Februar 2016 monatliche Beiträge an die Kosten der drei Kinder C. \_\_\_\_\_, D. \_\_\_\_\_ und E. \_\_\_\_\_ von je Fr. 780.– und ab 1. März 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens von je Fr. 800.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen) zu bezahlen.
2. Die in Dispositiv-Ziffer 4.3 lit. e des begründeten Eheschutzurteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 4. Juli 2014 festgehaltene Unterhaltspflicht des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin persönlich wird rückwirkend ab 1. März 2015 bis zum 29. Februar 2016 sistiert bzw. auf Fr. 0.– festgesetzt.  
Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin ab 1. März 2016 für die weitere Dauer des Getrenntlebens persönliche monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 400.– zu bezahlen.

3. Dispositiv-Ziffer 3 des vorinstanzlichen Urteils vom 10. April 2015 betreffend Arbeitslosenversicherung wird ersatzlos aufgehoben.
4. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– wird zu 3/4 dem Gesuchsteller und zu 1/4 der Gesuchsgegnerin auferlegt.  
Die dem Gesuchsteller auferlegten Kosten werden zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Gesuchsteller wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller zu 1/3 und der Gesuchsgegnerin zu 2/3 auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin den geleisteten Vorschuss im Betrag von Fr. 666.65 zu ersetzen.
7. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
8. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 833.35 zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.  
  
Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
10. 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 Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 8'220.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 27. Januar 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. E. Iseli

versandt am:  
se