

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY150052-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Reuss Valentini

## **Beschluss und Urteil vom 21. Januar 2016**

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 12. Oktober 2015 (FP150004-C)**

### **Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Der Kläger sei in Abänderung von Dispositivziffer 2, Unterziffern 2-4 des Scheidungsurteils vom 24. Oktober 2011 (Geschäfts-Nr. FE090197) von jeglicher Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beklagten zu befreien und es sei neu festzuhalten, dass der Kläger der Beklagten keinen nachehelichen Unterhalt zu zahlen hat.

2. Dispositivziffer 3 des Scheidungsurteils sei ersatzlos aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Vorsorgliches Massnahmenbegehren des Klägers:**

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Der Kläger sei ab Eingang der Klage für die Dauer des Verfahrens von der Pflicht zu entbinden, der Beklagten Unterhaltsbeiträge gemäss Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 24. Oktober 2011 zu bezahlen.
2. Die Anweisung an die Arbeitgeberin des Klägers, nämlich die C.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], vom Lohn des Klägers monatlich den Betrag von Fr. 1'180.– auf das Konto der Beklagten gemäss Dispositivziffer 3 in Verbindung mit Dispositivziffer 2 (Vereinbarung Ziffer 2.2.1) zu überweisen, sei für die Dauer des Verfahrens ersatzlos aufzuheben.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach  
vom 12. Oktober 2015:**

(Urk. 2 S. 25)

- "1. In Abänderung von Ziffer 2.1 der mit Verfügung und Urteil vom 24. Oktober 2011 des Bezirksgerichtes Bülach (Geschäfts-Nr. FE090197) genehmigten Scheidungskonvention wird festgestellt, dass im Zeitraum vom 26. Februar 2015 bis 31. Juli 2015 mangels Leistungsfähigkeit des Klägers keine persönlichen Unterhaltsbeiträge an die Beklagte im Sinne von Art. 125 ZGB geschuldet sind. Ab 1. August 2015 sind für die Dauer des Verfahrens monatliche persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 124.– zu bezahlen, zahlbar jeweils am Ersten eines Monats im Voraus.
2. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung und Urteil vom 24. Oktober 2011 des Bezirksgerichtes Bülach (Geschäfts-Nr. FE090197) wird die C.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse], angewiesen, ab 1. November 2015 vom Lohn des Klägers monatlich Fr. 124.– zuhanden der Beklagten auf deren Konto bei der ZKB ..., ... [Adresse], Konto-Nr. ..., zu überweisen, längstens bis zur Rechtskraft des Abänderungsurteils bzw. einer früheren Beendigung des Arbeitsverhältnisses und unter Androhung der doppelten Zahlungspflicht im Widerhandlungsfall.
3. Es wird davon Vormerk genommen, dass der Kläger im Umfang von Fr. 10'374.– zu viel persönliche Unterhaltsbeiträge an die Beklagte bezahlt hat. Über eine allfällige Verrechnung des genannten Betrags ist im Endentscheid zu befinden.

4. Die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen werden zusammen mit der Hauptsache entschieden.
5. [Schriftliche Mitteilung]
6. [Berufung]

**Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

"Die Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 12. Oktober 2015 sei ersatzlos aufzuheben und der Berufungsbeklagte weiterhin gemäss Scheidungsurteil vom 24. Oktober 2011 (Geschäfts Nr. FE090197) zu verpflichten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Berufungsbeklagten."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 9 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen und der vorsorgliche Massnahmeentscheid zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mwst zulasten der Berufungsklägerin."

## **Erwägungen:**

### **A. Prozessgeschichte**

1. Die Ehe der Parteien wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 24. Oktober 2011 geschieden und ihre Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung genehmigt. Darin vereinbarten die Parteien nacheheliche Unterhaltsbeiträge zugunsten der Beklagten und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) von Fr. 1'180.– ab 1. August 2011 bis zum Erreichen des ordentlichen Pensionierungsalters, wobei die Unterhaltsbeiträge durch Anweisung an den jeweiligen Arbeitgeber des Klägers und Berufungsbeklagten (fortan Kläger) sichergestellt wurden und die Beklagte berechtigt wurde, die Unterhaltsbeiträge vom jeweiligen Arbeitgeber des Klägers direkt einzufordern (Urk. 3/2 S. 2 f., Dispositivziffer 2.1.2).
2. Mit Eingabe vom 26. Februar 2015 machte der Kläger bei der Vorinstanz ein Abänderungsbegehren rechtshängig, worin er die gänzliche Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der Beklagten sowie die ersatzlose Streichung der Arbeitgeberanweisung beantragen liess. Gleichzeitig liess er solches bereits als vorsorgliche Massnahme beantragen (Urk. 1 S. 2). Am 28. Mai 2015 fand die Einigungsverhandlung samt Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen statt (Prot. I S. 3 ff.). Der weitere Prozessverlauf lässt sich dem angefochtenen Entscheid entnehmen (Urk. 2 S. 3 f.). Mit Verfügung vom 12. Oktober 2015 fällte der Vorderrichter den eingangs zitierten Entscheid (Urk. 2 S. 25 f.).
3. Dagegen erhob die Beklagte mit Eingabe vom 23. Oktober 2015 fristwährend (Urk. 34) Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen und ersuchte um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung im Berufungsverfahren (Urk. 1 S. 2). Gemäss Schreiben vom 4. November 2015 liess der beklagtische Rechtsvertreter seine Originalvollmacht vom 16. März 2015 nachreichen (Urk. 6, 7). Fristwährend (vgl. Urk. 8) erstattete der Kläger in der Folge mittels Eingabe vom 30. November 2015 seine Berufungsantwort, worin er die eingangs wiedergegebenen Anträge stellte (Urk. 9). Gemäss Präsidialverfügung vom 17. Dezember 2015 wurde der Beklagten die Berufungsantwort zugestellt sowie Frist zur Stellungnahme zu der von der Gegenseite neu eingereichten Un-

terlage und den neu aufgestellten Behauptungen angesetzt (Urk. 11). Innert Frist äusserte sich die Beklagte mit Zuschrift vom 30. Dezember 2015 rechtzeitig (Urk. 12). Diese Eingabe wurde dem Kläger am 6. Januar 2016 zur Kenntnisnahme zugesandt (Prot. II S. 5; Urk. 12 S. 1).

## B. Prozessuales

1. In einem Prozess auf Abänderung eines Scheidungsurteils (Art. 284 Abs. 3 i.V.m. Art. 290 ff. ZPO) können vorsorgliche Massnahmen (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. ZPO) getroffen werden. Sie müssen aber die Ausnahme bilden, da ein rechtskräftiges Urteil vorliegt. Die Hürden sind sehr hoch. Zunächst wird vorausgesetzt, dass eine Klage rechtshängig ist, und es muss glaubhaft gemacht werden, dass ein Anspruch besteht (Hauptsachenprognose) und der klagenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Nachteilsprognose). Die tatsächlichen Verhältnisse müssen liquid sein, damit sich der Verfahrensausgang einigermaßen zuverlässig abschätzen lässt. Vorsorgliche Massnahmen sind zu erlassen, wenn der klagenden Partei die Erbringung der rechtskräftig festgestellten Unterhaltspflichten angesichts ihrer eigenen wirtschaftlichen Lage und trotz Berücksichtigung der Interessen der Gegenpartei nicht mehr zugemutet werden kann. Ob ein solcher Extremfall vorliegt, ist in vorweggenommener Würdigung der Prozessaussichten zu prüfen. Grundsätzlich ist es der klagenden Partei zuzumuten, den Prozessausgang abzuwarten und die Leistungspflicht zu erfüllen. Liegt kein Ausnahmefall vor, ist das Begehren um vorsorgliche Massnahmen abzuweisen (Maier, die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in: FamPra.ch 2014 S. 302, 311 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Urk. 2 S. 6-8, 10 ff. mit Hinweisen).

2. Was die anwendbare Verfahrensmaxime anbelangt, hielt die erste Instanz fest, für die Feststellung des Sachverhalts betreffend den nachehelichen Unterhalt gelte (wie im Hauptverfahren) der Verhandlungsgrundsatz (Art. 277 Abs. 1 ZPO; Urk. 2 S. 6). Die Beklagte rügt, entgegen der erstinstanzlichen Auffassung gelte für die Feststellung des Sachverhalts hinsichtlich der Regelung nachehelichen Unterhalts im Rahmen vorsorglicher Massnahmen der sogenannte eingeschränk-

te Untersuchungsgrundsatz und nicht der Verhandlungsgrundsatz. Aufgrund des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes habe das Gericht (neben der Mitwirkungsobliegenheit der Parteien) somit durch entsprechende Fragen und Aufforderungen auf die Vervollständigung des Sachverhalts hinzuwirken (Urk. 1 S. 3 f.).

Nachdem auf das vorliegende Massnahmenverfahren die Bestimmungen über die Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 271 ff. ZPO sinngemäss anwendbar sind (Art. 284 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 291 ff. und Art. 276 Abs. 1 ZPO), findet auch Art. 272 ZPO Anwendung. Der in dieser Norm statuierte Untersuchungsgrundsatz kommt auch dann zur Anwendung, wenn in der Hauptsache, wie vorliegend, der Verhandlungsgrundsatz (vgl. Art. 277 Abs. 1 ZPO) gilt (Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., 2. A. 2013, Art. 276 N 42; LY110022, Entscheid der Kammer vom 29. November 2011, S. 5 f.; a.M. Schwander, OFK-ZPO, 2. A. 2015, ZPO 276 N 13). Der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO geht aber weniger weit als beispielsweise der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO in Bezug auf Kinderbelange. Es wird daher auch vom "eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz" gesprochen. Diese Differenzierung fliesst aus einer unterschiedlichen Gewichtung der Ziele, welche in den verschiedenen Verfahren durch den Untersuchungsgrundsatz verfolgt werden. Während bei Kinderbelangen die Ermittlung der materiellen Wahrheit im Vordergrund steht, um die bestmögliche Lösung für das Kind zu treffen, zielt im Eheschutzverfahren der Untersuchungsgrundsatz eher darauf ab, unbeholfene oder unerfahrene Parteien zu unterstützen und zu schützen. Dementsprechend wird auch die Bezeichnung "sozialer Untersuchungsgrundsatz" verwendet (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, S. 121 Rz. 27 m. H. auf BGE 125 III 238). Die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 272 ZPO wird durch den Umstand relativiert, dass – mit Ausnahme bezüglich vorliegend nicht streitiger Kinderbelange – das Eheschutzverfahren vom Dispositionsgrundsatz beherrscht ist: Der Verfahrensgegenstand wird von den Parteien bestimmt. In diesem Rahmen muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen; darüber hinaus ist es weder verpflichtet, noch berechtigt, den Sachverhalt abzuklären. Mit anderen Worten bestimmt die Parteidisposition die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes. Weiter ist zu beachten,

dass wegen des mit der Postulierung des Untersuchungsgrundsatzes angestrebten Zieles, nämlich des Schutzes der unbeholfenen Partei, bei anwaltlich vertretenen Parteien seitens des Gerichtes – gleich wie im ordentlichen Prozess – Zurückhaltung zu üben ist. In die gleiche Richtung deutet, dass die vom Gesetzgeber getroffene Lösung insofern etwas widersprüchlich scheint, als dass vorliegend im Massnahmeverfahren gemäss Art. 272 ZPO der Untersuchungsgrundsatz anzuwenden ist, in der Hauptsache aber gemäss Art. 277 Abs. 1 ZPO der Verhandlungsgrundsatz gilt. Auch dieser Umstand erheischt Zurückhaltung des Gerichtes bei der Sachverhaltsabklärung. Da Gerichte nicht über einen Ermittlungsapparat verfügen und auch deren tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten nur schon aus praktischen Gründen eingeschränkt sind, bedeutet der Untersuchungsgrundsatz konkret, dass das Gericht den Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffes durch Befragung und genaues Aktenstudium behilflich ist; es ist aber nach wie vor Sache der Parteien, die entscheiderelevanten Tatsachen in das Verfahren einzubringen. Das Gericht erforscht den Sachverhalt in diesem Sinne nicht, sondern stellt ihn fest (vgl. zum Ganzen Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., a.a.O., Art. 272 N 6 ff. insbesondere N 12 - 14; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., S. 121 Rz. 26).

Eine allfällige Verletzung der (sozialen) Untersuchungsmaxime durch die Vorinstanz wird jedoch im Rahmen dieses Berufungsverfahrens geheilt (vgl. nachstehend S. 14 betreffend Zulässigkeit des neu beigebrachten AHV-Kontoauszugs betreffend den Kläger [Urk. 10]). Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz fälschlicherweise von der Verhandlungsmaxime ausging, leitet die Beklagte ansonsten nichts Konkretes ab (Urk. 1 S. 3 f.).

## C. Materielles

### 1. Unterhaltsbeiträge

a) Im vorliegenden Berufungsverfahren ist einzig die vorsorgliche Aufhebung des nahehelichen Ehegattenunterhaltsbeitrages strittig.

b) In materieller Hinsicht berechtigt nur eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse zur Aufhebung/Reduktion der bestehenden Unterhaltsverpflichtung. Die Veränderung der Verhältnisse darf nicht von der sich darauf berufenden Partei schuldhaft verursacht sein (Art. 129 Abs. 1 ZGB und Art. 179 Abs. 1 ZGB; Urk. 2 S. 8 ff.; Schmid, OFK-ZGB, 2. A., 2011, Art. 179 N 4). Der Schuldner soll die Folgen der seine Lebensführung betreffenden Entschiede selber tragen und nicht auf seine Unterhaltsgläubiger abwälzen.

c) Die Vorinstanz erwog, es sei ausgewiesen, dass der Kläger bereits im Zeitpunkt der Festsetzung des hypothetischen Einkommens über Fr. 6'500.– lediglich rund Fr. 3'000.– verdient habe. In den Jahren 2011 bis 2014 habe sein durchschnittliches Monatseinkommen inklusive Spesenpauschale Fr. 3'440.– netto betragen. Im Jahr 2015 hätten sich die Einkünfte auf rund Fr. 3'194.– verschlechtert. Es erscheine glaubhaft, dass der Kläger damals das Scheidungsverfahren habe erledigen wollen und dem festgesetzten hypothetischen Einkommen zugestimmt habe. Die damaligen Erwartungen, insbesondere dass ihm Kunden von der D.\_\_\_\_\_ zur neuen Arbeitgeberin folgen würden, seien nicht im erwarteten Umfang eingetreten. Es sei ungewiss, wie lange die Auftragsituation verbunden mit den wenigen Abschlüssen anhalte. Weiter erscheine es naheliegend, dass der Kläger trotz seines geringen Einkommens die Unterhaltsbeiträge an die Beklagte habe bezahlen können, weil ihn seine Lebenspartnerin bis zu ihrem Tod im Februar 2015 finanziell unterstützt habe. Dass der Kläger noch allfällige nicht deklarierte Nebeneinkünfte - als Freelancer oder für seine ehemalige Arbeitgeberin, die D.\_\_\_\_\_, - erziele, wie ihm dies die Beklagte unterstellen wolle, erscheine nicht glaubhaft. Ein weiteres Indiz dafür, dass der Kläger tatsächlich nicht mehr verdiene, stelle, nebst den Lohnausweisen, auch die Gewährung der individuellen Prämienverbilligung für das Jahr 2015 dar. In der heutigen Zeit erscheine auch nicht abwegig, dass die Akquisition von Neukunden schwierig und zeitraubend sei. Es sei auch glaubhaft, dass der Kläger bei Stellenantritt bei der C.\_\_\_\_\_ AG kein Portfolio ausgehändigt bekommen habe und somit seit Beginn selber für den Aufbau eines Kundenstammes mit entsprechenden Abschlüssen verantwortlich gewesen sei. Der Kläger könne somit glaubhaft darlegen, dass die Erwartungen betreffend das Erreichen des hypothetischen Einkommens nicht eingetreten seien

und er nicht böswillig und absichtlich sein Einkommen tief halte. Ein höheres hypothetisches Einkommen könne dem Kläger nicht angerechnet werden. Er habe hinreichend dargelegt, dass er trotz Suchbemühungen derzeit keine Möglichkeit habe, ein höheres Einkommen zu erzielen. Aufgrund seines Alters, seiner Branchenspezifität sowie seiner Überqualifikation sei es ihm nicht möglich, eine besser bezahlte Arbeitsstelle zu finden (Urk. 2 S. 11 f., 13 ff.). Entsprechend hob die erste Instanz die nahehelichen Unterhaltsbeiträge über Fr. 1'180.– ab 26. Februar 2015 bis 31. Juli 2015 gänzlich auf. Ab 1. August 2015 verpflichtete sie den Kläger (zufolge tieferer Mietkosten, Urk. 2 S. 19), naheheliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 124.– monatlich zu bezahlen (Urk. 2 S. 23).

d) Die Beklagte hält dafür, Ausgangslage sei gewesen, dass der Kläger bis zum Zeitpunkt des Scheidungsverfahrens im Jahr 2009 als Versicherungsagent mit nahezu 30-jähriger Aussendienst Erfahrung bei der D.\_\_\_\_\_ angestellt gewesen sei und dank seinen Fähigkeiten sogar ein monatliches Einkommen von bis zu Fr. 20'000.– habe generieren können. Ein monatliches Einkommen von Fr. 6'500.– sei regelmässig möglich gewesen. Im Zeitpunkt der Scheidung habe er nur noch ein monatliches Einkommen von Fr. 3'440.– ausgewiesen. Eine Steigerung seiner Einkommensverhältnisse sei jedoch möglich und zumutbar erschienen, weshalb im Scheidungsurteil dann auch ein solches hypothetisches Einkommen angerechnet worden sei. In der Folge habe der Kläger jedoch keineswegs die bei gutem Willen zuzumutenden Anstrengungen unternommen, das ihm angerechnete Einkommen auch tatsächlich zu erzielen. Der Wegfall der finanziellen Unterstützung durch seine Partnerin sei nicht entscheidend. Jedoch habe sich der Kläger offenbar auf Kosten seiner nunmehr verstorbenen Partnerin seiner ihm gerichtlich auferlegten Pflicht entzogen. Seine Bemühungen hätten sich auf Bewerbungsanfragen in seinem Bekanntenkreis, namentlich bei zwei Personen (E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_) beschränkt. Weder habe er sich an das RAV gewandt, noch andere professionelle Stellenvermittlungen in Anspruch genommen. Auch habe er es unterlassen, sich beruflich neu zu orientieren und seine Stellensuche auch auf andere Branchen auszuweiten, wo sein über die Versicherungsbranche hinausgehendes Know-how ebenso gefragt sein könnte. Seine Bemühungen, das ihm angerechnete hypothetische Einkommen zu erzielen, sei-

en mithin allesamt ungenügend, der gute Wille schlicht nicht ersichtlich. Auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens dürfe daher weiterhin nicht verzichtet werden, zumal sich dieses mit Fr. 6'500.– in einem durchschnittlichen und angemessenen Bereich bewege bzw. der zu leistende Ehegattenunterhalt mit Fr. 1'180.– nicht unverhältnismässig hoch ausfalle. Zudem wäre selbst bei einem monatlichen Einkommen von Fr. 4'500.– oder weniger eine Unterhaltspflicht von Fr. 1'180.– möglich. Die Nichterzielung des hypothetischen Einkommens stelle somit keinen Abänderungsgrund dar (Urk. 1 S. 4 ff.).

e) Der Kläger lässt entgegen, er habe nie ein monatliches Einkommen von Fr. 20'000.– verdient. Sein höchstes je erzielt AHV-pflichtiges Einkommen habe er im Jahr 2003 verdient. Dieses habe Fr. 89'979.– betragen. Danach sei sein Einkommen gesunken bis ins Jahr 2008, dem Jahr vor dem Stellenverlust und der nachfolgenden Arbeitslosigkeit, und zwar auf Fr. 61'537.–. Seit 2009 habe er nie mehr ein über Fr. 55'500.– liegendes AHV-pflichtiges Einkommen erzielt. Im Jahr 2014 habe das entsprechende Einkommen Fr. 43'800.– ausgemacht (Urk. 9 S. 2 f.). Solches untermauert der Kläger mit einem SVA-Kontoauszug vom 24. November 2015 betreffend die Jahre 1975 bis 2014 (Urk. 10). Bereits das der Scheidungskonvention zugrunde liegende Einkommen über Fr. 6'500.– sei aufgrund seiner bis dahin erzielten Einkommen und deren Entwicklung lebensfremd gewesen. Er habe der Scheidungskonvention auch nur deshalb zugestimmt, weil er das Scheidungsverfahren endlich habe erledigen wollen. Bis zum Stellenantritt bei der C.\_\_\_\_\_ AG und der G.\_\_\_\_\_ GmbH habe er noch nie als Broker gearbeitet. Er sei daher nicht in der Lage gewesen, seine Verdienstmöglichkeiten realistisch einzuschätzen. Zudem habe er seine Möglichkeiten überschätzt, Kunden von seiner vormaligen Arbeitgeberin mitzunehmen sowie Neukunden zu akquirieren. Der Aufbau eines Kundenstammes mit einem hohen Prämienaufkommen dauere Jahrzehnte. Sodann sei er 58 Jahre alt. Die Personen in seinem Beziehungsnetz seien mit Versicherungen längst eingedeckt. Zudem habe sich auch das seit 2009 herrschende wirtschaftliche Umfeld als ungünstig erwiesen. Angesichts der tiefen Zinsen und der fehlenden Kapitalabsicherungen schliesse kaum noch jemand eine Kapitalversicherung ab, womit für ihn ein interessantes und potentiell lukratives Geschäft entfalle. Er arbeite nun schon sechs Jahre als Broker. Obschon er bis-

lang sein Prämienvolumen nicht habe steigern können, sei ihm nicht gekündigt worden. Angesichts des nun doch schon länger ausbleibenden Erfolgs, könne indessen nicht mehr davon ausgegangen werden, dass er sich bis zur Pensionierung noch markant werde verbessern können. Auf dem Stellenmarkt sei er aufgrund seines Alters weitgehend ohne reelle Anstellungschancen. Jüngere Mitarbeiter würden ein weitaus besseres Akquisitions- und Entwicklungspotential mitbringen. Die Möglichkeiten, sich bei befreundeten oder bekannten Versicherungsleuten zu bewerben, habe er wahrgenommen, doch die Bewerbungen seien leider erfolglos geblieben. Die Beklagte sei sodann mit Blick auf ihre Liegenschaft vermögend und werde zudem von ihrer Mutter finanziell unterstützt, weshalb sie in den vergangenen Jahren keinerlei Anstrengungen unternommen habe, selber zu arbeiten oder Lohn zu generieren. Dazu fehle ihr jegliche Motivation. Ihr Interesse am Fortbestand der im Scheidungsurteil festgelegten Unterhaltszahlungen und am Festhalten des damals für ihn, in Verkennung der tatsächlichen Begebenheiten, viel zu hoch angesetzten hypothetischen Einkommens, verdiene keine Berücksichtigung (Urk. 90 S. 3 ff.).

f) Im Massnahmeverfahren nicht mehr beanstandet wurde das tatsächlich durch den Kläger im Rahmen seiner Anstellung bei der C.\_\_\_\_\_ AG gemäss den Lohnausweisen und den Steuererklärungen erzielte Einkommen (einschliesslich Pauschalspesen; Urk. 1 und 9 passim). Objektive Anhaltspunkte, wonach der Kläger daneben noch nicht deklarierte Nebeneinkünfte als Freelancer verdienen sollte, bestehen denn auch keine (vgl. dazu Urk. 2 S. 14). Sodann deutet die bescheidene Lebenshaltung und insbesondere auch der Umzug in eine kleinere, günstigere Wohnung nach dem Tod seiner Lebenspartnerin per August 2015 (Urk. 27/46, Mietzins: Fr. 1'200.–) nicht auf versteckte, namhafte Einkommensquellen des Klägers (vgl. auch Urk. 2 S. 14). Gemäss unbestrittener Annahme der Vorinstanz verdient der Kläger derzeit bei der C.\_\_\_\_\_ AG einschliesslich der Pauschalspesen durchschnittlich bloss rund Fr. 3'435.– netto im Monat (vgl. Urk. 2 S. 11, 13, 18; Urk. 3/3-6, 9-10, 19; Urk. 18/22; vgl. auch Urk. 6/48; Urk. 1 S. 4, 10; Urk. 9 passim).

g) Das Rechtsinstitut des hypothetischen Einkommens wurde durch höchstgerichtliche Praxis begründet (BGE 128 III 4 E. 4a). Bestehen familiäre Unterhaltspflichten, muss der Unterhaltsverpflichtete das ihm Zumutbare unternehmen, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen (BGE 137 III 118 E. 3.1). In diesem Umfang ist der Unterhaltsverpflichtete in seiner Lebensgestaltung eingeschränkt. Kann ein Unterhaltsverpflichteter aufgrund eines zu tiefen Einkommens seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommen, gilt es in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob dem Verpflichteten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist (BGE 128 III 4 E. 4a). Dem Verpflichteten wird dabei auferlegt, dasjenige Einkommen zu erzielen, welches mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt, vielmehr geht es darum, die wirtschaftliche Existenz der Unterhaltsberechtigten sicherzustellen und die Lasten des Familienunterhalts gerecht zu verteilen. Dazu ist die Rechtsfrage zu beantworten, ob dem Kläger nach wie vor zuzumuten ist, ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen zu erwirtschaften. Gegebenenfalls ist dann die Höhe dieses Einkommens zu bestimmen. Schliesslich ist zu klären, ob dieses Einkommen tatsächlich erzielbar ist. Dabei ist auf entsprechende Tatsachenfeststellungen oder die allgemeine Lebenserfahrung abzustellen (BGE 128 III 4 E. 4a ff.)

h) Zu prüfen ist zunächst, ob es dem Kläger seit der Scheidung im Jahr 2011 tatsächlich möglich und auch zumutbar gewesen wäre und weiterhin ist, ein Einkommen von rund Fr. 6'500.– netto zu erzielen, wie es der damaligen Unterhaltsregelung in der Scheidungsvereinbarung (Urk. 3/2 S. 4) zugrunde lag.

Dazu ist vorab ein Blick auf den beruflichen Werdegang und die früheren Einkünfte des Klägers zu werfen. Der Kläger ist nach mehrmonatiger Arbeitslosigkeit seit 1. November 2009 bei der C.\_\_\_\_\_ AG als Teilzeit-Kundenberater bzw. Broker angestellt. Offenbar ist er laut Arbeitsvertrag an keine fixen Arbeitszeiten gebunden, sondern engagiert sich nach seinem persönlichen freien Ermessen für die Arbeitgeberin (Urk. 18/23 [Zusammenarbeitsvertrag für Kundenberater in Teilzeit vom 12. Juni 2009]; Prot. I S. 12). Allerdings vermochte der Kläger glaubhaft darzutun, dass er daneben noch für die G.\_\_\_\_\_ GmbH arbeitstätig ist, wobei die

Lohnvergütung aber gesamthaft über die C.\_\_\_\_\_ AG erfolgt (Urk. 27/39, 27/40 [Nebenanftlicher Vermittlervertrag vom 12. Juni 2009], 27/41, Urk. 18/26-33: "Beraterentsch." / "KK-Saldo"). Es erscheint insbesondere plausibel, dass der Kläger gesamthaft ein Vollpensum bewältigt (Urk. 27/42; Urk. 25 S. 4; Urk. 2 S. 13). Zuvor war er von Mai 1986 bis Mai 2009 bei der D.\_\_\_\_\_, Generaldirektion ..., als Vorsorge- und Finanzberater tätig. Dort wurde ihm jedoch per Ende Mai 2009 gekündigt. Von November 1985 bis April 1986 war er ebenfalls bei der D.\_\_\_\_\_, Direktion ..., als Akquisitionsinspektor angestellt. Von Oktober 1981 bis Oktober 1985 war er bei der H.\_\_\_\_\_, Generalagentur ..., Versicherungsexperte. Davor war er als Lagerangestellter/stellvertretender Lagerchef und Verkäufer von Radio- und TV-Geräten arbeitstätig. Eine Lehre als Eisenbetonzeichner hatte er im November 1975 abgebrochen, jedoch liess er sich in der Folge berufsbegleitend im Versicherungsbereich aus- und laufend weiterbilden. Am 8. Dezember 2010 erlangte der Kläger das Zertifikat (Bevilligung FINMA), um als Berufsbezeichnung "Versicherungsvermittler VBV" zu führen, eine Bedingung für die heutige unbefristete Anstellung (vgl. Urk. 18/36, beiliegender Lebenslauf, Urk. 18/24, 18/25; Prot. I S. 11).

Im Eheschutzentscheid vom 20. Dezember 2007 wurde von einem durchschnittlichen tatsächlichen Einkommen des Klägers bei der D.\_\_\_\_\_ von Fr. 4'289.– pro Monat (ohne Spesen) ausgegangen (Urk. 6/1 S. 6, 14 f.; Urk. 6/12 S. 3). Die Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren vom 5. August 2009 basierte auf Arbeitslosentaggeldern von Fr. 3'120.45 pro Monat (Urk. 6/14, 6/17). Dem Massnahmenentscheid vom 20. Mai 2010 lag ab Juni 2010 ein tatsächliches Einkommen von Fr. 4'658.– zugrunde (Urk. 6/54 S. 15). Der Entscheid der Kammer vom 16. Februar 2011 fusste auf einem tatsächlichen klägerischen Einkommen von Fr. 4'050.– (6/66 S. 6). Im Rahmen des Scheidungsurteils vom 24. Oktober 2011 wurde dann bekanntlich von einem hypothetischen Einkommen des Klägers in der Höhe von Fr. 6'500.– ausgegangen (Urk. 3/2 S. 4).

Zwar hätte der Kläger den seinerseits im Rahmen der Berufung neu beigebrachten Auszug der SVA Zürich vom 24. November 2015 betreffend sein individuelles AHV-Konto mit den AHV-pflichtigen Einkünften von 1975 bis 2014 (Urk. 10) be-

reits im vorinstanzlichen Verfahren einholen und einreichen können, allerdings hätte auch die Vorinstanz gestützt auf die geltende (eingeschränkte) Untersuchungsmaxime auf die Feststellung des Sachverhalts hinwirken sollen (Art. 272 ZPO; vgl. im Übrigen auch die gerichtliche Hinweispflicht betreffend Nachreichung notwendiger Urkunden gemäss Art. 277 Abs. 2 ZPO). Eine entsprechende Beweisofferte wurde von der Beklagten denn auch gestellt (Urk. 31 S. 3 "Amtliche Erkundigung bei der AHV"). Sodann rügt die Beklagte, wie beim Prozessualen dargetan, die Vorinstanz habe statt der (eingeschränkten) Untersuchungsmaxime die Verhandlungsmaxime angewandt und den Sachverhalt (in Verletzung der anwendbaren eingeschränkten Untersuchungsmaxime) nicht von Amtes wegen festgestellt (vgl. Urk. 1 S. 3 f.). Die Beklagte verhält sich somit widersprüchlich, wenn sie den nunmehr vorliegenden klägerischen AHV-Kontoauszug als unzulässiges Novum aus dem Recht weisen will (Urk. 12 S. 1 f.). Vor diesem Hintergrund steht Art. 317 Abs. 1 ZPO der Verwendung des AHV-Auszugs im vorliegenden Berufungsverfahren nicht entgegen. Im Übrigen könnten die früheren Einkünfte des Klägers bis ins Jahr 2011 auch anhand der vorinstanzlich beigezogenen Scheidungsakten (vgl. Urk. 6) eruiert werden (z.B. Urk. 6/1 S. 6, 14; Urk. 12 S. 2). Ab 2011 wurden sodann die klägerischen Einkünfte vor Vorinstanz dokumentiert (Urk. 3/3-6, 19; vgl. Urk. 2 S. 18). Für die aktuelle Bemessung des hypothetischen Einkommens sind die weiter zurückliegenden Einkünfte des Klägers im Übrigen ohnehin nicht von ausschlaggebender Bedeutung, runden das Bild jedoch ab.

Aus dem AHV-Auszug erhellt, dass der Kläger im Jahr 2003 (bei der D.\_\_\_\_\_) ein maximales (Brutto-)Einkommen von Fr. 89'979.– bzw. rund Fr. 7'498.– pro Monat erzielte. Er verdiente mithin nie das ihm von der Beklagten unterstellte Jahreseinkommen von Fr. 180'000.– bis Fr. 200'000.– bzw. gar bis zu Fr. 20'000.– im Monat (vgl. Urk. 31 S. 1; Prot. I S. 7; Urk. 1 S. 4). Im Jahr 2004 verdiente er Fr. 71'966.– bzw. Fr. 5'997.– monatlich, 2005 Fr. 67'371.– bzw. rund Fr. 5'614.– monatlich, 2006 Fr. 58'099.– bzw. rund Fr. 4'852.– monatlich, 2007 Fr. 76'860.– bzw. Fr. 6'405.– monatlich, 2008 Fr. 61'537.– bzw. rund Fr. 5'128.– monatlich, 2009 Fr. 69'875.– bzw. rund Fr. 5'823.– monatlich, im Jahr 2010 Fr. 58'085.– bzw. rund Fr. 4'840.– monatlich, im Jahr 2011 Fr. 55'500.– bzw. Fr. 4'625.– monatlich, im Jahr 2012 Fr. 50'000.– bzw. rund Fr. 4'167.– monatlich, 2013 Fr. 39'000.– bzw.

Fr. 3'250.– und 2014 Fr. 43'800.– bzw. Fr. 3'650.– monatlich (vgl. Urk. 10). Seit 2003 verdiente der Kläger mithin nie mehr ein Einkommen in der Höhe von Fr. 6'500.– netto, sondern merklich weniger, selbst im Rahmen seiner gut bezahlten Anstellung bei der D.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 6). Nur schon vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass es ihm mit Blick auf sein fortgeschrittenes Alter und die heutigen Marktbedingungen möglich ist, das ihm im Rahmen der Scheidung angerechnete hypothetische Einkommen von Fr. 6'500.– tatsächlich zu erzielen (vgl. auch Mülhauser, Das Lohnbuch 2014, S. 386, N 66.21, wonach ein Versicherungsagent im Aussendienst ab 50. bis 54. Altersjahr Fr. 6'120.– brutto bzw. ab 60. Altersjahr Fr. 6'313.– brutto, je x 12 verdient).

Angesichts seiner Ausbildung und 34-jährigen Erfahrung in der Versicherungsbranche, davon vier Jahre als Broker (Vermittler/Zwischenhändler; vgl. Urk. 18/36), sollte es dem Kläger, der keine gesundheitlichen Einschränkungen geltend machte, jedoch möglich sein, ein Einkommen von wenigstens rund Fr. 5'000.– netto zu erzielen, dies allenfalls auch als Aussendienstverkäufer in einer anderen Branche. So deponierte der Kläger im Scheidungsverfahren selbst, dass er im Beraterbereich im Aussendienst tätig sein wolle, wobei das nicht unbedingt mit Versicherungen zu tun haben müsse (Urk. 6: Prot. S. 9). Es trifft zwar zu, dass es für den Kläger mit seinen nunmehr 58 Jahren nicht einfach ist, eine Anstellung zu finden, und er zudem für einige Stellen überqualifiziert wäre. Allerdings ist gerade im Aussendienst die langjährige Erfahrung im Umgang mit Kunden auf Provisionsbasis ein sehr wichtiges Anstellungskriterium, welches das Alter des Klägers wiederum relativiert. Kommt hinzu, dass im Aussendienst in der Regel ein Grossteil des Lohnes aus Provisionen besteht, was denn auch das Risiko des Arbeitgebers reduziert und so wiederum die Chancen auch älterer Arbeitssuchenden auf eine Anstellung erhöht. Zudem hat der Kläger es ein Stück weit selber zu vertreten, wenn er sich nach der Scheidung im Oktober 2011, damals 54-jährig, nicht intensiv um eine Steigerung seines Einkommens und allenfalls auch einen Stellenwechsel bemühte, sondern sich scheinbar vielmehr auf die finanzielle Unterstützung seiner im Februar 2015 verstorbenen Lebenspartnerin verliess. So räumte er denn auch ein, dass der Tod der Lebensgefährtin Anlass für das Abänderungsverfahren geboten habe (Urk. 9 S. 4).

Entscheidend ist jedoch in erster Linie, dass der Kläger in keiner Weise darzutun geschweige denn zu belegen vermag, dass er sich genügend intensiv vergeblich um eine Anstellung bemühte, um das ihm im Rahmen der Scheidung angerechnete hypothetische Einkommen zu erzielen. Insbesondere kann er auch die Pauschalbehauptung, wonach er aufgrund seines Alters auf dem Stellenmarkt ohnehin chancenlos sei, in keiner Weise genügend untermauern. Dass eine Direktion der I.\_\_\_\_\_, wo sich der Kläger als normaler Kundenberater beworben hatte, offenbar beschloss, keine Personen über 50 Jahre mehr einzustellen (Prot. I S. 10), reicht dafür selbstredend nicht aus. Auch in den einschlägigen Stelleninseraten (vgl. z.B. unter "www.jobs.ch", "www.versicherungsjobs-schweiz.ch" oder "www.jobscout.ch") wird im Übrigen in der Branche des Klägers (z.B. unter "Versicherungsberater") nur vereinzelt eine Altershöchstgrenze angegeben. Der Kläger hat sich ja auch nicht etwa als Bauarbeiter zu bewerben, wo eine Anstellung mit 58 Jahren tatsächlich illusorisch sein dürfte. Belegt ist vorliegend bloss, dass sich der Kläger im Jahr 2013 über zwei ihm bekannte Berufsleute und Leiter von Versicherungsagenturen, nämlich E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, offenbar vergeblich um eine Anstellung bei der J.\_\_\_\_\_ (Leiter ...) bzw. zwei verschiedene Anstellungen bei der K.\_\_\_\_\_ (Hauptagent und Brokerbetreuer für die Agenturen ..., ... und ...) bemühte. Bei der J.\_\_\_\_\_ habe es dann nach einem einjährigen Bewerbungsverfahren geheissen, er sei zu teuer. Die Stelle bei der K.\_\_\_\_\_ sei mit einer anderen Person besetzt worden, welche ein grösseres Kundenportfolio und zwei Mitarbeiter mitgebracht habe bzw. mit einer jüngeren Person, welche bereits bei der K.\_\_\_\_\_ gearbeitet und ebenfalls Erfahrung in der Brokerbetreuung mitgebracht habe (Urk. 18/34-38; Prot. I S. 10; vgl. auch Urk. 2 S. 15 f.). Weitere konkrete vergebliche Suchbemühungen wurden weder substantiiert behauptet (Prot. I S. 10), geschweige denn durch Belege untermauert. Selbstredend genügt es nicht, wenn sich der Kläger im Jahr 2013 über den Bekanntenkreis auf vier Stellen bewirbt. Damit sind weder ein guter Wille noch zumutbare, ernsthafte Anstrengungen genügend dargelegt. Der Kläger konnte, nachdem er seit November 2009 für die C.\_\_\_\_\_ AG erwerbstätig und der Erfolg dort schon länger ausgeblieben war (Urk. 9 S. 3 unten) bzw. der Lohn sich stets auf tieferem Niveau bewegte, nicht damit rechnen, dass er an dieser Stelle das zur Begleichung der geschuldeten Alimente

erforderliche Einkommen würde erzielen können. Dass es sich bei der C.\_\_\_\_\_ AG grundsätzlich um eine gute Anstellung mit Potential auf einen höheren Lohn handle, wie der Kläger deponierte (Urk. 31 S. 2), ändert nichts, wenn der Kläger dieses Potential über Jahre nicht auszunützen vermag und aktuell einen Lohn generiert (vgl. Lohnabrechnung Januar 2015 [3/19]: Fr. 3'193.60), der selbst unter dem in der Gesellschaft diskutierten und in vielen Unternehmen auch umgesetzten Mindestlohn für Hilfsarbeiten von Fr. 4'000.– brutto liegt. Der Kläger wandte sich weder an das RAV noch an andere professionelle Stellenvermittlungsangebote (Headhunter etc.), um seine finanzielle Situation durch eine andere, besser entlöhnte Anstellung zu verbessern. Auch unterliess er es, sich in anderen Branchen als Berater im Aussendienst zu bewerben. Um seinen Standpunkt hinreichend glaubhaft zu machen, wären mindestens zehn bis zwölf ernsthafte monatliche vergebliche Bewerbungen über einen längeren Zeitraum vonnöten. Davon ist der Kläger jedoch weit entfernt.

Zusammengefasst vermochte der Kläger mithin nicht glaubhaft darzutun, dass ihm die Erzielung eines höheren (hypothetischen) Einkommens nicht möglich war. Im Gegenteil ist davon auszugehen, dass es ihm bei hinreichenden, intensiven Suchbemühungen möglich und auch zumutbar gewesen wäre und ist, einen Lohn von mindestens Fr. 5'000.– netto zu verdienen, dies auch und gerade als Berater im Aussendienst in einer versicherungsfremden Branche (vgl. z.B. der Verdienst eines Handelsreisenden: ab 50. bis 54. Altersjahr Fr. 6'120.– brutto bzw. ab 60. Altersjahr Fr. 6'313.– brutto, je x 13 berufstüblich, Mülhauser, a.a.O., S. 243, N 46.19). Ein solches Einkommen ist dem Kläger ohne weiteres auch rückwirkend anzurechnen, zumal - mangels aktenkundiger intensiver Suchbemühungen - davon ausgegangen werden muss, dass der Kläger die möglichen Einnahmequellen bewusst nicht nutzte. Die Erzielung eines Einkommens von Fr. 6'500.– erscheint demgegenüber gegenwärtig nicht mehr möglich, insbesondere nachdem sich das Einkommen des Klägers bei der C.\_\_\_\_\_ AG nicht wie erwartet entwickelte bzw. sich die Prognose im Scheidungsurteil über längere Zeit nicht verwirklicht hat. Dabei kann und muss dahingestellt bleiben, ob die scheidungsrechtlichen Erwartungen überhaupt realistisch waren, weil im Abänderungsverfahren das Scheidungsurteil nicht zu überprüfen ist. Weil jedoch dauerhaft von einem wesentlich

tieferen erzielbaren hypothetischen Einkommen auszugehen ist, liegt ein Abänderungsgrund vor.

Eine Neuberechnung des geschuldeten nachehelichen Unterhalts aufgrund der aktuellen Bedarfs- und Einkommenszahlen beider Parteien unter Wahrung des bisherigen Verhältnisses zwischen dem Einkommen des Schuldners und dem Unterhaltsbeitrag (vgl. Urk. 2 S. 22 f.) kann im Rahmen des vorliegenden vorsorglichen Massnahmeverfahrens jedoch unterbleiben, weil es dem Kläger bei Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von mindestens Fr. 5'000.– sowie eines eigenen Bedarf von Fr. 3'752.– bzw. Fr. 3'311.– ab August 2015 (Urk. 2 S. 19; Urk. 1 und Urk. 9 passim) weiterhin möglich und auch zuzumuten ist, die geschuldeten Unterhaltsbeiträge über Fr. 1'180.– an die Beklagte zu bezahlen (vgl. auch Urk. 1 S. 9). Bei der Behauptung der Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 30. Dezember 2015, wonach die von der Vorinstanz im klägerischen Bedarf berücksichtigten Fahrspesen über Fr. 400.– (vgl. Urk. 2 S. 20) in keinem Verhältnis zum aktuellen Verdienst stünden und daher auf maximal die Hälfte zu reduzieren seien (Urk. 12 S. 3), handelt es sich im Übrigen um ein unzulässiges Novum (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO und Urk. 1 passim). Mit Blick auf die rückwirkende Anrechnung eines hypothetischen Einkommens über Fr. 5'000.– erscheint der Betrag jedoch ohnehin angemessen. Nach dem Gesagten liegt mit anderen Worten kein Extremfall vor, welcher eine vorsorgliche Abänderung/Herabsetzung der rechtskräftig festgelegten Unterhaltsbeiträge indizierte. Eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge bleibt vielmehr dem Hauptverfahren vorbehalten. Es ist dem Kläger zuzumuten, den Prozessausgang abzuwarten und bis dahin die einstweilen immer noch in Urteilsform festgelegte Leistungspflicht zu erfüllen.

Das vorsorgliche Abänderungsbegehren Ziffer 1 ist somit, entgegen der ersten Instanz, abzuweisen und entsprechend die Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung in Gutheissung der Berufung ersatzlos aufzuheben.

#### D. Anweisung (Abänderungsbegehren Ziffer 2)

Die Vorinstanz hielt an der von den Parteien im Rahmen der Scheidung vorgesehenen Schuldneranweisung fest und passte diese entsprechend ihrem Abände-

rungsentscheid dahingehend an, dass die C.\_\_\_\_\_ AG angewiesen wurde, ab 1. November 2015 vom Lohn des Klägers monatlich Fr. 124.– zuhanden der Beklagten auf deren Konto zu überweisen. Betreffend die Zeit davor, ab 26. Februar 2015 (Anhängigmachung der Abänderungsklage) bis Oktober 2015, als die ursprüngliche Anweisung über Fr. 1'180.– weiterlief, merkte der Vorderrichter vor, dass der Kläger im Umfang von Fr. 10'374.– zu viel persönliche Unterhaltsbeiträge an die Beklagte bezahlt habe. Über eine allfällige Verrechnung des genannten Betrages werde im Endentscheid zu befinden sein (Urk. 2 S. 25, Dispositivziffern 2 und 3).

Die Beklagte beantragte die ersatzlose Aufhebung der gesamten vorinstanzlichen Abänderungsverfügung (Urk. 1 S. 2) und damit die Weitergeltung der bisherigen Anweisung im Umfang von Fr. 1'180.–.

Weil das vorsorgliche Abänderungsbegehren Ziffer 1, wie dargetan, zweitinstanzlich abzuweisen ist, hat der Kläger (über die weiterlaufende Anweisung) nicht zu viele Unterhaltsbeiträge bezahlt, weshalb die entsprechende Vormerkung der Vorinstanz (Urk. 2 S. 25, Dispositivziffer 3) ersatzlos aufzuheben ist.

Bei der Anweisung darf jedoch nicht auf ein hypothetisches Einkommen des Schuldners abgestellt werden, wenn bei Zugrundelegung des effektiven Einkommens ein (unzulässiger) Eingriff in dessen Existenzminimum resultiert (vgl. BGer 5A\_490/2012 E. 3; 5A\_474/2015 E. 2.2; 5A\_34/2015 E. 6.2). Solches ist beim Kläger allerdings der Fall, nachdem sein tatsächliches Einkommen, wie erwähnt, durchschnittlich Fr. 3'435.– beträgt und sich sein aktueller Bedarf auf Fr. 3'311.– beläuft (Urk. 2 S. 18 f.). Anlässlich der Scheidung erzielte der Kläger demgegenüber noch ein tatsächliches Einkommen von Fr. 4'840.– (2010) bzw. Fr. 4'625.– (2011) monatlich und vermochte er bei einem (angewiesenen) Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'180.– sein damaliges betriebsrechtliches Existenzminimum von Fr. 3'566.– (Urk. 3/2 S. 4; ohne Steuern und Abzahlungsschulden) noch knapp bzw. annähernd zu decken. Damit hat sich die Lage des Unterhaltsschuldners seit Erlass der Anweisung massgeblich verschlechtert und eine Weiterführung derselben im bisherigen Umfang erscheint nicht mehr zumutbar. Eine Anweisung ist daher gleichwohl trotz Abweisung des Abänderungsbegehrens betreffend die naheheili-

chen Unterhaltsbeiträge lediglich im Umfang von Fr. 124.– monatlich möglich. Es bleibt daher beim vorinstanzlichen Abänderungsentscheid betreffend die Anweisung gemäss Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung.

Die Vorinstanz hat – entgegen Art. 315 Abs. 4 ZPO – die neue Anweisung der Arbeitgeberin vom Eintritt der (formellen) Rechtskraft (zum Begriff: BGE 139 III 486) des vorsorglichen Massnahmeentscheids abhängig gemacht und aufgrund der erhobenen Berufung keine Mitteilung an die Arbeitgeberin vorgenommen (Urk. 2 S. 24, S. 26 Dispositiv Ziffer 6, Urk. 34). Demzufolge ist die Arbeitgeberin des Klägers nunmehr anzuweisen, *ab sofort* vom Lohn des Klägers Fr. 124.– an die Beklagte zu überweisen. Die Vorinstanz hat die Anweisung "längstens bis zur Rechtskraft des Abänderungsurteils bzw. einer früheren Beendigung des Arbeitsverhältnisses" befristet (Urk. 2 S. 25). Der Eintritt der Rechtskraft des Abänderungsurteils ist für einen Dritten aber nicht ohne weiteres erkennbar. Mit dem Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache wird sich die Vorinstanz gegenüber der angewiesenen Arbeitgeberin nochmals zwingend darüber auszusprechen haben, ob und in welchem Umfang die Anweisung definitiv weitergeführt wird (vgl. zum Dahinfallen der an einen Dritten gerichteten Massnahme: BK-Bühler/Spühler, N 68 zu Art. 145 ZGB). Die vorsorgliche Anweisung ist daher bis zu einer anderslautenden Gerichtsentscheid bzw. einer früheren Beendigung des Arbeitsverhältnisses anzuordnen.

#### E. Unentgeltliche Rechtspflege

Die Vorinstanz gewährte beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Urk. 8 und 15).

Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Im Berufungsverfahren lässt lediglich die Beklagte ein Armenrechtsgesuch stellen (Urk. 1 S. 2; Urk. 9 passim).

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Überdies besteht ein Anspruch auf die Bestellung einer

unentgeltlichen Rechtsvertretung, wenn dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig erscheint, insbesondere wenn auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

Die Mittellosigkeit der Beklagten ist ausgewiesen. Sie ist nicht arbeitstätig und gesundheitlich angeschlagen (Urk. 13 S. 2; Urk. 12/1; Urk. 14/2). Zwar ist sie Alleineigentümerin einer selbst bewohnten Liegenschaft, allerdings ist eine Erhöhung der Hypothek gemäss Schreiben der UBS vom 22. März 2015 aufgrund der persönlichen Tragbarkeit ausgeschlossen (Urk. 14/1). Überdies hat sich ihr Prozessstandpunkt nicht als aussichtslos erwiesen und sie war auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren ist daher zu bewilligen und es ist ihr Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

#### F. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens zu 80 % dem Kläger und zu 20 % der Beklagten, welche betreffend die Anweisung mehrheitlich unterliegt, aufzuerlegen. Dementsprechend ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine auf 60 % reduzierte Parteientschädigung über Fr. 2'160.-, zuzüglich Fr. 172.80 (8 % Mehrwertsteuern, vgl. Urk. 1 S. 2), mithin total Fr. 2'332.80 zu bezahlen (vgl. § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 9, § 11 Abs. 1 bis 3 und § 13 Abs. 1 AnwGebV).

Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren ist der Kostenanteil der Beklagten jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Der Beklagten wird die unentgeltliche Prozessführung im Berufungsverfahren bewilligt und es wird ihr Rechtsanwalt Dr. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

2. Schriftliche Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Das vorsorgliche Abänderungsbegehren Ziffer 1 wird abgewiesen. Die Dispositivziffern 1 und 3 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 12. Oktober 2015 werden entsprechend ersatzlos aufgehoben.
2. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3 der mit Verfügung und Urteil vom 24. Oktober 2011 des Bezirksgerichts Bülach (Geschäfts-Nr. FE090197) genehmigten Scheidungskonvention wird die C.\_\_\_\_\_ AG, ... [Adresse], im Sinne einer vorsorglichen Massnahme angewiesen, ab sofort vom Lohn des Klägers monatlich Fr. 124.– zuhanden der Beklagten auf deren Konto bei der ZKB ..., ... [Adresse], Konto-Nr. ..., zu überweisen, bis zu einem anderslautenden Gerichtsentscheids bzw. einer früheren Beendigung des Arbeitsverhältnisses und unter Androhung der doppelten Zahlungspflicht im Widerhandlungsfall.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu 80 % und der Beklagten zu 20 % auferlegt. Der Anteil der Beklagten wird jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'332.80 zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz und im Auszug hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 2 und 6 an die C.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 21. Januar 2016

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:  
mc