

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler.

Beschluss und Urteil vom 13. Februar 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Abänderung vorsorglicher Massnahmen, Prozessbeistand nach Art. 299 ZPO)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 22. Oktober 2012; Proz. FE120007

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit 1987 verheiratet und sind Eltern der vier gemeinsamen Kinder C._____ (geb. tt.mm.1991), D._____ (geb. tt.mm.1994), E._____ (geb. tt.mm.1997) und F._____ (geb. tt.mm.1999; vgl. act. 4/3/13-14).

Am 5. Februar 2010 schlossen die Parteien beim Eheschutzgericht am Bezirksgericht Bülach eine Eheschutzvereinbarung, gemäss welcher der heutige Beklagte und Berufungskläger (fortan Beklagter) der heutigen Klägerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) Unterhaltsbeiträge wie folgt bezahlte: je Fr. 900.00 zuzüglich Kinderzulagen für die drei damals noch unmündigen Kinder D._____, E._____ und F._____, sowie Fr. 1'200.00 für die Beklagte persönlich (act. 4/3/2).

Mit Verfügung vom 9. September 2010 wurde die erwähnte Vereinbarung sodann durch das Eheschutzgericht gestützt auf eine weitere Vereinbarung der Parteien abgeändert und wurden die Unterhaltsbeiträge auf je Fr. 750.00 für die drei unmündigen Kinder (zuzüglich Kinderzulagen) und Fr. 480.00 für die Beklagte persönlich reduziert (act. 4/3/3).

2. Seit dem 9. Januar 2012 stehen sich die Parteien vor der Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren gegenüber (act. 4/1). Anlässlich der Einigungsverhandlung und Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 27. Februar 2012 schlossen die Parteien eine Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen und Abänderung der Eheschutzvereinbarung vom 9. September 2010. Dabei stellten die Parteien fest, dass der Beklagte ab Mitte Januar 2012 infolge Aussteuerung keine Taggelder der Arbeitslosenversicherung mehr erhalten würde, und rechneten ihm ab 1. August 2012 ein hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 3'900.00 an. Ausgehend davon einigten sich die Parteien darauf, die an die Klägerin zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeiträge wie folgt zu reduzieren: Für die Zeit von Januar 2012 bis und mit Juli 2012 sollte der Beklagte danach Fr. 225.00

je unmündiges Kind zuzüglich Kinderzulagen bezahlen (ab mm.2012 entfiel dabei der Unterhaltsbeitrag für den ab dann mündigen Sohn D.____). Ab 1. August 2012 sollten sich die Unterhaltsbeiträge sodann auf je Fr. 650.00 zuzüglich Kinderzulagen für E.____ und F.____ erhöhen.

Ferner stellten die Parteien fest, dass der Beklagte zur Bezahlung persönlicher Ehegattenunterhaltsbeiträge nicht in der Lage sei. Für den Fall, dass das Einkommen des Beklagten bestimmte Beträge überschreiten würde, sahen die Parteien eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge vor (Vi-Prot. S. 6 ff., act. 4/18).

Die Vorinstanz genehmigte die Vereinbarung vom 27. Februar 2012 mit Verfügung vom 2. April 2012 (act. 4/26).

3. Mit Eingabe vom 25. Juli 2012 beantragte der Beklagte vor Vorinstanz, die Verfügung vom 2. April 2012 sei dahingehend abzuändern, dass ihm kein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei und er daher für die Kinder E.____ und F.____ ab 1. August 2012 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens keine Unterhaltsbeiträge zu bezahlen habe (act. 4/47).

Mit Verfügung vom 22. Oktober 2012 wies die Vorinstanz das Abänderungsbegehren des Beklagten ab (act. 4/60 = act. 5). Die Verfügung wurde der Rechtsvertreterin des Beklagten am 29. Oktober 2012 zugestellt (act. 4/61).

4. Mit Eingabe vom 6. November 2012, gleichentags der Post übergeben, erhob der Beklagte rechtzeitig Berufung gegen die Verfügung vom 22. Oktober 2012 und liess die folgenden Anträge stellen (act. 2 S. 2):

- "1. Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 22. Oktober 2012 betreffend vorsorgliche Massnahmen (FE120007-C) sei aufzuheben und es sei in Abänderung der Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 2. April 2012 betreffend vorsorgliche Massnahmen (FE120007-C) dem Berufungskläger mit Wirkung ab 1. August 2012 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens kein Einkommen anzurechnen und es sei die Pflicht des Berufungsklägers zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die beiden Kinder E.____ und F.____ mit Wirkung ab 1. August 2012 und für die weitere Dauer des Verfahrens aufzuheben;

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten."

Zudem stellte die Rechtsvertreterin des Beklagten den folgenden prozessualen Antrag (act. 2 S. 2):

"Dem Berufungskläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

5. Mit Beschluss vom 28. November 2012 gewährte die Kammer dem Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege und bestellte seine Rechtsvertreterin als Rechtsbeiständin. Gleichzeitig setzte die Kammer der Klägerin die Frist zur Erstattung der Berufungsantwort an (act. 6). Der Beschluss wurde der Klägerin am 30. November 2012 zugestellt (act. 7/2).

6. Mit Eingabe vom 10. Dezember 2012, gleichentags der Post übergeben, erstattete die Klägerin rechtzeitig die Berufungsantwort. Dabei beantragte sie was folgt (act. 14 S. 2):

"In materieller Hinsicht:

1. Der Antrag um Abänderung der mit Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 2. April 2012 festgelegten vorsorglichen Massnahmen sei vollumfänglich abzuweisen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. 8.0 % MwSt) zulasten des Berufungsklägers.

In prozessualer Hinsicht:

2. Der Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person des unterzeichneten Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Die Berufungsantwort wurde dem Beklagten zugestellt (act. 17).

7. Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 4/1-63). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Vorbemerkungen:

1.1 Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist nur die Unterhaltspflicht des Beklagten. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010, E. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert (Fr. 10'000.00, Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Nach der Vereinbarung vom 27. Februar 2012, deren Abänderung die Vorinstanz ablehnte, sind ab dem 1. August 2012 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge für die beiden unmündigen Kinder E. _____ und F. _____ von je Fr. 650.00 zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen (vgl. vorne I./2.). Der Beklagte beantragt dagegen, es seien ab 1. August 2012 keine Unterhaltsbeiträge mehr festzusetzen. Dies ergibt auf eine geschätzte verbleibende Verfahrensdauer von 18 Monaten (das Verfahren vor der Vorinstanz ist bereits relativ weit fortgeschritten) einen Streitwert von Fr. 23'400.00 (vgl. dazu Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 92 N 7).

1.2 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über umfassende Kognition. Sie kann auch Ermessensentscheide überprüfen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 5 f.).

Der Berufungskläger hat sich mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Aus den Beanstandungen muss für die Berufungsinstanz erkennbar hervorgehen, inwiefern der angefochtene Entscheid nach der Auffassung des Berufungsklägers falsch sein soll (BK ZPO-Sterchi, Art. 311 N 19 f.).

1.3 Nach Art. 276 Abs. 1 ZPO sind für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB sind die Vorschriften über das summarische Verfah-

ren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO massgeblich, unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO (Art. 271 lit. a ZPO).

1.4 Gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen, wenn in familienrechtlichen Verfahren über Kinderbelange zu entscheiden ist (Untersuchungsgrundsatz). Dies ändert indes nichts an den Mitwirkungspflichten der Parteien bei der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhalts (BK ZPO-Spycher, Art. 296 N 7; FamKomm Scheidung-Schweighauser, 2. Auflage 2011, Anh. ZPO Art. 296 N 11).

Der unbeschränkte Untersuchungsgrundsatz in diesem Sinne führt (entgegen der Rechtslage bei eingeschränkter Untersuchungsmaxime) nach der Praxis der Kammer in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO zur unbeschränkten Zulässigkeit von Noven bis zur Urteilsberatung auch im Berufungsverfahren (vgl. OGer ZH NG120001 vom 16. August 2012, E. II./7.4.2). Die Praxis des Bundesgerichts nach BGE 138 III 625 zum beschränkten Untersuchungsgrundsatz wird auf solche Fälle nicht übertragen.

2. Zur Zulässigkeit der Abänderung der Unterhaltsbeiträge gemäss Verfügung vom 2. April 2012:

2.1 Das vorliegende Massnahmeverfahren betrifft die Abänderung einer gerichtlichen Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen, die in einem früheren Stadium des Scheidungsverfahrens getroffen wurde. Vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens gemäss Art. 276 ZPO können abgeändert werden, wenn eine wesentliche und dauernde Änderung der dem Entscheid zugrunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse (Entscheidgrundlagen) eingetreten ist. Eine Neuurteilung ist ferner dann zulässig, wenn das Gericht bei Erlass der Massnahme wesentliche Tatsachen nicht gekannt hat oder wenn es feststellt, dass es die Verhältnisse unzutreffend gewürdigt hat (FamKomm Scheidung/Leuenerberger, 2. Auflage 2011, Band II, N 8 f. zu Art. 276 ZPO).

2.2 Die Vorinstanz bejahte die grundsätzliche Möglichkeit der Abänderung des auf einer Parteivereinbarung beruhenden Entscheids und damit die Überprü-

fung des damals angerechneten hypothetischen Einkommens (act. 5 S. 7 f.). Dies ist nachvollziehbar. Dem Unterhaltsschuldner, dem in einem früheren Entscheid ein hypothetisches Einkommen angerechnet wurde, steht nach Lehre und Praxis des Bundesgerichts der Nachweis offen, dass er dieses Einkommen trotz aller Anstrengungen nicht zu erreichen vermochte. Sowohl die Lehre als auch das Bundesgericht sprechen dabei explizit vom "Nachweis" bzw. von "prouver" (Fam-Komm Scheidung-Vetterli, 2. Auflage 2011, Art. 179 ZGB N 2; BGer 5P.387/2002 vom 27. Februar 2003 E. 3.1, 3.2 [betreffend Kindesunterhalt]). Auch wenn im summarischen Verfahren kein strikter Beweis zu verlangen ist, so zeigt dies doch, dass an die Glaubhaftmachung der unternommenen Anstrengungen hohe Anforderungen zu stellen sind.

2.3 Auf die Kritik der Klägerin an dieser Auffassung und auf das geltend gemachte Rechtsmissbrauchsargument (act. 14 S. 5 f.) braucht nicht weiter eingegangen zu werden. Das Abänderungsbegehren des Beklagten ist, wie nachfolgend gezeigt wird, nach Massgabe der vorstehend geschilderten Praxis auch dann abzuweisen, wenn es als zulässig betrachtet wird.

3. Zum Abänderungsgrund:

3.1 Hauptthematik des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, welches Einkommen der Beklagte erzielen kann. Daher ist auf die berufliche Vorgeschichte des Beklagten einzugehen:

Der Beklagte ist nach seiner eigenen Schilderung in G._____ aufgewachsen, wo er die üblichen Schulen besuchte. Danach war er als Hilfskoch, als Mechaniker in einer Autogarage, als Busfahrer sowie als Leiter einer Diskothek tätig. 1984 zog er von G._____ nach H._____. Dort begann er innerhalb einer Freikirche eine Ausbildung zum Pastor. Es folgte ein Praktikumsjahr und die Hochzeit der Parteien, die 1989 nach I._____ zogen. Dort übte der Beklagte zunächst verschiedene Hilfstätigkeiten aus, insbesondere auf dem Bau. Ab 1991 vollendete der Beklagte die Ausbildung zum Pastor innerhalb einer Freikirche und arbeitete in der Folge im freikirchlichen Bereich. 2007 zogen die Parteien in die Schweiz, wo der Beklagte als Pastor bei der J._____gemeinde [Religionsgemeinschaft] in

K._____ tätig war. Die entsprechende Stelle verlor er infolge Kündigung per Ende Juni 2010 (act. 4/41 S. 13, act. 2 S. 10 f.). Seither ist der Beklagte arbeitslos und auf Stellensuche (act. 2 S. 12, act. 4/7/15).

Die Unterhaltsbeiträge gemäss den eingangs geschilderten Eheschutz- und Massnahmeverfügungen wurden zunächst an die vom Beklagten bezogenen Arbeitslosenversicherungsleistungen angepasst und daraufhin, nach deren Auslaufen im Januar 2012, für eine Übergangszeit weiter reduziert. Dies führte zur geschilderten Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 3'900.00 netto ab 1. August 2012.

3.2 Nach dem vorstehend Ausgeführten (vgl. II./2.) können die Unterhaltsbeiträge gemäss Verfügung vom 2. April 2012 reduziert und kann von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens abgesehen werden, wenn der Beklagte glaubhaft zu machen vermag, dass er dieses Einkommen trotz aller Anstrengungen nicht zu erreichen vermochte. Massgeblich sind dabei die Anstrengungen, die dem Beklagten in der konkreten Situation zumutbar sind.

Die Klägerin verweist dazu mit Recht darauf, dass mit Blick auf Unterhaltsansprüche unmündiger Kinder besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind (act. 14 S. 8; BGE 137 III 118). Danach können die im Zusammenhang mit der Arbeitslosenversicherung geltenden Kriterien nicht unbesehen übernommen werden. Namentlich ist die Tatsache, dass der Beklagte arbeitslos war und trotz entsprechender Bemühungen keine Stelle fand, kein Beweis dafür, dass es ihm tatsächlich nicht möglich ist, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Der Beklagte hat auch Erwerbsmöglichkeiten in Betracht zu ziehen, die keine abgeschlossene Berufsausbildung erfordern und sich im Tieflohnbereich befinden.

3.3 Zunächst hält die Vorinstanz fest, der Beklagte habe sich im Schnitt für 12 Stellen pro Monat beworben, was nicht als aussergewöhnlich bezeichnet werden könne (act. 5 S. 8). Der quantitative Umfang der Bemühungen entsprach somit nach der Einschätzung der Vorinstanz bereits einem Minimum und erreichte

den angesichts der Unterhaltspflicht für unmündige Kinder geforderten Grad der Bemühungen nur knapp.

3.3.1 Der Beklagte verweist in der Berufungsbegründung auf weitere Bewerbungen in der Zeit ab August 2012 (act. 2 S. 6 f.). Danach erfolgten im August 2012 nach dem eingereichten "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen) insgesamt 12 Bewerbungen bei Personalvermittlungsbüros sowie auf Stellen im Strassenbau, als Bauarbeiter und als Maschinist (act. 3/7). Weitere drei Bewerbungen reichte der Beklagte in diesem Monat für Pastorenstellen ein (act. 3/3, 3/4, 3/6).

Das handschriftliche und zum Teil schwer leserbare Dokument "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" ist indessen wenig geeignet, um angemessene Suchbemühungen darzutun. Einige Bewerbungen erfolgten danach offenbar bloss telefonisch, und bei anderen geht aus diesem Dokument nicht hervor, ob und wie sich der Beklagte um die entsprechende Stelle angemessen bemühte.

Der Beklagte hat von den für den Monat August 2012 geltend gemachten Suchbemühungen insgesamt 8 Bewerbungen eingereicht. Bei dreien davon handelt es sich um die erwähnten Bewerbungen auf Pastorenstellen und bei den weiteren fünf um Bewerbungen als Strassenbauer (act. 3/3, 3/4, 3/6, 3/9-13).

Für den September 2012 ergeben sich aus dem "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" insgesamt vier Bewerbungen, die der Beklagte auch im Einzelnen nachwies. Eine Bewerbung betraf eine Stelle als Hilfgärtner, eine weitere eine Stelle als "Gruppenleiter in Liegenschaft", zudem bewarb sich der Beklagte als Lagermitarbeiter und als Hauswart (act. 3/7 sowie act. 3/14-17).

Zum Monat Oktober 2012 verweist der Beklagte sodann auf 9 Bewerbungen, eine davon telefonisch, 8 weitere schriftlich, an verschiedene Stellen als Hauswart, Lagermitarbeiter, Bauarbeiter, Hilfgärtner und Filialmitarbeiter bei T._____ (act. 3/7, act. 3/18-25).

3.3.2 In den Monaten August 2012 bis Oktober 2012 hat der Beklagte somit insgesamt 28 Bewerbungen aufgezeigt. Auch wenn dabei die erwähnten Vorbehalte an den Nachweis der Bemühungen (einige bloss telefonische "Bewerbungen", einige Bewerbungen, die lediglich mit dem schwer lesbaren Dokument "Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen" aufgezeigt werden) ausser Acht gelassen werden, ergibt sich ein Durchschnitt von lediglich 9 Bewerbungen pro Monat.

Der Beklagte verweist dazu auf Lücken in Zeiten, in welchen er krank gewesen sei (4 Tage im August) bzw. Ferien hatte (eine Woche im August, eine Woche im Oktober 2012; vgl. act. 2 S. 6). Der blosser Hinweis auf Krankheit, ohne jede Angabe, um was für ein Leiden es sich gehandelt habe und ob etwa eine ärztliche Behandlung beigezogen werden musste, ist indessen nicht genügend. Angesichts der geschilderten Anforderungen an die vorzunehmenden Suchbemühungen liegen sodann zwei Wochen Ferien in dieser Zeitperiode am oberen Rand des Angemessenen. Dass der Beklagte in der entsprechenden Zeitperiode zudem im Rahmen von Sozialprogrammen engagiert war (vgl. act. 2 S. 7 f., act. 3/8), mag zutreffen. Dies entbindet den Beklagten jedoch nicht davor, sich allenfalls auch einmal in der Freizeit mit der Stellensuche zu beschäftigen.

Der quantitative Umfang der Suchbemühungen des Beklagten liegt damit angesichts der geschilderten hohen Anforderungen an die Ausschöpfung der Erwerbskraft am unteren Rand dessen, was noch als angemessen betrachtet werden kann.

3.4 Sodann legt die Vorinstanz dem Beklagten zur Last, seine nachgewiesenen Arbeitsbemühungen seien qualitativ verbesserungsfähig. Im Einzelnen geht es um die folgenden Mängel:

3.4.1 Zunächst hält die Vorinstanz fest, der Beklagte habe sich nur vereinzelt und erst seit kurzem die Zeit genommen, auf die spezifischen Stelleninserate zugeschnittene Motivationsschreiben zu verfassen. Demgegenüber seien die meisten E-Mails für Pastorenstellen ausgesprochen kurz, während in den Motiva-

tionsschreiben für den Strassen- und Gartenbau meist kein Bezug zum Inserat oder Anforderungsprofil hergestellt werde (act. 5 S. 8).

Der Beklagte hält dem entgegen, er habe den E-Mails, mit welchen er sich um Pastorenstellen beworben habe, jeweils seine längeren Motivationsschreiben als Anhänge angefügt (act. 2 S. 8). Allerdings unterliess es der Beklagte auch im Berufungsverfahren, die entsprechenden Motivationsschreiben einzureichen. Aus den vorgelegten Ausdrucken von E-Mails geht zwar hervor, dass bestimmte Anhänge mitgeschickt wurden (act. 4/48/7, 4/48/8, 4/48/16, 4/48/17: je "Bewerbung als Pfarrer", "Dossier", "Zeugnisse"). Ob es sich dabei jeweils um auf die spezifischen Stelleninserate zugeschnittene Motivationsschreiben handelte, lässt sich jedoch nicht feststellen. Etwa bei den Bewerbungen vom 29. Mai 2012, 15. Juni 2012 und 26. Juni 2012 (act. 4/48/8, 4/48/16, 4/48/17) wurde je dieselbe Datei "Bewerbung las Pfarrer.odt" angehängt. Dies spricht (auch angesichts der unterbliebenen Korrektur des Schreibfehlers "las" statt "als") eher gegen die Annahme, es habe sich dabei jedes Mal um ein für die spezifische Stelle verfasstes Motivationsschreiben gehandelt. Die entsprechende Schilderung des Beklagten erscheint daher nicht glaubhaft.

Zu den Bewerbungen im Strassenbau macht der Beklagte sodann geltend, er habe sich zum Teil auch blind beworben. Die Ernsthaftigkeit von Blindbewerbungen kann zwar entgegen der Klägerin (act. 14 S. 14) nicht ohne weiteres hinterfragt werden. Die Vorinstanz verweist indes zutreffend darauf, dass der Beklagte bei verschiedenen Bewerbungen für den Strassen- oder Gartenbau als primäres Wunschtätigkeitsgebiet "Sicherheitsdienst / Kundenbetreuung" angab (act. 5 S. 8). Es mag zwar grundsätzlich bei einer an eine Personalvermittlungsunternehmung gerichteten Bewerbung angehen, neben der Bewerbung auf die konkret interessierende Stelle auch Hinweise auf andere gewünschte Tätigkeitsbereiche anzubringen (act. 2 S. 9). Der Beklagte hat indessen den Hinweis auf das Wunschtätigkeitsgebiet "Sicherheitsdienst / Kundenbetreuung" immer wieder bei Bewerbungen angebracht, auch wenn es sich dabei um ausgeschriebene Stellen als Strassenbauer oder Bauarbeiter handelte (etwa act. 4/48/2-5, 4/48/9, 4/48/15, 4/48/19-20; vgl. auch act. 14 S. 10). Die demnach immer wieder verwendeten

Formulierungen, die sich oft nicht auf die ausgeschriebene Stelle bezogen, sind ein Anzeichen für einen erheblichen Mangel an Sorgfalt bei der Redaktion der Bewerbungen.

3.4.2 Weiter wirft die Vorinstanz dem Beklagten vor, er habe die Bewerbung als Aufseher bei der Justizvollzugsanstalt L. _____ trotz ausdrücklichem Hinweis nicht handschriftlich verfasst (act. 5 S. 8). Der Beklagte hält dem entgegen, beim eingereichten Dokument (act. 4/48/24) handle es sich nur um einen am PC erstellten Entwurf, den er in der Folge handschriftlich verfasst habe. Er habe es lediglich unterlassen, für das Gerichtsverfahren eine Kopie der handschriftlichen Bewerbung zu erstellen. Das eingereichte, nicht unterzeichnete Bewerbungsschreiben enthält in der Tat den handschriftlichen Vermerk "Bewerbung per Handschrift" (act. 4/48/24). Es erscheint indessen nicht naheliegend, dass der Beklagte dieses Dokument vollständig als Entwurf verfasste, Adressen einfügte und sogar den Text formatierte, um das Schreiben danach handschriftlich zu verfassen. Angesichts des zum damaligen Zeitpunkt (die Bewerbung datiert vom 5. Juli 2012) bereits näher rückenden Termins der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens musste dem anwaltlich vertretenen Beklagten klar sein, dass er, um die Anrechnung des höheren Einkommens abzuwenden, seine Suchbemühungen würde glaubhaft machen müssen. Selbst wenn der Beklagte die Bewerbung tatsächlich nach Erstellung des Entwurfs per Handschrift einreichte, geht das Versäumnis, von der handschriftlichen Bewerbung eine Kopie zuhanden des Gerichts zu erstellen (act. 2 S. 9), zu seinen Lasten. Dass der Beklagte die Bewerbung wie verlangt handschriftlich einreichte, erscheint daher nicht glaubhaft. Somit ist auch bei dieser Bewerbung von einem unsorgfältigen, unbedachten Vorgehen des Beklagten auszugehen.

3.4.3 Als Nächstes verweist die Vorinstanz auf verschiedene Orthographiefehler und andere Flüchtigkeitsfehler, die dem Beklagten bei seinen Bewerbungen unterlaufen seien. So habe er etwa falsche Jahreszahlen angegeben oder die Namen der angesprochenen Personen falsch geschrieben (act. 5 S. 8).

Der Beklagte bestreitet nicht, dass ihm diese Fehler unterlaufen sind. Er verweist darauf, er sei in G. _____ aufgewachsen und habe nie in einer Schule

deutsch gelernt. Er sei daher tatsächlich in orthographischer und grammatikalischer Hinsicht nicht perfekt. Zudem sehe er nur auf einem Auge, da bei einem Unfall sein Sehnerv durchtrennt worden sei. Dies erkläre Flüchtigkeitsfehler. Er sei mit seinen individuellen und tatsächlichen Eigenschaften offensichtlich nicht in der Lage, bessere Bewerbungsschreiben zu verfassen. So, wie er nun einmal sei, mit seinen Fähigkeiten und seinen Defiziten, sei es ihm faktisch nicht möglich, ein Einkommen zu erzielen (act. 2 S. 9 f.).

Die Klägerin erklärt zu Recht, Bewerbungsschreiben würden den Türöffner zu einer potentiellen Arbeitsstelle darstellen (act. 14 S. 10). Es ist daher im Rahmen der vom Beklagten zu erwartenden Suchbemühungen von entscheidender Bedeutung, dass er seine Bewerbungsschreiben sorgfältig verfasst.

Was die Vorinstanz dem Beklagten dabei zur Last legt, sind weniger sprachliche Feinheiten, etwa grammatikalisch falsche Formulierungen, sondern vielmehr grobe Unsorgfalt und Unbedachtsamkeit, wenn der Beklagte etwa Namen von Ansprechpartnern falsch schreibt oder Jahreszahlen verwechselt. So teilte beispielsweise der Ansprechpartner beim Treffpunkt ... Gemeinde M._____ dem Beklagten auf seine Bewerbung für eine Predigerstelle hin am 21. August 2012 mit, sein (des Ansprechpartners) Name sei nicht "N._____", sondern "O._____". Zudem wies Herr O._____ den Beklagten darauf hin, einer der zugesandten E-Mail-Anhänge sei leer gewesen (act. 3/6). In einer weiteren Bewerbung an die P._____ AG auf eine Stelle als Strassenbauer sprach der Beklagte sodann die Ansprechperson Frau Q._____ mit "Frau R._____" an (act. 3/10). Mangelhafte Grammatikkenntnisse und das Sehen auf nur einem Auge vermögen solche Unsorgfalt nicht zu erklären. Wer sich ernsthaft um eine Arbeitsstelle bemüht, hat sich bei der Redaktion von Bewerbungsschreiben zu bemühen. Die zuständige Person mit dem richtigen Namen anzusprechen und diesen Namen korrekt zu schreiben, ist dabei eine Grundvoraussetzung.

Nichts anderes gilt für die Verwendung falscher Jahreszahlen in Bewerbungsunterlagen. So weist der Beklagte in seinem (verbesserten) Lebenslauf darauf hin, er sei in den Jahren 1989 bis 1991 im Tiefbau/Strassenbau beschäftigt gewesen und davor von 1983 bis 1889 mit einem Theologiestudium in H._____

bzw. mit Praktika in Jugendarbeit (act. 4/48/1). Auch hier lässt der Beklagte die vorausgesetzte Sorgfalt bei der Redaktion von Bewerbungsunterlagen vermissen.

3.4.4 Die Klägerin verweist in diesem Zusammenhang auf das Vorgehen des Beklagten, dieselben Bewerbungsschreiben wiederzuverwenden und lediglich die Namen der angesprochenen Person zu ersetzen. Selbst bei sehr kurzen E-Mail-Bewerbungen habe der Beklagte immer wieder denselben falschen Text verwendet (act. 14 S. 11). Grundsätzlich mag es nicht abwegig sein, Bewerbungen nach einem Muster zu verfassen. Ein Minimum an Sorgfalt verlangt dabei aber, die Namen der Ansprechpersonen in derselben Schrift einzusetzen, in welcher die Bewerbung ansonsten verfasst wurde. Diese Sorgfalt lässt etwa die Bewerbung vom 25. Juli 2012 an die ...gemeinde S. _____ vermissen (act. 3/4). Zudem müsste ein offensichtlicher und elementarer Orthographiefehler wie "sher" statt "sehr", der einer Person mit begrenzten Sprachkenntnissen wie dem Beklagten vielleicht einmal unterlaufen kann, wenigstens nach mehrmaligem Verwenden desselben Textes auffallen und korrigiert werden. Dass der Beklagte denselben Fehler immer wieder machte (act. 4/48/16-17, 4/48/26), lässt nur den Schluss zu, dass er selbst kurze E-Mails aus früheren Bewerbungen unbesehen kopierte und diese sodann ohne ein auch nur einigermaßen umsichtiges Durchlesen an die Ansprechpersonen versandte.

Dasselbe Resultat folgt aus einer Betrachtung der im Berufungsverfahren neu eingereichten Bewerbungen: so enthalten sämtliche Bewerbungen für Stellen als Strassenbauer vom 9. August 2012 denselben offensichtlichen Schreibfehler "pike" statt "Pickel" (oder allenfalls "Pikel", wobei auch ein fehlendes "ck" nach mehrmaliger Verwendung einmal auffallen könnte – zumindest das fehlende "l" am Wortende müsste jedenfalls schon einer Person mit nur elementaren Deutschkenntnissen auffallen; vgl. act. 3/9-13). Auch hier hat der Beklagte offenkundig den identischen Text in allen Bewerbungen verwendet. In den zwei Bewerbungen act. 3/12-13 löschte er zudem beim Ersatz von "Strassenbauer" durch "Bauarbeiter" versehentlich am Satzende auch das Wort "gelesen". Dass im Satz *"Im Internet auf der RAV Seite habe ich von Ihrer Suche nach Bauarbeiter"* (act. 3/12-13) etwas fehlt (nämlich "gelesen"), hätte der Beklagte auf jeden Fall

erkennen müssen, wenn er seinen Text nach dessen Redaktion noch einmal durchgelesen hätte.

Als weiteres Beispiel für unsorgfältiges Vorgehen mit der Wiederverwendung derselben Bewerbungsvorlage unter Ersatz lediglich der konkret ausgeschriebenen Beschäftigung kann auf die Bewerbungen vom 30. und 31. Oktober 2012 verwiesen werden. Zunächst bewarb sich der Beklagte am 30. Oktober 2012 auf "mehrere offene Stellen" bei T. _____. Denselben Text verwendete der Beklagte in der Folge für zwei Bewerbungen vom 31. Oktober 2012 als Lagermitarbeiter. Beide betrafen jeweils *eine* offene Stelle. Durch Verwendung der Vorlage vom Vortag bewarb sich der Beklagte indes auch hier für mehrere offene Stellen (Mehrzahl; vgl. act. 3/23-25).

3.4.5 Sowohl betreffend sprachliche Probleme als auch betreffend Schwierigkeiten mit der sorgfältigen Redaktion von Bewerbungen ist dem Beklagten zu raten, gelegentlich eine Bewerbung von einem Dritten durchlesen zu lassen. Die Vorinstanz wies den Beklagten bereits am 27. Februar 2012 an der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen auf die Mängel hin. Der Beklagte erklärte darauf, er habe nun einen Bewerbungsexperten beigezogen (Vi-Prot. S. 17 f.). Der Beklagte verweist auch im Berufungsverfahren auf diesen Experten, allerdings ohne ihn namentlich zu nennen und etwa, mit Ausnahme des Hinweises auf die Erstellung des Bewerbungsfotos, zu konkretisieren, wie ihm der Experte geholfen habe (act. 2 S. 10).

Es geht vorliegend allerdings weniger um Detailfragen eines nach Vorgaben von Bewerbungsprofis optimal erstellten Bewerbungsdossiers, sondern um die elementare Sorgfalt bei der Redaktion solcher Unterlagen. Der Beizug eines Experten wäre dabei weniger geboten gewesen als die Inanspruchnahme der Hilfe einer Drittperson mit durchschnittlichen Sprachkenntnissen, welche schwerwiegende Fehler ohne weiteres erkannt hätte. Im Minimum könnte bereits ein zweites Durchlesen der erstellten Bewerbungen durch den Beklagten selber vor deren Versand solche grobe Unachtsamkeiten vermeiden. Dies gilt ganz unabhängig von den Sprachkenntnissen des Beklagten und von seiner Sehstärke. Angesichts der aufgezeigten Mängel liegt die Frage nahe, wie ernsthaft der Beklagte sich tat-

sächlich um den Erhalt einer Arbeitsstelle bemüht. Die Ansicht des Beklagten, er habe die Bewerbungen so gut verfasst, wie es ihm nur irgend möglich gewesen sei (act. 2 S. 4 ff., 10), lässt sich jedenfalls nicht aufrechterhalten.

3.5 Die Vorinstanz legt dem Beklagten weiter zur Last, dass er sich im Wesentlichen nur für Anstellungen betreffend pastorale Dienste oder Strassen-/ Gartenbau beworben habe. Es sei ihm, so die Vorinstanz weiter, nahezulegen, sich auch im Bereich Reinigungsarbeiten, Jugendarbeit oder vielleicht auch einmal als Hilfsmechaniker zu bewerben. Zudem habe er bisher keinen Versuch unternommen, seine Sprachkenntnisse als Übersetzer oder im Rahmen von Sprachunterricht zu nutzen (act. 5 S. 8).

3.5.1 Der Beklagte hat sich zunächst in relativ hohem Umfang für Stellen im freikirchlichen Bereich als Pastor beworben, zuletzt wie erwähnt im August 2012 auf drei solche Stellen (act. 2 S. 6). Dazu gibt der Beklagte in seinem Lebenslauf an, er habe in H. _____ von 1983 bis (recte) 1989 ein freikirchliches Theologiestudium absolviert. Der Hinweis des Beklagten, er habe als getrenntlebender Pastor bei Freikirchen angesichts deren strenger Moralvorstellungen Schwierigkeiten, ist nachvollziehbar und unbestritten (act. 2 S. 11, act. 14 S. 16). Hinzu kommen die vom Beklagten geltend gemachten "Anschwärzungen" der Klägerin bei der J. _____gemeinde K. _____ (act. 2 S. 12). Wie es sich damit genau verhält, kann vorliegend offen bleiben. Dessen ungeachtet sind Chancen des Beklagten in diesem Bereich angesichts seiner langjährigen Erfahrung als Pastor nicht vollends auszuschliessen, zumal der Beklagte offenbar zumindest ehrenamtlich nach wie vor bestimmte Tätigkeiten in Freikirchen übernehmen kann, so etwa im Zusammenhang mit Musik oder mit Übersetzungen (Vi-Prot. S. 15 f.).

3.5.2 Im Vergleich zu den Beanstandungen der Vorinstanz hat sich der Beklagte wie gesehen seit August 2012 neben weiteren Bewerbungen auf Stellen im Strassenbau oder als Bauarbeiter vereinzelt auch als Maschinist, Lagermitarbeiter oder Filialmitarbeiter von T. _____ beworben. Der Beklagte hat somit das Spektrum an Stellen, für welche er sich bewarb, etwas vergrössert.

Nach wie vor fehlen indes Bewerbungen im Bereich Jugendarbeit, obwohl der Beklagte nach seinem Lebenslauf über diesbezügliche Erfahrung verfügt (act. 4/48/1). Auch wenn der Beklagte keine entsprechende Fachausbildung vorweisen kann (act. 2 S. 10), ist die Möglichkeit, in diesem Bereich ein Einkommen zu erzielen, nicht vollends auszuschliessen, zumal der Beklagte in Bewerbungen für andere Stellen auf seine Erfahrung in der Begleitung von Menschen unterschiedlichster Altersgruppen verweist (act. 3/4).

Dasselbe gilt für das Fehlen von Bewerbungen im Übersetzerbereich (act. 2 S. 10). Auch hier verfügt der Beklagte nach seinen Angaben gegenüber der Vorinstanz und in seinem Lebenslauf über einige Erfahrung (Vi-Prot. S. 15 f., act. 4/48/1).

Schliesslich fehlen auch nach wie vor jegliche Bewerbungen für Stellen im Bereich Reinigungsarbeiten. Dass der Beklagte in diesem Arbeitsmarktsegment über keinerlei Erfahrung verfügt (act. 2 S. 10), schliesst die Möglichkeit, mit einer solchen Tätigkeit ein Einkommen zu erzielen, nicht aus. Nach dem eingangs Gesagten (vgl. II./3.2) wäre ihm dies auch zumutbar.

3.6 Insgesamt vermag der Beklagte mit den vorgelegten Nachweisen über seine Suchbemühungen nicht darzutun, dass er sich mit dem ihm zumutbaren Einsatz und der von ihm zu erwartenden Sorgfalt ernsthaft um den Erhalt einer Arbeitsstelle bemüht hat. Zudem ist der vorinstanzlichen Einschätzung zuzustimmen, dass hinsichtlich der für Bewerbungen ausgewählten Stellen Verbesserungspotential besteht (act. 5 S. 8). Daher ist nicht glaubhaft, dass es dem Beklagten faktisch nicht möglich sei, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Was sodann den Betrag des angerechneten hypothetischen Einkommens von Fr. 3'900.00 netto pro Monat betrifft, so ist festzuhalten, dass der Beklagte die grundsätzliche Möglichkeit, diesen Betrag in den von der Vorinstanz erwähnten Branchen zu erzielen (insbesondere im Strassen-/ Gartenbau, im Bereich Reinigungsarbeiten, Jugendarbeit, Hilfsmechaniker; vgl. im Weiteren vorne II./3.5), nicht bestritten hat. Der Beklagte war denn auch offenbar beim Abschluss der

Vereinbarung vom 27. Februar 2012 bereits dieser Ansicht. Auf den Betrag des hypothetischen Einkommens ist somit nicht weiter einzugehen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beklagte die in der vorliegenden Konstellation (Unterhalt unmündiger Kinder) geltenden, hohen Anforderungen an die Ausschöpfung seiner Erwerbskraft bzw. an die Suchbemühungen mit Blick auf eine Arbeitsstelle bislang nicht erfüllt hat. Eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge gestützt auf das Vorbringen, der Beklagte könne das ihm angerechnete hypothetische Einkommen tatsächlich nicht erzielen, muss daher im jetzigen Zeitpunkt unterbleiben.

4. Auf die weiteren Voraussetzungen der Abänderung von Unterhaltsbeiträgen (Dauerhaftigkeit und Wesentlichkeit des Abänderungsgrundes) ist danach nicht einzugehen.

Da der Beklagte keinerlei weitere Abänderungsgründe geltend machte, muss auch eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge unterbleiben.

Zusammenfassend ist das Abänderungsbegehren des Beklagten daher abzuweisen. Dies führt zur Abweisung der Berufung und zur Bestätigung des angefochtenen Entscheids.

III.

1. Es rechtfertigt sich, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden und nicht bis zum Endentscheid zuzuwarten (Art. 104 Abs. 3 ZPO). Ausgangsgemäss wird der Beklagte für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr richtet sich nach dem eingangs aufgezeigten Streitwert des Berufungsverfahrens von Fr. 23'400.00 sowie nach § 4 Abs. 1 bis 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Für die Bemessung der Par-

teientschädigung sind § 4 Abs. 1-3, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) massgeblich.

2. / 2.1 Wie eingangs erwähnt, hat der Beklagte für das Berufungsverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin gestellt, welches die Kammer mit Beschluss vom 28. November 2012 guthiess (vorne I./5.).

2.2 In der Berufungsantwort stellte auch die Klägerin ein entsprechendes Gesuch (vgl. vorne I./6. sowie act. 14 S. 17 f.).

Die Klägerin wird vom Sozialamt unterstützt (act. 15/3) und arbeitet als Hauswartin und Zeitungsverträgerin. Dabei erzielt sie ein Einkommen von monatlich ca. Fr. 600.00 bis 900.00 (act. 15/5-6), welches ihr als Zwischenverdienst an die Arbeitslosenentschädigung angerechnet wird (act. 15/7). Die Mittellosigkeit der Klägerin ist damit ausgewiesen. Zudem ist ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO). Daher ist der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person ihres Rechtsvertreters für das Berufungsverfahren ein Rechtsbeistand zu bestellen.

Die der Klägerin aufgrund ihres Obsiegens geschuldete Parteientschädigung steht infolge prozessrechtlicher Legalzession direkt ihrem unentgeltlichen Rechtsbeistand zu (ZK ZPO-Emmel, Art. 122 N 12).

Es wird beschlossen:

1. Der Klägerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung des Beklagten wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 22. Oktober 2012 (FE120007-C) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'600.00 festgesetzt.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt und infolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Rechtsbeistand der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 1'500.00 zuzüglich Fr. 120.00 (8 % MwSt. auf Fr. 1'500.00), total Fr. 1'620.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG, in einem Massnahmeverfahren im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 23'400.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: