

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ160002-O/U.doc

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

Beschluss und Urteil vom 18. November 2016

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Mitinhaberin der elterlichen Sorge C. _____

betreffend **Abänderung Unterhalt**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 18. Mai 2016 (FK160013-K)

Rechtsbegehren:
(Urk. 1 und 2 sinngemäss)

"Es seien die monatlichen Unterhaltsbeiträge herabzusetzen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.

Dem Kläger sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren."

**Urteil des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am
Bezirksgericht Winterthur vom 18. Mai 2016:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird Ziffer 2 des am 11. Januar 2011 von der Vormundschaftsbehörde ... (heute: KESB der Bezirke Winterthur und Andelfingen) genehmigten Unterhaltsvertrages vom 6. Oktober 2010 rückwirkend per 20. August 2015 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"2. A. _____ verpflichtet sich, für B. _____ an die Mutter und Inhaberin der elterlichen Sorge C. _____ jeweils monatlich im Voraus folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

Fr. 700.– von der Geburt bis zum 19. August 2015,
Fr. 485.– vom 20. August 2015 bis 5. April 2016,
Fr. 700.– vom 6. April 2016 bis zur Mündigkeit,

je zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, soweit er darauf Anspruch hat."
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt. Allfällige weitere Kosten bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
4. Dem Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Berufung).

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 25):

1. Es seien die Dispositivziffern 1-4 des Urteils des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 18. Mai 2016 (FK160013) aufzuheben und zur Ergänzung der Sachverhaltserhebung, konkret zur Ermittlung der aktuellen Einkommensverhältnisse der Kindsmutter C._____, sowie Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Eventualiter sei die Dispositivziffer 1 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und wie folgt abzuändern:

"A._____, verpflichtet sich, für B._____ an die Mutter und Inhaberin der elterlichen Sorge C._____ jeweils monatlich im Voraus folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:

Fr. 700.00 von der Geburt bis zum 19. August 2015,
Fr. 279.15 vom 20. August 2015 bis 5. April 2016,
Fr. 700.00 vom 6. April 2016 bis zur Mündigkeit,

je zuzüglich gesetzliche oder vertragliche Kinder- bzw. Ausbildungszulagen, soweit er darauf Anspruch hat."

2. Die Kosten seien dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen und es sei dieser zu verpflichten, dem Berufungskläger eine angemessene Parteientschädigung (zzg. MWST) zu entrichten.

Prozessuale Anträge:

3. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihm in der Person von Rechtsanwältin MLaw X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizuordnen.

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) ist der Vater des am tt.mm.2009 geborenen Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter). Am 6. Oktober 2010 schlossen die nicht verheirateten Eltern einen Unterhaltsvertrag, genehmigt durch die seinerzeitige Vormundschaftsbehörde ... am 11. Januar

2011. Darin verpflichtete sich der Kläger zu Unterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 700.– bis zur Mündigkeit des Beklagten (Urk. 5/5/1).

2. Am 20. August 2015 stellte der Kläger beim Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) ein erstes Abänderungsbegehren betreffend die mit Unterhaltsvertrag vom 6. Oktober 2010 vereinbarten Kinderunterhaltsbeiträge. Die Vorinstanz trat mit Verfügung vom 6. Oktober 2015 auf das Begehren nicht ein, da kein Schlichtungsverfahren durchgeführt worden war (Urk. 5/6).

3. Mit Eingabe vom 8. Februar 2016 erhob der Kläger erneut Klage auf Abänderung seiner Unterhaltspflicht. Für das erstinstanzliche Verfahren ist auf den angefochtenen Entscheid zu verweisen (Urk. 26). Am 18. Mai 2016 fällte die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil.

4. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhob der Kläger am 25. August 2016 Berufung mit den vorstehend zitierten Rechtsmittelanträgen (Urk. 25). Mit Schreiben vom 23. Juni 2016 wurde dem Beklagten vom Eingang der Berufung Kenntnis gegeben (Urk. 30). Weitere prozessuale Anordnungen sind nicht ergangen. Am 15. November 2016 stellte Rechtsanwältin X. _____ ihre provisorische Leistungsübersicht zu (Urk. 31, 32).

II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Der Berufungsentscheid ist zu begründen (Art. 318 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 112 BGG), wobei die Begründung kurz ausfallen darf, wenn der angefochtene Entscheid bestätigt wird; auch ist es zulässig, auf die Begründung des zu bestätigenden erstinstanzlichen Entscheides zu verweisen (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO-Komm., Art. 318 N 54).

2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten

(Art. 317 Abs. 1 ZPO). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten (BGE 138 III 626 f., E 2.2). Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen.

3.1 Der vor Vorinstanz nicht anwaltlich vertretene Kläger begründete sein Abänderungsbegehren in der Eingabe vom 8. Februar 2016 damit, dass er seine Ehefrau finanziell unterstützen müsse, was im Zeitpunkt des Unterhaltsbeitrages zu wenig gewürdigt worden sei. Zudem verfüge die Mutter des Beklagten (C._____) über verschiedene Einkommensquellen, und er benötige in absehbarer Zeit eine grössere Wohnung, damit er dem Beklagten ein eigenes Zimmer anbieten könne; auch möchte er einmal mit seinem Sohn in die Ferien fahren (Urk. 1).

Anlässlich der Hauptverhandlung konkretisierte der Kläger sein Begehren, indem er ausführte, er habe sein Arbeitspensum als Pfleger im Spital ... von 90 % auf 80 % reduziert, da er eine Weiterbildung zum Fachangestellten Gesundheit machen müsse, um den Arbeitsplatz behalten zu können. Die Ausbildung dauere bis Ende 2016. Auch sei die Arbeit mit einer grossen Belastung verbunden. Weiter führte er aus, dass er mit dem Beklagten gerne mehr Ausflüge und in die Ferien verreisen sowie eine grössere Wohnung beziehen möchte sowie dass er seine getrennt lebende Ehefrau finanziell unterstützen müsse (Prot. S. 2 ff.). Im Rahmen der Einreichung von weiteren Beweismitteln erklärte der Kläger, dass er sich infolge eines erhöhten Bedarfs nur einen Unterhaltsbeitrag von bis zu Fr. 400.– pro Monat leisten könne, und sinngemäss rügte er, dass das Einkommen der Kindsmutter nicht abgeklärt werde (Urk. 9).

3.2 Die Vorinstanz schloss, die Reduktion des Arbeitspensums sei als Abänderungsgrund zu berücksichtigen, soweit der Kläger diese mit der Aus- bzw. Weiterbildung zur Erhaltung seiner Arbeitsstelle begründe. Da der Besuch jedoch nur für die Zeit von Januar 2014 bis 5. April 2016 belegt sei, sei eine Anpassung nur ab

Zeitpunkt Klageeinreichung bis 5. April 2016 vorzunehmen. Dagegen verwarf die Vorinstanz die weiteren vom Kläger angeführten Argumente (dauernde Reduktion des Arbeitspensums wegen starker Belastung; Pflicht, seine Ehefrau finanziell zu unterstützen; höhere Bedarfspositionen; Urk. 26 S. 9, 11 ff.). Insgesamt reduzierte sie die Unterhaltsbeiträge für die Zeit vom 20. August 2015 bis 5. April 2016 auf Fr. 485.–, im Übrigen wies sie die Klage ab (Urk. 26 S. 15).

4.1 In der Berufung rügt der inzwischen rechtskundig vertretene Kläger, er habe im vorinstanzlichen Verfahren mehrfach im- und explizit (in Urk. 1, Urk. 5/1 und Urk. 9) die Berücksichtigung der mutmasslich verbesserten Einkommensverhältnisse der Kindsmutter verlangt. Damit habe er implizit den Antrag gestellt, dass die Kindsmutter zur Offenlegung ihrer aktuellen Einkommensverhältnisse zu verpflichten sei. Auf diesen Antrag sei die Vorinstanz mit keinem Wort eingegangen, weshalb sie das rechtliche Gehör verletzt habe. Der Grundsatz, wonach sich beide Elternteile im Verhältnis ihrer wirtschaftlichen Kräfte am Unterhalt des Kindes zu beteiligen hätten, gelte selbstverständlich während der gesamten Dauer der Unterhaltsbedürftigkeit des Kindes (Urk. 25 S. 5).

4.2 Der Kläger stellt als Hauptantrag ausschliesslich einen Rückweisungsantrag, ohne einen Antrag in der Sache zu stellen, wie im Falle einer "Ergänzung der Sachverhaltserhebung" neu zu entscheiden wäre. Dies ist unzulässig bzw. ungenügend. Dass der Kläger in der Berufungsschrift geltend macht, er kenne die aktuellen Einkommensverhältnisse der Kindsmutter nicht (Urk. 25 S. 6 Ziff. 12, S. 8 Ziff. 18), ändert daran nichts. Die Berufung ist ein reformatorisches Rechtsmittel (Art. 318 Abs. 1 lit. b ZPO) und die Berufungsinstanz besitzt volle Kognition in Sach- und Rechtsfragen, weshalb Rechtsmittelanträge entsprechend zu formulieren sind. Auf den Hauptantrag kann bereits aus diesem Grund nicht eingetreten werden.

4.3 Für die veränderten Verhältnisse (Art. 286 Abs. 2 ZGB) ist der Kläger als Abänderungskläger behauptungs- und beweispflichtig. In der Klage führte der Kläger aus, die Kindsmutter habe bereits jetzt verschiedene Einkommensquellen; zudem würden auch die gesamten Kinderzulagen an sie gehen (Urk. 1). Der Kläger machte in der am 17. März 2016 durchgeführten Verhandlung, in welcher die

eigentliche Klagebegründung zu erfolgen hatte (Art. 245 ZPO, Urk. 6), keine Angaben zum Einkommen der Mutter des Beklagten, noch erwähnte er, er halte deren finanzielle Situation in irgendeiner Weise für relevant (Prot. I S. 2 ff., S. 7, S.11). Nachdem der Kläger mit Beweisverfügung vom 17. März 2016 zur Einreichung diverser Unterlagen aufgefordert worden war (Urk. 7), teilte der Kläger in einem undatierten Schreiben der Vorinstanz noch mit, es sei ihm von der Friedensrichterin erklärt worden, "das Alimente kann unter gestellt werden je nach einkommen von beiden Eltern, ab sie schauen nicht nach einkommen von Fr C._____" (Urk. 9). Urk. 5/1 betrifft schliesslich die Klage in einem anderen Verfahren FK150028 (vgl. E. I.2). Bei dieser Aktenlage kann der Vorinstanz auch unter Geltung der Untersuchungsmaxime nicht vorgeworfen werden, sie habe einen Antrag des Klägers zur Offenlegung der aktuellen Einkommensverhältnisse der Kindsmutter (Urk. 25 S. 5 Ziff. 8) bzw. "zur Auskunftserteilung" (Urk. 25 S. 6 Ziff. 12), nicht beachtet. Wenn der (nunmehr rechtskundig vertretene) Kläger in seiner Berufung meint, die Vorinstanz hätte die Mutter und Vertreterin des Beklagten zur "Offenlegung ihrer aktuellen Einkommensverhältnisse" verpflichtet bzw. zur "Auskunftserteilung" auffordern müssen (Urk. 25 S. 5 Ziff. 8, S. 6 Ziff. 12), zeigt er damit nicht auf, welche von ihm angerufenen Beweismittel die Vorinstanz übergang. Die Mutter des Beklagten ist nicht Verfahrenspartei. Der Kläger stellt auch im Berufungsverfahren "zur Ermittlung der aktuellen Einkommensverhältnisse der Kindsmutter C._____" (Urk. 25 S. 2) keinerlei konkreten Beweisanträge (z.B. Zeugenbefragung, Urkundenedition Dritter), obwohl auch die Berufungsinstanz Beweise abnehmen könnte (Art. 316 Abs. 3 ZPO).

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts liegen daher nicht vor.

4.4 Die Einwände des Klägers halten aber auch materiellen Überlegungen nicht stand:

Gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB setzt das Gericht bei erheblicher Veränderung der Verhältnisse den Unterhaltsbeitrag auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes

neu fest oder hebt ihn auf. Unter Art. 286 Abs. 2 ZGB fällt jede Veränderung der für die Bemessung des Beitrages nach Art. 285 Abs. 1 bedeutsamen Verhältnisse, sei es beim Kind, beim Beitragsschuldner oder beim Inhaber der elterlichen Sorge (BK-Hegnauer, Art. 286 ZGB N 68 ff.). Im Bundesgerichtsentscheid 108 II 83 hat das Bundesgericht den Grundsatz aufgestellt, dass Mehreinkünfte, die der sorgeberechtigte Elternteil auf Grund seiner eigenen Mehranstrengung erzielt, immer den Kindern in Form einer besseren Lebenshaltung zugute kommen müssen; eine bessere Lebenshaltung im Sinn der Rechtsprechung kann sich in mannigfacher Form offenbaren. Eine Ausnahme wird nur für den Fall vorgesehen, dass die Leistung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge für den Pflichtigen eine besonders schwere Last darstellte (vgl. BGer 5A_180/2007 vom 8. Januar 2008, E. 5.1). Und im Entscheid BGE 134 III 337, E. 2.2.2 (= Praxis 98/2009 Nr. 5) hält das Bundesgericht fest: Gewiss muss eine Verbesserung der Situation der unterhaltspflichtigen Eltern in erster Linie den Kindern zugute kommen, in Form einer besseren Lebenshaltung, insbesondere einer besseren Ausbildung. Nichtsdestotrotz muss die Unterhaltslast unter beiden Elternteilen ausgeglichen sein und insbesondere für den Unterhaltspflichtigen nicht zu einer besonders schweren Last werden, wenn er selber in bescheidenen Verhältnissen lebt.

4.5 Die Vereinbarung der Parteien basierte auf einem Bruttojahreseinkommen des Klägers von Fr. 56'269.– bei einem Pensum von 90 % und der Kindsmutter von Fr. 38'058.– bei einem Pensum von 50 % (Urk. 4/5 S. 2). Den von der Vorinstanz beigezogenen Akten der zuständigen Vormundschaftsbehörde lässt sich entnehmen, dass der Bedarf des Beklagten unter Berücksichtigung des effektiv erzielten Einkommens der Eltern wie folgt festgesetzt wurde (Urk. 5/8/22):

Jahre 0-6 : Fr. 1'563.– (bar Fr. 853.–, Pflege/Erziehung Fr. 709.–)

Jahre 7-12: Fr. 1'395.– (bar Fr. 985.–, Pflege/Erziehung Fr. 410.–)

Jahre 13-18: Fr. 1'611.– (bar 1'390.–, Pflege/Erziehung Fr. 221.–).

Nach Abzug der Kinderzulagen wurde ein durchschnittlicher Bedarf von Fr. 1'315.– für die gesamte Dauer der Unterhaltspflicht errechnet.

Der Kläger verpflichtete sich zu einem Unterhaltsbeitrag von Fr. 700.–, wobei ihm ein Überschuss von 317.– verblieb (Urk. 5/8/22). Die Vereinbarung gründete des weiteren auf der Vorgabe, dass die Kindsmutter ab dem 7. Lebensjahr des Beklagten ein 60 %-Pensum und ab dem 13. Lebensjahr ein 80 %-Pensum versieht. Da der Beklagte nun im 7. Lebensjahr steht, war die Kindsmutter sogar verpflichtet, ihr Arbeitspensum zu erhöhen. Und sollte sie effektiv schon mehr als 60 % arbeiten, im ersten Abänderungsverfahren sprach der Kläger von 70 % (Urk. 5/1), so soll gemäss Rechtsprechung diese Einkommensverbesserung auf Seiten der Sorgerechtsinhaberin (bzw. Obhutsinhaberin, da die Parteien die gemeinsame elterliche Sorge haben, Urk. 5/8/1) in erster Linie dem Kind zugute kommen. Dass dadurch die Unterhaltslast des Klägers in einem offensichtlichen Missverhältnis zu derjenigen der Kindsmutter stehen könnte, ist nicht ersichtlich, zumal diese aufgrund der von der Vorinstanz verfügten (vorübergehenden) Reduktion des Unterhaltsbeitrages finanziell mehr beansprucht wird. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hätte sodann bei einer Einkommenseinbusse des Pflichtigen eine prozentual verhältnismässige Kürzung des Unterhalts zu erfolgen (BGer 5C.197/2003 vom 30. April 2004, E. 4). Diese würde beim Beklagten einer Reduktion von Fr. 700.– auf Fr. 622.– entsprechen ($700 : 9 \times 8$). Allerdings hat die Vorinstanz zu Recht berücksichtigt, dass dem Unterhaltspflichtigen für alle familienrechtlichen Unterhaltskategorien in jedem Fall das Existenzminimum zu belasten ist (BGE 140 III 337 E. 4.2.3; Urk. 26 S. 10).

4.6 Der Einwand des Klägers, es sei zudem fraglich, ob die Kinderunterhaltsbeiträge ursprünglich überhaupt korrekt festgelegt worden seien (Urk. 25 S. 6), stellt ein neues und novenrechtlich verspätetes Vorbringen dar (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Darauf ist nicht näher einzugehen.

4.7 Insgesamt ist auch vor dem Hintergrund, dass die Unterhaltsvereinbarung bereits auf einer Steigerung des Einkommens der Kindsmutter basiert, von Weiterungen in Bezug auf deren Einkommen abzusehen. Eine Rückweisung des Verfahrens zur Vervollständigung des Sachverhalts würde sich daher - selbst wenn auf den Hauptantrag einzutreten wäre - erübrigen.

5.1 Im Eventualstandpunkt kritisiert der Kläger sowohl die Berechnung des anrechenbaren Nettolohnes wie auch des Bedarfs (Urk. 25 S. 7 ff.). Er lässt ausführen, dass er vom 20. August 2015 bis 5. April 2016 maximal Fr. 279.15 bezahlen könnte (Urk. 25 S. 2, 8). Damit stellt er einen unzulässigen neuen Antrag, denn eine Klageänderung ist in der Berufung nur noch zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 227 Abs. 1 ZPO (gleiche Verfahrensart und sachlicher Zusammenhang oder Zustimmung der Gegenpartei) gegeben sind und sie auf neuen Tatsachen und Beweismitteln beruht (Art. 317 Abs. 2 ZPO). Letztere werden keine geltend gemacht. Der Kläger ist auf seiner vor Vorinstanz erfolgten Aussage, er könne maximal Fr. 400.– bezahlen (Urk. 9), zu beharren.

5.2 Für die fragliche Periode ging die Vorinstanz von einem anrechenbaren Nettoeinkommen von Fr. 3'707.25 für ein 80 %-Pensum und von einem Bedarf von Fr. 3'220.– aus (Urk. 26 S. 10).

6.1 Der Kläger moniert, die Vorinstanz gehe fälschlicherweise von durchschnittlich Fr. 3'707.25 aus und übersehe dabei, dass sich der 13. Monatslohn gemäss Nachtrag zum Arbeitsvertrag vom 7. März 2014 einzig aufgrund des fixen monatlichen Bruttolohnes von Fr. 3'551.55 berechne und die Schichtzulagen mithin nicht einzurechnen seien. Zudem würden die Schichtzulagen während der Ferien ebenfalls nicht ausgerichtet, weshalb lediglich während 11 Monaten pro Jahr solche Zulagen ausgerichtet würden. Damit belaufe sich das durchschnittliche Monateinkommen auf Fr. 3'667.60 netto (Urk. 25 S. 7).

6.2 Der 13. Monatslohn entspricht vorbehältlich einer anderslautenden vertraglichen Berechnungsformel der Summe des in den letzten zwölf Monaten bezahlten Lohnes dividiert durch zwölf. Wenn der Lohn also variierte, ist der Durchschnitt zu bezahlen (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319 - 362 OR, Art. 322d N 9 m.H.).

Dem Zusatz zum Arbeitsvertrag lässt sich entnehmen, dass das Bruttoeinkommen bei 80 % Fr. 3'551.55 beträgt und dass ein 13. Monatslohn pro rata temporis geschuldet ist (Urk. 4/7). Dies ist allerdings nicht zwingend so zu verstehen, dass der 13. Monatslohn - entgegen der Gerichtspraxis - einzig auf Fr. 3'551.55 be-

rechnet wird. Der Zusatz hält nämlich ebenso fest, dass die restlichen Bedingungen des Arbeitsvertrages weiterhin gültig sind (Urk. 4/7). Diese wurden nicht eingereicht. Auch fehlt die Abrechnung für Dezember 2015, welche mutmasslich den 13. Monatslohn aufführt. Im Übrigen basiert die vorinstanzliche Berechnung auf einer einzigen Lohnabrechnung, nämlich derjenigen von November 2015 mit einer Schichtzulage von Fr. 371.–, während beispielsweise die Monatsabrechnung für August 2015 höhere Schichtzulagen (Fr. 504.90) und somit ein höheres Nettoeinkommen (Fr. 3'546.20) ausweist (Urk. 5/5).

6.3 Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für die Ferien den gesamten darauf entfallenden Lohn und eine angemessene Entschädigung für ausfallenden Naturallohn zu entrichten (Art. 329d Abs. 1 OR). Es sind deshalb alle Lohnbestandteile, mit Ausnahme von Spesen, geschuldet, die unmittelbar mit der Arbeitsleistung stehen. Ist das Einkommen unregelmässig, so wird auf das Durchschnittseinkommen im vorangehenden Dienstjahr abgestellt (Geiser/Müller, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2015, N 561). Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Praxis: Werden die zusätzlich zum Grundlohn als Ausgleich für Nacht-, Wochenend- sowie Feiertagsarbeit erbrachten Leistungen regelmässig und während einer gewissen Dauer ausgerichtet, so sind sie bei der Berechnung des auf die Ferien entfallenden Lohnes nach Art. 329d Abs. 1 OR zu berücksichtigen (BGE 132 III 172, Regeste).

In Nachachtung der Praxis und mangels gegenteiliger Belege sind die Schichtzulagen auch beim Ferienlohn zu berücksichtigen.

6.4 Nach dem Gesagten ist die vorinstanzliche Berechnung des anrechenbaren Einkommens nicht zu korrigieren, zumal in der Steuererklärung 2015 ein Einkommen von Fr. 44'887.– deklariert wurde, mithin Fr. 3'740.– pro Monat (Urk. 29/5).

7.1 Betreffend den Bedarf beanstandet der Kläger, die Vorinstanz führe unter Hinweis auf den Basler Kommentar aus, dass sich die Leistungsfähigkeit des Klägers aus der Differenz des betriebsrechtlichen Existenzminimums und dem monatlichen Nettoeinkommen ergebe. In der Folge gehe die Vorinstanz ohne weitere Begründung lediglich vom betriebsrechtlichen statt vom erweiterten Exis-

tenzminimum aus. In der von der Vorinstanz zitierten Kommentarstelle werde indes festgehalten, dass dem Beitragsschuldner "zwingend" im Interesse der Erhaltung seiner Arbeitskraft und Arbeitslust" ein erweitertes Existenzminimum zu belassen sei, soweit er seiner Erwerbspflicht unter den gegebenen Verhältnissen angemessen nachkomme. Daher seien insbesondere Steuern und je nach den Verhältnissen auch Versicherungsprämien und Kulturausgaben zu berücksichtigen (Urk. 25 S. 7 unter Verweis auf BSK I-Breitschmid, Art. 285 N 12). Die Steuern, so der Kläger, würden monatlich Fr. 168.45 betragen, weshalb das Existenzminimum auf Fr. 3'388.45 anzuheben sei (Urk. 25 S. 8).

7.2 Gemäss bundesgerichtlicher Praxis sind Basis für die Bedarfsberechnung die Positionen, wie sie auch für die betreibungsrechtliche Existenzminimumsberechnung verwendet werden. Indes sind die von den Betreibungsämtern für die Ermittlung des pfändbaren Einkommens verwendeten Zahlen nicht direkt massgebend. Vielmehr müssen die eingesetzten Beträge im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien stehen. In guten finanziellen Verhältnissen ist es beispielsweise ohne Weiteres zulässig, unter der Position Krankenversicherungsprämien diejenigen der Zusatzversicherungen zu berücksichtigen. Ebenso ist bei günstigen Verhältnissen zulässig bzw. vorgeschrieben, effektiv bezahlte Steuerschulden, einschliesslich rechtskräftig veranlagter Steuern aus vorausgegangenen Steuerperioden in die Bedarfsberechnung einzurechnen. Indes, je knapper die finanziellen Verhältnisse, desto enger müssen sich die Gerichte für die Ermittlung des Bedarfs an die in Anwendung des Art. 93 SchKG entwickelten Grundsätze über die Pfändbarkeit des schuldnerischen Einkommens anlehnen (BGE 140 III 337 E. 4.2.3 m.H.). Weiter liegt eine konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung vor, wonach laufende oder aufgelaufene Steuern im betreibungsrechtlichen Existenzminimum nicht zu berücksichtigen sind (BGE 140 III 337 E. 4.4.).

7.3 In der massgeblichen Periode liegen knappe Verhältnisse vor. Entsprechend hat die Vorinstanz die Steuern zu Recht nicht eingerechnet. Das Existenzminimum ist deshalb mit Fr. 3'220.– zu bestätigen.

8. Bei einer Gegenüberstellung von Einkommen (Fr. 3'707.–) und Bedarf (Fr. 3'220.–) resultieren Fr. 487.–. Der umstrittene Unterhaltsbeitrag von Fr. 485.– ist deshalb zu bestätigen.

9. Demzufolge ist auch der Eventualantrag abzuweisen. Insgesamt erweist sich die Berufung als unbegründet und der angefochtene Entscheid ist (einschliesslich Kosten- und Entschädigungsfolgen) zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

III.

1. Da der Kläger mit seiner Berufung unterliegt, wird er kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtsgebühr ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen (§§ 4 Abs. 1-3 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Beklagten ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO) und der Kläger hat zufolge des Unterliegens keinen Anspruch darauf (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.1 Die Vorinstanz gewährte mit Verfügung vom 18. Mai 2016 dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 26 S. 14). Für das Berufungsverfahren hat der Kläger sein Gesuch erneuert (Urk. 25 S. 2).

2.2 Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.3 Der Kläger verweist auf seine engen finanziellen Verhältnisse. Einem durchschnittlichen Nettoeinkommen von Fr. 3'667.60 stehe ein Bedarf von Fr. 4'565.25 gegenüber (Urk. 25 S. 9 ff.). Bei der Beurteilung der Mittellosigkeit sind sämtliche Umstände im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zu würdigen. Es gilt das Effektivitätsprinzip (vgl. ZR 104 Nr. 54). Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist gemäss Rechtsprechung nur bei Rechtsmissbrauch zu prüfen, wenn

der Gesuchsteller gerade im Hinblick auf den zu führenden Prozess auf einen Erwerb verzichtet (BGE 104 Ia 31; BGE 99 Ia 438 f.). Dies ist vorliegend zu verneinen. Folglich ist für die Frage der Mittellosigkeit auf das im 80 %-Pensum erzielte Einkommen von Fr. 3'707.– abzustellen. Diesem Betrag steht ein Existenzminimum von Fr. 3'220.– gegenüber (Urk. 26 S. 9 f.). Unter Miteinbezug des geschuldeten Unterhaltsbeitrages von derzeit Fr. 700.– gilt der Kläger als mittellos. Auf die konkreten Zahlen des Klägers braucht daher nicht eingegangen zu werden.

2.4 Zur Aussichtslosigkeit lässt der Kläger vortragen, Rechtsbegehren im Bereich des Familienrechts seien grundsätzlich als nicht aussichtslos einzustufen. Der Umstand, dass die Vorinstanz die Abänderungsklage teilweise gutgeheissen habe, unterstreiche, dass seine Rechtsbegehren als nicht aussichtslos einzustufen seien (Urk. 25 S. 12). Zu prüfen ist die Aussichtslosigkeit des Rechtsmittels und nicht der Abänderungsklage als solche. Die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels sind auf Grundlage des angefochtenen Entscheides der Vorinstanz, der dagegen vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Rügen sowie der gesamten erstinstanzlichen Akten und der Rechtsmittelbegründung zu beurteilen, keinesfalls aber nach Massgabe der bei Einleitung des erstinstanzlichen Verfahrens gegebenen Erfolgsaussichten (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 271).

Wie die Erwägungen zeigen, ist die Berufung als von vorherein aussichtslos zu werten. Das Gesuch ist deshalb abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird - soweit darauf eingetreten werden kann - abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 1 - 4 des Urteils des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 18. Mai 2016 werden bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage des Doppels von Urk. 25, sowie an die Vorinstanz mit dem Hinweis, dass ihr die Mitteilung an die KESB Bezirke Winterthur und Andelfingen obliegt, je gegen Empfangsschein.

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

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. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 18. November 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. S. Notz

versandt am: