

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130046-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzoberrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Beschluss und Urteil vom 24. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung / vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil vom 9. Dezember 2013; Proz. FE130066

**Urteil des Einzelgerichts in Zivil- und Strafsachen des
Bezirksgerichtes Hinwil vom 9. Dezember 2013:**

(act. 4)

- "1. In Abänderung der mit Verfügung des Einzelgerichts des Bezirks Hinwil vom 11. März 2011 (Geschäfts-Nr. EE100051) vorgemerkten und genehmigten Vereinbarung der Parteien über die Folgen ihres Getrenntlebens wird der Kläger mit Wirkung ab 1. Mai 2013 verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Verfahrens monatliche, im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'000.– zu bezahlen, nämlich je Fr. 1'000.– für die Kinder C._____ und D._____ sowie Fr. 1'000.– für die Beklagte persönlich.
Gesetzliche oder vertragliche Kinder- respektive Ausbildungszulagen, die der Kläger beziehen kann, sind zusätzlich zu bezahlen.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird mit der Hauptsache entschieden.

[3.-4. Mitteilung, Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

"Es sei die Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 9. Dezember 2013 aufzuheben und es sei der Berufungsbeklagte / Kläger zu verpflichten, der Berufungsklägerin / Beklagten ab dem 1. Mai 2013 für die Dauer des Scheidungsverfahrens im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von CHF 4'500.00 zu bezahlen, nämlich CHF 2'500.00 für die Berufungsklägerin / Beklagte persönlich und je CHF 1'000.00 für C._____ und D._____, zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinder- respektive Ausbildungszulagen, zu bezahlen,

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten des Berufungsbeklagten / Klägers."

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) erhob mit Eingabe vom 24. April 2013 vor dem Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen des Bezirksgerichtes Hinwil (Vorinstanz) eine Scheidungsklage gegen die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte; vgl. act. 5/1).

2. Am 9. Dezember 2013 gewährte die Vorinstanz zunächst beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege mit Bestellung ihrer Rechtsvertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände (act. 4 S. 17). Gleichentags erliess die Vorinstanz das eingangs erwähnte Urteil betreffend vorsorgliche Massnahmen. Dies geschah in Abänderung eines früheren Eheschutzentscheides zwischen den Parteien vom 11. März 2011 (act. 4 S. 17 f.).

Die Vorinstanz entsprach dabei teilweise dem Antrag des Klägers, der nach dem erwähnten Eheschutzentscheid noch Fr. 4'500.00 an Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin zu bezahlen hatte (je Fr. 900.00 pro Monat für die damals noch drei unmündigen Kinder der Parteien – die älteste Tochter ist mittlerweile volljährig – und Fr. 1'800.00 für die Beklagte persönlich, vgl. act. 5/3/1).

3. Am 21. Januar 2013, noch vor der Anhebung der eingangs erwähnten Scheidungsklage, hatte das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil bereits über ein Begehren auf Abänderung des Eheschutzentscheids vom 11. März 2011 entschieden (Geschäfts-Nr. EE120051). Der Entscheid vom 21. Januar 2013 wurde bei der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich angefochten, welche das Berufungsverfahren (Geschäfts-Nr. LE130011) am 13. Mai 2013 bis nach Durchführung der Einigungsverhandlung / Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren sistierte und den Parteien aufgab, vom Ausgang der Einigungsverhandlung / Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen ungesäumt Mitteilung zu machen (act. 5/15).

4. Die Beklagte erhob mit Eingabe vom 23. Dezember 2013 rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 9. Dezember 2013 und stellte den eingangs aufgezeigten Berufungsantrag (act. 2 S.2).

Im Weiteren ersuchte die Beklagte für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin in der Person ihrer Rechtsvertreterin (act. 2 S. 2).

5. Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens und diejenigen des Eheschutzverfahrens EE120051 wurden beigezogen (act. 5/1-49, 6/1-39). Von der Einholung einer Berufungsantwort wurde abgesehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

II.

1. Vorbemerkungen:

1.1 Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens über vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des Klägers. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010, E. 1).

Der Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Unter Berücksichtigung der strittigen Ehegattenunterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'500.00 pro Monat bei einer geschätzten Verfahrensdauer von zweieinhalb Jahren, gerechnet ab dem 1. Mai 2013, ergibt sich ein Streitwert von Fr. 45'000.00. Die Berufung (die schriftlich und begründet eingereicht wurde) ist somit zulässig.

1.2 Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung führende Partei hat sich in der Begründung ihrer Rechtsmittelanträge mit der Begründung des vorinstanzlichen Entscheides einlässlich auseinander zu setzen und hat an-

zugeben, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet. Dabei ist auf die Erwägungen des angefochtenen Entscheides Bezug zu nehmen. Dies gilt unabhängig davon, ob das entsprechende Verfahren unter der Herrschaft der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime steht. Ungenügend sind sowohl bloss Wiederholungen des vor erster Instanz Ausgeführten als auch Verweise auf die eigenen früheren Sachvorbringen. Ungenügend ist weiter jede bloss formelhafte Kritik an den erstinstanzlichen Erwägungen, wie z.B. diese seien falsch, rechtswidrig oder willkürlich, ohne dass zugleich dargetan wird, warum dem aus der Sicht der Partei so sein soll (ZR 110/2011 Nr. 80; OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012, E. II./1./1.1; vgl. auch BGE 138 III 374 = Pra 2013 Nr. 4, E. 4.).

1.3 Bereits vor Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens angeordnete Eheschutzmassnahmen dauern nach Erhebung der Scheidungsklage fort und sind, wenn nötig, nach Massgabe von Art. 179 ZGB vom Scheidungsgericht als vorsorgliche Massnahme an veränderte Verhältnisse anzupassen (FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Auflage 2011, Anh. ZPO, Art. 276 N 4). Über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO). Die tatsächlichen Verhältnisse sind in diesem Verfahren nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen. Vorausgesetzt ist, dass für das Vorhandensein der betreffenden Tatsachen eine grössere Wahrscheinlichkeit spricht als für das Gegenteil (FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Auflage 2011, Anh ZPO, Art. 276 N 1, 17). Dabei gilt analog der Beweislast nach Art. 8 ZGB eine Glaubhaftmachungslast. Die tatsächlichen Voraussetzungen, die zur Abänderbarkeit des Eheschutzentscheides führen, sind von der Partei glaubhaft zu machen, welche die Abänderung verlangt (vgl. BGer 5A_117/2010 vom 5. März 2010, FamPra 2010, S. 705 ff.).

Nachdem die Unterhaltsbeiträge mit Wirkung ab 1. Mai 2013 und für die Dauer des Scheidungsverfahrens als vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren festgelegt wurden, ist das Eheschutzgericht (erst- wie zweitinstanzlich) nur noch für die Zeit davor zur Regelung der Unterhaltsbeiträge zuständig. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob der Eheschutzentscheid vor oder nach dem Eintritt

der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ergeht (vgl. BGE 138 III 646 = Pra 2013 Nr. 34). Der hier zu treffende Entscheid hängt somit nicht von demjenigen der I. Zivilkammer über die Abänderung des Eheschutzentscheids vom 21. Januar 2013 ab. Über die Berufung der Beklagten kann daher ungeachtet der nach wie vor bestehenden Sistierung des Berufungsverfahrens LE130011 entschieden werden.

1.4 Im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen gilt der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz nach Art. 272 ZPO (vgl. OGer ZH LY110031 vom 5. März 2013 E. II./3.1). Dieser ändert nichts an der geschilderten summarischen Natur des Verfahrens. Zudem sind die Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffs nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zur Mitwirkung verpflichtet, da sie den Prozessstoff am besten kennen. Das Gericht ist indes an die tatsächlichen Vorbringen der Parteien nicht gebunden (BK ZPO-Spycher, Art. 272 N 3, 6).

Das Novenrecht richtet sich im Geltungsbereich des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes nach Art. 317 Abs. 1 ZPO (BGE 138 III 625).

2. Zur Sache:

2.1 Die Vorinstanz ging von einem (im Vergleich zum eingangs erwähnten Eheschutzentscheid reduzierten) Einkommen des Klägers von Fr. 6'268.00 als Arbeitnehmer bei der E. _____ GmbH und einem Bedarf des Klägers von Fr. 3'258.00 (je pro Monat) aus. Sie erwog dazu, der Kläger sei zu den Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten, zu welchen er nach Deckung seines eigenen Bedarfes fähig sei. Das verbleibende Manko der Familie sei, so die Vorinstanz, einseitig von der Beklagten zu tragen (act. 4 S. 8 ff., 16). Dieser Zuteilung des Mankos setzt die Beklagte berufsungsweise zu Recht nichts entgegen (vgl. BGer 5A_936/2012 vom 23 April 2013, E. 2.1; BGE 123 III 1). Da – wie nachfolgend aufgezeigt wird – bei den Parteien nach wie vor von einer Mankosituation auszugehen ist, sind die Ausführungen der Beklagten zu ihrem eigenen Einkommen (wonach sie das von der Vorinstanz angerechnete Einkommen von Fr. 1'380.00 [act. 4 S. 13] nicht erziele, act. 2 S. 6) für den Ausgang des Berufungsverfahrens

unerheblich. Zum Bedarf der Beklagten und der Kinder C._____ und D._____, den die Vorinstanz auf monatlich Fr. 5'156.00 festsetzte, bringt die Beklagte ohnehin keine Beanstandungen vor.

Zu prüfen sind dagegen Einkommen und Bedarf des Klägers.

2.2 Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte mit dem Verweis auf ihre bereits gemachten Ausführungen anlässlich der Verhandlung vom 26. Juni 2013 vor der Vorinstanz (act. 2 S. 3, erster Absatz) den Anforderungen an die Begründung der Berufung nicht zu genügen vermag. Dasselbe gilt für Vorbringen wie, es seien bestimmte Ausführungen des Klägers "entgegen den Ausführungen im angefochtenen Urteil ... nur vordergründig plausibel und klar" (act. 2 S. 3, erster Absatz). Mit dieser Formulierung wird der in den vorinstanzlichen Erwägungen zum Ausdruck gekommenen Ansicht lediglich pauschal eine andere Ansicht entgegen gestellt, ohne diese zu begründen. Das weitere Vorbringen, die Vorinstanz habe unbesehen auf Unterlagen des Klägers abgestützt, obwohl "sehr viele Ungereimtheiten bestehen, die darauf hinweisen, dass der Lohn des Klägers absichtlich so tief angesetzt worden" sei (act. 2 S. 3, erster Absatz), beinhaltet keine genügende Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid. Die erwähnten Ungereimtheiten wären im Einzelnen darzutun.

Soweit die Beklagte konkrete Beanstandungen mit Blick auf die Erwägungen der Vorinstanz vorbringt, wird nachfolgend darauf eingegangen.

2.3 Die Beklagte verweist auf die Praxis, wonach die Erfüllung der Unterhaltspflicht minderjähriger Kinder die Ausschöpfung aller finanzieller, intellektueller und/oder körperlicher Ressourcen verlange (act. 2 S. 2, unten). Dem ist zuzustimmen, doch kann aus dem Argument vorliegend nichts zugunsten der Beklagten abgeleitet werden, da die Beklagte berufsweise lediglich die Erhöhung der persönlichen Ehegattenunterhaltsbeiträge verlangt.

2.4 Die Argumente der Beklagten in der Berufungsschrift beziehen sich zur Hauptsache auf das aufgezeigte, dem Kläger angerechnete Einkommen. Die Beklagte verweist zunächst auf den Konkurs, welchen der Kläger am 21. Januar

2013 "über sich" habe "eröffnen lassen". Sodann habe der Kläger mit F._____ die E._____ GmbH gegründet und sei als Geschäftsführer angestellt worden. Der Lohn sei von bisher Fr. 8'300.00 netto auf Fr. 6'268.00 netto reduziert worden, obwohl der Kläger sein bisheriges Geschäft eigentlich lückenlos habe fortsetzen und an seine früheren Umsätze habe anknüpfen können. Das nun ausbezahlte Salär sei nicht branchenüblich. Dem Kläger sei deshalb ein hypothetisches Einkommen mindestens in der Höhe von Fr. 8'300.00 netto anzurechnen, welches er bei der G._____ GmbH (recte: G._____ Einzelunternehmung, act. 5/31 S. 2; act. 5/3/2) mindestens erzielt habe (act. 2 S. 3, letzter Absatz).

Es ist zu unterscheiden zwischen der Behauptung eines tatsächlichen höheren Einkommens und der verlangten Anrechnung eines hypothetischen höheren Einkommens:

2.5 Zum tatsächlichen Einkommen des Klägers:

2.5.1 Der Kläger reichte der Vorinstanz seinen Arbeitsvertrag vom 10. Februar 2013 zu den Akten, wonach er bei der E._____ GmbH als Lüftungstechniker angestellt ist und ein Bruttoeinkommen von Fr. 7'000.00 pro Monat erzielt (act. 5/3/3). Nach der Schilderung des Klägers im Abänderungsbegehren an die Vorinstanz umfasst seine Tätigkeit bei der E._____ GmbH auch die Geschäftsführung (act. 5/1 S. 6). Der Kläger gab vor der Vorinstanz weiter an, nach seinem bereits erwähnten Konkurs habe F._____, ein Bekannter von ihm, die Firma E._____ GmbH gegründet. Er, der Kläger, sei zuvor bereits als selbständig Erwerbender für F._____ tätig gewesen. Daraufhin habe die neu gegründete Gesellschaft ihn, den Kläger, zu den erwähnten Konditionen angestellt (Vi-Prot. S. 7, 14 f.). Als Beleg für seine Schilderung legte der Kläger neben dem erwähnten Arbeitsvertrag diverse Lohnabrechnungen und die Mitteilung seines versicherten Jahreslohnes von Fr. 91'000.00 (Fr. 7'000.00 x 13) an die H._____ zu den Akten (act. 5/3/3, 5/3/6, 5/33/4, 5/39/8-9).

F._____ hält nach dem Handelsregisterauszug der E._____ GmbH sämtliche Stammanteile der Gesellschaft (act. 5/32/3).

2.5.2 Die Beklagte bezeichnet das Verhältnis zwischen dem Kläger und F. _____ als Konstrukt, welches nicht schlüssig sei. Aus diesem Grund, so die Beklagte, erstaune es nicht, dass der Kläger seinen behaupteten Lohn auch Dritten mitgeteilt habe. F. _____ sei ein erfahrener Geschäftsmann. Daher sei auch nicht erstaunlich, dass der Kläger die angeblichen Lohnzahlungen und andere Vorgänge im Zusammenhang damit nachweisen könne (act. 2 S. 4).

Mit diesen Vorbringen vermag die Beklagte die Nachweise des Klägers zu seinem aktuellen Erwerbseinkommen nicht zu entkräften. Wie eingangs erwähnt, sind die tatsächlichen Voraussetzungen einer Abänderung der Eheschutzvereinbarung im vorliegenden Verfahren nur glaubhaft zu machen. Mit Blick auf die Darlegung seiner Einkommensverhältnisse genügte der Kläger diesen Anforderungen grundsätzlich mit der Vorlage der erwähnten Unterlagen, auf welche die Vorinstanz einlässlich einging (act. 4 S. 8 f.). Der aufgezeigte Hinweis der Beklagten auf ein "Konstrukt" und die allgemeine Bestreitung des Wahrheitsgehalts dieser Unterlagen vermag die Annahme eines höheren Einkommens als dem ausgewiesenen nicht zu rechtfertigen. Erforderlich wären objektive, greifbare Hinweise auf ein höheres tatsächliches Einkommen. Blosser, von der Beklagten angestellte Vermutungen (so die Beklagte selber, act. 2 S. 4) genügen nicht.

Dasselbe gilt für die unbelegte Behauptung, der Kläger habe die E. _____ GmbH "mit F. _____" gegründet (act. 2 S. 3) – damit vermag die Beklagte der Schilderung des Klägers (Gründung der Gesellschaft durch F. _____ alleine, vgl. vorne II./2.5.1) nichts Massgebliches entgegen zu setzen. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger im Sinne eines "Konstrukts" mit F. _____ tatsächlich höhere Einkünfte erziele (das deutet die Beklagte mit ihrem Vorbringen an), sind nicht ersichtlich.

Sodann ist auch nicht von einer "Reduktion" des dem Kläger ausbezahlten Lohns von Fr. 8'300.00 auf Fr. 6'268.00 netto zu sprechen (so die Beklagte, act. 2 S. 3), sondern von einem neuen Arbeitsverhältnis mit neuen Rahmenbedingungen. Auch wenn die Auftragslage bei der E. _____ GmbH nicht schlechter sein sollte als zuvor bei der selbständigen Tätigkeit des Klägers, und der Kläger möglicherweise neue Kunden gewonnen hat (so die Beklagte, act. 2 S. 4), bedeutet

dies in der neuen wirtschaftlichen Situation (Anstellung bei der E._____ GmbH gegenüber der früheren selbständigen Erwerbstätigkeit) nicht ohne weiteres, dass der Kläger dasselbe Einkommen wie früher erzielt. Insbesondere ist zu bedenken, dass der Kläger als Angestellter der E._____ GmbH nicht mehr dasselbe Unternehmerrisiko trägt wie zuvor als selbständig Erwerbender.

Entsprechend lässt sich auch mit dem blossen Hinweis auf das Einkommen des Klägers vor der Konkurseröffnung, welches er ohne Mitarbeiter erzielt habe, da er alle Aufträge selber habe ausführen können (act. 2 S. 3 f.), nicht erhärten, dass der Kläger aktuell tatsächlich noch ein solches Einkommen aus seiner Tätigkeit erzielt. Die Vorinstanz hat im Übrigen nicht von der Anzahl beschäftigter Mitarbeiter bei der E._____ GmbH auf den angemessenen Lohn des Klägers geschlossen (so die Beklagte, act. 2 S. 3 f.). Vielmehr hat die Vorinstanz lediglich festgehalten, der Umstand, dass neben dem Kläger nur ein Mitarbeiter angestellt sei, lasse den Geschäftsführungsaufwand des Klägers relativ gering erscheinen. Deshalb erschien es der Vorinstanz nicht abwegig, dass dem Kläger ein für Lüftungstechniker üblicher Lohn ausbezahlt werde (act. 4 S. 8). Dieser Einschätzung hält die Beklagte nichts entgegen.

Auch der Umstand, dass der Kläger ein neues Geschäftsfahrzeug fahre (wobei die Beklagte sich nicht dazu äussert, welcher Art dieses sei, act. 2 S. 4), lässt nicht ohne weiteres auf ein höheres Einkommens schliessen. Dass nach der Gründung einer neuen Firma gewisse Investitionen wie etwa die Anschaffung eines Geschäftsautos vorgenommen werden, ist üblich und spricht nicht ohne weiteres für das Vorliegen eines "Konstruktes" im Sinne des Standpunkts der Beklagten.

2.5.3 Sodann weist die Beklagte auf die Entschädigung von Fr. 1'600.00 (recte: Fr. 1'400.00, vgl. act. 5/39/3) hin, welche der Kläger von seiner Arbeitgeberin für die Benutzung seiner Wohnung als Büro erhalte. Sie bezeichnet diese Entschädigung als versteckten Lohnbestandteil (act. 2 S. 4). Die Vorinstanz ist bereits auf dieses Argument der Beklagten eingegangen. Sie erachtete die Schilderung des Klägers als glaubhaft, wonach er bei der E._____ GmbH kein Büro zu seiner Verfügung habe, sondern zwei Räume seiner Wohnung als Geschäftsräu-

me (Büro, Archiv) verwende und dafür von der E._____ eine Mietzinsentschädigung von Fr. 1'400.00 erhalte (act. 4 S. 9). Dem ist unter Verweis auf die vom Kläger vorgelegten Unterlagen (act. 5/3/7, 5/39/1 und 5/39/3) und auf die einlässliche Schilderung des Klägers vor der Vorinstanz zur Notwendigkeit der Benutzung dieser Räume (Vi-Prot. S. 16 f.) zuzustimmen. Mit der pauschalen Bemerkung, der Kläger benötige "lediglich einen PC und einen Tisch" (act. 2 S. 4), vermag die Beklagte die Schilderung des Klägers nicht zu entkräften. Dass eine neu gegründete Gesellschaft wie die von F._____ gegründete E._____ GmbH, die ihren Hauptsitz am Sitz der Einzelfirma von F._____ hat (Vi-Prot. S. 9 f.), noch nicht über eigene Büroräumlichkeiten verfügt, ist im Übrigen nachvollziehbar. Die Beklagte vermag aus der blossen Wiederholung der Behauptung, es handle sich um einen versteckten Lohnbestandteil, daher nichts für sich abzuleiten.

Auch die allgemeine Behauptung, einem Lüftungstechniker werde bestimmt kein Büro zur Verfügung gestellt, da er keine administrativen Aufgaben zu erledigen habe (act. 2 S. 4), genügt nicht, um den Schluss nahe zu legen, es handle sich bei dieser Entschädigung in Wahrheit um einen Einkommensbestandteil. Dass – wie gesehen – die Bezahlung eines für Lüftungstechniker üblichen Lohnes angesichts der in der konkreten Situation relativ gering erscheinenden Geschäftsführungsaufwands nicht abwegig erscheint (vgl. vorne II./2.5.2), ändert nichts daran, dass der Kläger nach seiner aufgezeigten Schilderung tatsächlich auch als Geschäftsführer tätig ist (vgl. vorne II./2.5.1). Daher ist auch die Finanzierung eines Büros durch die Arbeitgeberin nicht abwegig. Dabei muss es angesichts der erfolgten Neugründung der Gesellschaft in der Zukunft nicht ohne weiteres beim geringfügigen Geschäftsführungsaufwand bleiben.

2.5.4 Aufgrund der aufgezeigten Schilderungen erscheinen zusammenfassend sowohl das Brutto-Einkommen des Klägers von Fr. 7'000.00 monatlich (entsprechend Fr. 6'268.00 netto) als auch die Qualifizierung der Mietzinsentschädigung als geschäftlicher Aufwand (und nicht als Lohnbestandteil) glaubhaft. Von einem höheren tatsächlichen Einkommen des Klägers kann nicht ausgegangen werden.

2.6 Zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens des Klägers:

2.6.1 Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen kann vom tatsächlichen Leistungsvermögen einer Partei abgewichen werden, wenn eine Partei bei gutem Willen und zumutbarer Anstrengung mehr zu verdienen vermag, als sie tatsächlich verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss die Anrechnung einer solchen jedoch ausser Betracht bleiben (BGE 128 III 4 E. 4 a). Besteht wie vorliegend bereits eine Unterhaltsverpflichtung, so hat der Unterhaltsschuldner alles in seiner Macht Stehende zu tun und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll auszuschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Begnügt sich der Unterhaltspflichtige selbst bei einem unfreiwilligen Stellenwechsel wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit, so hat er sich anrechnen zu lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu erwirtschaften vermöchte (BGer 5A_692/2012 vom 21. Januar 2013, E. 4.3).

Nachdem der Kläger einen Abänderungsgrund im Sinne einer tatsächlichen Einkommensreduktion (wie gesehen) glaubhaft gemacht hat, ist es an der Beklagten, die tatsächlichen Voraussetzungen der geltend gemachten Anrechnung eines hypothetischen Einkommens glaubhaft zu machen (Art. 8 ZGB).

2.6.2 Die Beklagte vermutet mit der bereits erwähnten Formulierung "Konkurs über sich eröffnen lassen" (vorne II./2.4), der Kläger habe sich absichtlich nicht gegen die Konkurseröffnung über seine Einzelunternehmung gewehrt. Die Vorinstanz ist auf diese Thematik eingegangen, insbesondere auf den von der Beklagten geltend gemachten tiefen Betrag der Konkursforderung von Fr. 2'877.25. Die Vorinstanz hat dazu erwogen, aus dem Verzeichnis der Forderungseingaben und aus den Erwägungen des obergerichtlichen Entscheids betreffend Konkurseröffnung werde deutlich, dass der Kläger sich nicht nur in einem vorübergehenden Liquiditätsengpass befunden habe. Daher wäre der Konkurs auch bei Bezahlung der Konkursforderung in naher Zukunft höchstwahrscheinlich unausweichlich gewesen (act. 4 S. 8). Die Beklagte äussert sich nicht zu dieser Erwägung und setzt sich somit diesbezüglich nicht mit dem angefochtenen Entscheid auseinander. Von einem Verschulden des Klägers an der Konkurseröff-

nung bzw. von einer absichtlich vom Kläger verursachten Konkursöffnung ist daher nicht auszugehen.

2.6.3 Nach dem Gesagten kann allerdings auch bei unverschuldeter Einkommensverminderung ein höheres hypothetisches Einkommen angerechnet werden, wenn der Kläger ein tieferes Einkommen in Kauf nahm, obwohl er unter den gegebenen Umständen ein höheres Einkommen erzielen könnte.

Die Beklagte verdeutlicht indes nicht, weshalb sie der Ansicht ist, der ausgewiesene Nettolohn des Klägers sei nicht branchenüblich. Sie gibt auch nicht an, was ihrer Meinung nach branchenüblich wäre. Die unbelegte Behauptung, für einen Geschäftsführer sei ein Einkommen von Fr. 8'300.00 netto realisierbar und zumutbar (act. 2 S. 3), ohne konkrete Angabe, wo und auf welche Weise der Kläger nach seinem Konkurs, mit seinem beruflichen Hintergrund und seiner Ausbildung, aktuell einen solchen Betrag erzielen könnte, genügt nicht.

Der Hinweis der Beklagten, ein Einkommen von Fr. 8'300.00 habe der Kläger auch zuvor erzielt, ohne Mitarbeiter, da er alle Aufträge selber habe ausführen können (act. 2 S. 3 f.), wurde bereits im Zusammenhang mit dem tatsächlichen Einkommen des Klägers thematisiert, und es wurde festgehalten, dass dies nicht auf die tatsächliche Erzielung eines solchen Einkommens im Rahmen eines "Konstrukts" mit F._____ schliessen lasse (vorne II./2.5.2). Die Beklagte vermag mit ihrem Hinweis auch nicht zu verdeutlichen, dass der Kläger aktuell tatsächlich ein solches Einkommen erzielen könnte. Nichts anderes gilt für die Behauptung, das Auftragsvolumen sei bei der E._____ GmbH sicher nicht schlechter als zuvor, und der Kläger habe seine Kunden weiterhin betreuen können und durch die Zusammenarbeit mit F._____ neue Kunden hinzugewinnen können (act. 2 S. 4).

Entscheidend ist, dass die frühere Geschäftstätigkeit des Klägers als Einzelunternehmer zum Konkurs geführt hat. Danach ist von einer neuen Situation auszugehen, und es kann nicht ohne weiteres behauptet werden, bei gutem Willen wäre dasselbe Einkommen wie früher erzielbar.

2.6.4 Zusammenfassend ist daher mit der Vorinstanz von einem anrechenbaren Einkommen des Klägers von Fr. 6'268.00 pro Monat auszugehen.

2.7 Zum Bedarf des Klägers:

2.7.1 Die Vorinstanz ging vom folgenden Bedarf des Klägers aus (act. 4 S. 12):

Grundbetrag	Fr.	1'200.00
Wohnkosten	Fr.	1'300.00
Hausrat/Haftpflichtversicherung	Fr.	30.00
Krankenkasse	Fr.	395.00
Franchise/Selbstbehalt	Fr.	333.00
Total	Fr.	3'258.00

2.7.2 Die Beklagte macht geltend, der dem Kläger angerechnete monatliche Mietzins von Fr. 1'300.00 sei zu hoch. Es sei lediglich ein Betrag von Fr. 1'000.00 für eine 1 ½ Zimmer-Wohnung einzusetzen (act. 2 S. 5).

Die Vorinstanz bezeichnete den Bruttomietzins des Klägers von Fr. 3'000.00 bzw. von Fr. 1'600.00 nach Berücksichtigung der Kostenbeteiligung der Arbeitgeberin als überdimensioniert (act. 4 S. 11). Dem ist zuzustimmen. Der eingesetzte Bruttomietzins von Fr. 1'300.00 liegt indessen im Rahmen des Angemessenen, auch angesichts des Umstands, dass die von der Beklagten ihrerseits für sich und die Kinder aufgewendeten Mietzinsen von Fr. 2'000.00 ebenfalls nicht am untersten Rand des Zumutbaren liegen. Von einer Kürzung der Wohnkosten ist daher abzusehen.

2.7.3 Weiter behauptet die Beklagte, der Kläger erhalte bestimmt eine Prämienerbilligung (act. 2 S. 5). Sie bestreitet damit ohne weitere Begründung die gegenteilige Behauptung des Klägers vor der Vorinstanz (Vi-Prot. S. 12). Weshalb die Vorinstanz nach der Ansicht der Beklagten zu Unrecht vom belegten Betrag von Fr. 395.00 ausging (act. 5/3/9), verdeutlicht die Beklagte damit nicht.

2.7.4 Die weiteren Bedarfspositionen des Klägers werden von der Beklagten berufsungsweise nicht beanstandet.

2.8 Somit ist mit der Vorinstanz von einem Einkommen des Klägers von Fr. 6'268.00 und einem Bedarf des Klägers von Fr. 3'258.00 (je pro Monat) auszugehen. Unter Berücksichtigung des (im Berufungsverfahren nicht beanstandeten) Bedarfs der Beklagten ist daher nach wie vor, unabhängig vom Vorbringen der Beklagten zu ihrem eigenen Einkommen (vorne II./2.1), von einer Mankosituation auszugehen. Dabei wird der Einkommensfreibetrag des Klägers mit den von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeiträgen bereits ausgeschöpft. Zur Bezahlung höherer Unterhaltsbeiträge ist der Kläger daher nicht in der Lage. Wie vorne bereits dargelegt, ist das Manko nach der Praxis des Bundesgerichts von der Beklagten zu tragen (vgl. dazu vorne II./2.1).

Dem Antrag der Beklagten auf Erhöhung der Unterhaltsbeiträge kann mithin nicht gefolgt werden.

2.9 Die Ausführungen der Beklagten im Berufungsverfahren betreffend die unterbliebene Bezahlung der Unterhaltsbeiträge können mit Blick auf ein von der Beklagten thematisiertes Strafverfahren betreffend Vernachlässigung von Unterhaltspflichten (act. 2 S. 4) durchaus relevant sein. Darüber haben gegebenenfalls die Strafbehörden zu entscheiden. Aus einer fehlenden Zahlungsmoral des Klägers kann aber nicht ohne weiteres und ungeachtet der vorgelegten Belege geschlossen werden, die Schilderung des Klägers zu seinem Einkommen sei nicht glaubhaft (so im Ergebnis aber die Beklagte, act. 2 S. 4).

3. Zusammenfassend erweist sich die Berufung der Beklagten als unbegründet. Die Berufung ist deshalb in Bestätigung des angefochtenen Entscheids abzuweisen.

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 sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Beklagten aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Dem Kläger ist mangels erheblicher Aufwendungen im vorliegenden Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr richtet sich nach dem eingangs aufgezeigten Streitwert des Berufungsverfahrens von Fr. 45'000.00 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).

3. Die Beklagte ersucht für das Berufungsverfahren wie eingangs dargelegt um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin (act. 2).

Die Mittellosigkeit der Beklagten ist ausgewiesen (Art. 117 lit. a ZPO; vgl. act. 2 S. 5 f., act. 3/2-7). Die Berufung der Klägerin war zudem, auch wenn sie abgewiesen wird, nicht geradezu aussichtslos im Sinne der Bestimmungen zur unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 117 lit. b ZPO). Daher ist der Beklagten für das Berufungsverfahren antragsgemäss die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine Rechtsbeiständin zu bestellen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Beklagten wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als Rechtsbeiständin bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen, und das Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Hinwil vom 9. Dezember 2013 (FE130066-E) wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'400.00 festgesetzt.

3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt und infolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht nach Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 3/1-7, sowie an das Bezirksgericht Hinwil, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten werden zur Erledigung des Berufungsverfahrens LE130011 der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich zugestellt.

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. 45'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: