

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LZ170001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Knoblauch

Beschluss vom 20. April 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

betreffend **Abänderung Unterhalt**

Berufung gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon vom 10. August 2016 (FP150021-H)

Rechtsbegehren:

des Klägers (Urk. 1 und 21 i.V.m. Prot. I. S. 3 f., sinngemäss):

1. Es sei festzustellen, dass der Kläger seit 1. Juli 2015 wirtschaftlich nicht mehr in der Lage ist, Unterhaltsbeiträge für seine Kinder zu bezahlen;
2. Die vormundschaftlich genehmigten Unterhaltsvereinbarungen vom 27. Mai 2010 seien entsprechend aufzuheben. Eventualiter seien die Unterhaltsbeiträge aus den Vereinbarungen über die gemeinsame elterliche Sorge vom 27. Mai 2010 angemessen zu reduzieren bzw. neu festzusetzen.
3. Es sei dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person von Fürsprecherin C._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

der Beklagten (Urk. 36):

1. In Abänderung der Vereinbarungen über die gemeinsame elterliche Sorge betr. D._____, E._____ und F._____ sei der Kläger zu verpflichten, indexierte Unterhaltsbeiträge pro Kind von je Fr. 830.– zuzüglich allfällige Kinder- oder Ausbildungszulagen zu bezahlen, dies jeweils im Voraus auf den ersten eines Monats, ab Rechtskraft des Urteils.
2. Im Übrigen sei die Klage abzuweisen unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten des Klägers.

Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Pfäffikon vom 10. August 2016:

(Urk. 53 = Urk. 57)

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:

Fr. 8'400.– ; die weiteren Gerichtskosten betragen
Fr. 468.75 Dolmetscherkosten
3. Die Kosten werden dem Kläger zu 5/6 und der Beklagten zu 1/6 auferlegt.

4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 8'000.- (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung.)
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, 30 Tage Frist.)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 59 sinngemäss):

Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 10. August 2016 sei aufzuheben und die Abänderungsklage vom 12. November 2015 gutzuheissen.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 61):

"Auf die Berufung sei nicht einzutreten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zu lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien haben drei gemeinsame Kinder: D._____, geboren am tt.mm 2003, F._____, geboren am tt.mm 2007, und E._____, geboren am tt.mm 2010. Mit Beschlüssen der Vormundschaftsbehörde G._____ vom 10. Juni 2010 (Urk. 2/6/5-7) wurden die zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarungen über die gemeinsame elterliche Sorge vom 27. Mai 2010 (Urk. 2/6/2-4) genehmigt, in welchen sich der Kläger dazu verpflichtete, für die drei Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 1'000.– zu bezahlen, zuzüglich Kinder- und Ausbildungszulagen. Am 12. November 2015 reichte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) bei der Vorinstanz die Klagebewilligung vom 8. Juli 2015 ein und beantragte die Aufhebung, eventualiter Herabsetzung seiner Unterhaltspflicht (Urk. 1 und Prot. I S. 3 f.). Während des vorinstanzlichen Verfahrens zeigte Fürsprecherin C._____ die Vertretung des Klägers an und ersuchte im Namen des Klägers um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 21). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann im Übrigen auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 53 E. I = Urk. 57 E. I). Mit Urteil vom 10. August 2016 wies die Vorinstanz sowohl die Klage, soweit sie darauf eintrat (Urk. 57, Dispositivziffer 1 des Urteils), als auch das klägerische Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab (Urk. 57, Dispositivziffer 1 der Verfügung).

1.2 Das vom Kläger gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhobene Rechtsmittel wurde von der Kammer als Berufung entgegengenommen. Die Berufung, mit welcher er sinngemäss den eingangs wiedergegebenen Antrag stellte (vgl. nachfolgend E. 2.2), erfolgte innert Frist (Urk. 54/1 und 56). Da die entsprechende Eingabe jedoch nicht unterzeichnet war, wurde dem Kläger mit Verfügung vom 20. Januar 2017 eine Frist angesetzt, um ein unterzeichnetes Exemplar einzureichen. Dem kam er innert Frist nach (vgl. Urk. 58 und 59). Die fristgerecht (vgl. Urk. 60) am 29. März 2017 erstattete Berufungsantwort (Urk. 61) wurde dem Kläger am 4. April 2017 zugestellt (Urk. 62). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1 bis 55). Das Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif.

2. Antrags- und Begründungspflicht

2.1 Die Berufungsschrift hat Rechtsmittelanträge zu enthalten. Aus ihr muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtssuchende einen Entscheid anfechtet und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll (BGE 134 II 244 E. 2.4.2). Auf Geldzahlung gerichtete Berufungsanträge sind dabei zu beziffern. Dies gilt auch in Verfahren, in welchen – wie vorliegend (vgl. Art. 296 ZPO) – die Official- sowie die Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangen (BGE 137 III 617 E. 4.2 bis 5). Werden bei Geldforderungen Berufungsanträge nicht beziffert, so fehlt es an einer Zulässigkeitsvoraussetzung der Berufung und ist auf diese nicht einzutreten (vgl. ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 35). Die Rechtsfolge des Nichteintretens auf unbezifferte Begehren steht jedoch unter dem Vorbehalt des überspitzten Formalismus (Art. 29 Abs. 1 BV). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung folgt aus diesem, dass auf eine Berufung mit formell mangelhaften Rechtsbegehren ausnahmsweise einzutreten ist, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt oder – im Falle zu beziffernder Rechtsbegehren – welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Die Rechtsbegehren sind im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2).

Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Es gilt dabei insofern eine Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, als dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; *OGer ZH LF140108 vom 24. März 2015, E. 2.1*). Die Rechtsmittelinstanz muss nicht nach allen denkbaren möglichen Fehlern forschen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36; Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 30 ff.; ZWR 2014 S. 270, S. 271 f.). Vielmehr muss der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er anfechtet, sich inhaltlich mit diesen auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanfor-

derungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3). Ist die Berufung überhaupt nicht oder zumindest völlig unzureichend begründet, hat dies ein Nichteintreten zur Folge (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 38 mit weiteren Hinweisen).

2.2 Die Beklagte beantragt in ihrer Berufungsantwort, es sei auf die Berufung nicht einzutreten. Aus der Berufungsschrift gehe nicht hervor, in welchem Masse die geltenden Unterhaltsbeiträge ziffermässig angepasst werden sollten. Der Kläger schreibe einzig, dass er weder in der Lage sei Fr. 1'000.– noch Fr. 200.– pro Kind zu bezahlen. Welcher Betrag ihm möglich wäre, schreibe er jedoch nicht. Damit fehle es an einem konkreten Berufungsantrag, weshalb bereits aus diesem Grund auf die Berufung nicht einzutreten sei (Urk. 61 S. 2).

Zutreffend ist, dass sich der Berufungsschrift des Klägers kein bezifferter Berufungsantrag entnehmen lässt (vgl. Urk. 59). Vor Vorinstanz beantragte der Kläger die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht, eventualiter deren Herabsetzung (vgl. Urk. 57 S. 1). Er begründete seine Abänderungsklage mit einer Einkommensreduktion seinerseits von ursprünglich netto Fr. 8'500.– auf Fr. 2'641.15 zuzüglich eines 13. Monatslohns im Umfang von rund Fr. 3'000.– (Prot. I S. 3 ff., insbesondere S. 4 und 13; Urk. 2/6/2-4 S. 2). Die Vorinstanz wies die Klage vollumfänglich ab (Urk. 57). In seiner Berufungsschrift bekräftigt der Kläger, lediglich über ein Monatseinkommen von brutto Fr. 3'000.– zu verfügen, wobei er geltend macht, in einem Arbeitspensum von 60% zu arbeiten (vor Vorinstanz erklärte er bei gleicher Lohnhöhe, zu 100% arbeitstätig zu sein [vgl. Prot. I S. 6]). Sodann behauptet er, seit dem 1. Januar 2017 nur noch zu 30% zu arbeiten und zu 70% arbeitslos zu sein (Urk. 59 S. 1). Der Kläger bringt damit weiterhin die Reduktion seines Einkommens auf brutto Fr. 3'000.– als Abänderungsgrund vor und macht darüber hinaus gar eine teilweise Arbeitslosigkeit ab 1. Januar 2017 geltend. Damit können seine Ausführungen in der Berufungsschrift nur so verstanden werden, als er weiterhin an seiner Klage festhält und die Aufhebung des vorinstanzlichen Ent-

scheids beantragt. Aus der Berufungsschrift in Verbindung mit dem vorinstanzlichen Entscheid ergibt sich damit, was der Kläger verlangt.

2.3 Im Weiteren erachtet die Beklagte ein Nichteintreten auf die Berufung deshalb als angezeigt, da der Kläger sich ihrer Ansicht nach nicht mit der Begründung der Vorinstanz auseinandergesetzt habe. Er führe nicht aus, aus welchen Gründen er – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz – seiner Substantiierungslast nachgekommen sei. Der Kläger beschränke sich darauf auszuführen, dass er lediglich Fr. 3'000.– verdiene und seit Januar 2017 zu 70% arbeitslos sei. Belege dazu habe er keine eingereicht. Der Kläger verletze mit seiner Berufungsschrift damit die Begründungspflicht, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten sei. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Kläger ein juristischer Laie sei. Anträge von Laien seien zwar nach Treu und Glauben auszulegen. Allerdings müsse sich ein Berufungskläger zumindest in groben Zügen mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinandersetzen. Auch diesen minimalen Erfordernissen komme der Kläger mit seiner Berufungsschrift nicht nach (Urk. 61 S. 2).

Die Vorinstanz hielt dem Kläger im angefochtenen Entscheid vor, die Dauerhaftigkeit der geltend gemachten veränderten Verhältnisse nicht behauptet bzw. nicht hinreichend substantiiert dargelegt zu haben (Urk. 57 E. IV/2.4, E. IV/4.1 f. und E. IV/5). In seiner Berufungsschrift beanstandet der Kläger unter anderem, dass das angefochtene Urteil auf einem falschen Sachverhalt basiere. Er wiederholt seine Behauptung, wonach sich seine finanzielle Situation geändert habe. Er sei nicht mehr der Inhaber des Geschäftlokals "H.____", da er dieses verkauft habe. Er arbeite als Mitarbeiter und verdiene einen Lohn von monatlich Fr. 3'000.– (Urk. 59 S. 1). Damit rügt der Kläger jedoch die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz und bekräftigt, über ein reduziertes Einkommen zu verfügen. Mit der Erklärung, dass er seinen Geschäftsladen verkauft habe und er nun als Angestellter beim Käufer des Geschäfts arbeite, macht er zumindest implizit geltend, dass es sich bei dieser Veränderung um eine solche dauernder Art handelt. Damit setzt er sich jedoch hinreichend mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinander und hält am Vorliegen veränderter Verhältnisse fest. Der Umstand, dass der im Beru-

fungsverfahren nicht mehr anwaltlich vertretene Kläger nicht ausdrücklich behauptet, vor Vorinstanz seiner Behauptungs- bzw. Substantiierungslast nachgekommen zu sein, führt vor diesem Hintergrund – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht dazu, dass von einer völlig unzureichenden Begründung der Berufung auszugehen wäre, welche ein Nichteintreten rechtfertigen würde. Folglich ist auf die Berufung des Klägers einzutreten.

3. Abänderungsklage

3.1 Wie bereits erwähnt, hielt die Vorinstanz dem Kläger vor, in keiner Weise ausgeführt zu haben, ob die von ihm geltend gemachte erhebliche Veränderung voraussichtlich dauerhaft sei. Ausführungen zur Dauer der Veränderung liessen sich aus den Akten keine entnehmen. Der Tatsachenvortrag des Klägers beschränke sich vielmehr auf die Kernaussage, er habe sein Geschäft am 1. November 2015 aufgeben müssen, arbeite seither als Angestellter in diesem Geschäft und verdiene monatlich Fr. 2'641.15 netto, weshalb er nicht in der Lage sei, die Unterhaltsbeiträge weiterhin zu bezahlen. Umstände, welche darauf schliessen liessen, dass es sich dabei um eine voraussichtlich andauernde Änderung handle, würden hingegen nicht umschrieben. Auch lasse der Kläger Ausführungen dazu, dass er nichts unterlassen habe, um das bei der Unterhaltsfestsetzung erzielte Einkommen zu halten, vermissen (Urk. 57 E. IV/2.1).

Der anwaltlich vertretene Kläger habe, so die Vorinstanz weiter, seine Mitwirkungsobliegenheit missachtet, indem er es unterlassen habe, die Voraussetzungen einer Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB vollständig darzulegen. Von einer anwaltlich vertretenen Partei dürfe erwartet werden, dass sie die Voraussetzungen einer Abänderungsklage kenne und entsprechend sämtliche Tatbestandsmerkmale, die für die beantragte Rechtsfolge vorausgesetzt seien, im Einzelnen umschreibe. Im vorliegenden Verfahren seien dies u.a. Ausführungen zur Erheblichkeit und Dauer der Veränderungen. Dass die Vertreterin des Klägers keine voraussichtliche Dauerhaftigkeit der veränderten Verhältnisse behauptet und auch keine Umstände umschrieben habe, welche auf eine solche schliessen lassen würden, sei nicht nachvollziehbar. Von einem unverschuldeten Versehen oder Irrtum könne wohl nicht die Rede sein. Vielmehr sei

davon auszugehen, dass es sich dabei um eine prozessuale Nachlässigkeit handle. Unter diesen Umständen bleibe für die Anwendung der gerichtlichen Fragepflicht im Sinne von Art. 57 [recte: 56] ZPO kein Raum (Urk. 57 E. IV/4.1). Da der Kläger sein Begehren nicht substantiiert begründet habe und eine entsprechende Ergänzung durch gerichtliche Hilfestellung unter den gegebenen Umständen nicht in Frage komme, erübrige es sich, auf die Vorbringen der Beklagten betreffend Anrechnung eines hypothetischen Einkommens einzugehen. Ein hypothetisches Einkommen wäre nur dann zu prüfen, wenn der Kläger beweisen würde, dass eine erhebliche und voraussichtlich andauernde Änderung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse vorliege. Nachdem die voraussichtlich dauernde Veränderung der Verhältnisse nicht behauptet worden sei, könne darüber auch kein Beweis abgenommen werden, geschweige denn gelingen. Daran vermöge auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Beklagte die Klage teilweise anerkannt habe, zumal das Gericht betreffend Kinderbelange an die Parteianträge nicht gebunden sei. Mangels genügender Substantiierung sei die Klage folglich abzuweisen (Urk. 57 E. IV/4.1 f. und IV/5).

3.2 In der Klageschrift bzw. der Klagebegründung sind die relevanten Tatsachen zu behaupten (Behauptungslast, Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die zu behauptenden Tatsachen ergeben sich dabei aus den Tatbestandsmerkmalen der anzuwendenden Rechtsnorm (vgl. ZK ZPO-Leuenberger, Art. 221 N 43). Wie die Vorinstanz korrekt dargelegt hat (vgl. Urk. 57 E. IV/1), setzt die Abänderung im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB eine erhebliche und voraussichtlich dauernde, nicht schon im Voraus berücksichtigte Änderung der Verhältnisse voraus. Behauptungen sind substantiiert, das heisst in Einzeltatsachen gegliedert und – soweit rechtlich relevant – lückenlos vorzutragen, damit darüber Beweis abgenommen werden kann. Tatsachen sind so detailliert zu behaupten, dass die Gegenpartei diese im Einzelnen bestreiten und einen Gegenbeweis führen kann. Der Grad der Substantiierung hängt von den Bestreitungen der beklagten Partei ab, denn schlüssige Behauptungen in der Klageschrift können genügen, solange sie nicht bestritten werden (vgl. ZK ZPO-Leuenberger, Art. 221 N 42 f.).

3.3 Der Kläger macht in seiner Rechtsmittelschrift, wie bereits ausgeführt (vgl. vorstehend E. 2.3), eine falsche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz geltend und bekräftigt, lediglich über ein Monatseinkommen von Fr. 3'000.– brutto zu verfügen (Urk. 59 S. 1).

3.4 Vor Vorinstanz beantragte der Kläger die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht rückwirkend per 12. Juni 2015 und erklärte, bereits seit dem Jahr 2014 eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge herbeizuführen zu versuchen, wobei es aber zu einem Durcheinander zwischen dem Friedensrichteramt und dem Gericht gekommen sei. Seine Abänderungsklage begründete er mit der Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit als Einzelunternehmer des Ladengeschäfts "H._____" für afrikanische Produkte und der Anstellung per 1. November 2015 als Angestellter im fraglichen Betrieb durch den Verein I._____, welcher den Betrieb vom Kläger übernommen habe. Er habe das Geschäft aufgrund eines immer schlechteren Geschäftsgangs verkaufen müssen (Prot. I S. 4). Seit dem Verkauf arbeite er als Angestellter in demselben Geschäft zu einem Pensum von 100% und verdiene im Gegensatz zu seinem ursprünglichen Einkommen von monatlich Fr. 8'500.– netto (Urk. 2/6/2-4 S. 2) nur noch ein Bruttoeinkommen von Fr. 3'000.– respektive ein Nettoeinkommen von Fr. 2'641.15 zuzüglich des 13. Monatslohns von Fr. 3'000.– (vgl. Prot. I S. 13). Damit sei er augenfällig nicht in der Lage, die Unterhaltsbeiträge, welche betragsmässig bereits höher angesetzt seien als sein derzeitiges Einkommen, weiterhin zu bezahlen (Prot. I S. 4, 6, 16, 19 f.; vgl. auch Urk. 57 E. IV/2.2). Im Rahmen seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege hatte der Kläger sodann bereits vor der Hauptverhandlung vom 12. April 2016 Ausführungen zum rückläufigen Geschäftsgang gemacht. Er erklärte dabei, im Jahr 2013 einen Reingewinn von Fr. 45'356.– erwirtschaftet zu haben, im Jahr 2014 dagegen nur noch einen solchen von Fr. 37'210.–, was einem monatlichen Gewinn von Fr. 3'100.– entspreche (Urk. 21 S. 2 f.).

Der Kläger behauptete vor Vorinstanz damit, dass bereits seit dem Jahr 2014 veränderte Verhältnisse vorliegen würden. Sodann machte er mit seinen Ausführungen geltend, dass er aufgrund des Geschäftsganges schlussendlich sein Ladenlokal habe verkaufen müssen und dass er seit November 2015 und auf unbe-

stimmte Zeit (vgl. Urk. 26/22) nur noch über ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 3'000.– verfüge. Damit kann dem Kläger aber – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – nicht unterstellt werden, er habe die voraussichtliche Dauerhaftigkeit nicht behauptet. Die Beklagte ihrerseits bestritt die Dauerhaftigkeit nicht. Vielmehr anerkannte sie die veränderten Verhältnisse zumindest implizit, indem sie von einer Reduktion des Einkommens des Klägers von ursprünglich Fr. 8'500.– auf hypothetische Fr. 6'000.– netto pro Monat ausging (Urk. 36 Ziff. 3ff.). In diesem Zusammenhang erklärte die Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren, es sei ihr bekannt, dass der Laden nicht mehr gleich gut laufe wie vorher (Urk. 36 Ziff. 4 S. 5). Nachdem die Behauptung der dauerhaften Änderung nicht bestritten worden war, musste der Kläger diese auch nicht noch eingehender substantiieren. Vielmehr genügen die schlüssigen Behauptungen des Klägers im Zusammenhang mit der von Art. 286 Abs. 2 ZGB vorausgesetzten Dauerhaftigkeit. Es ist zwar richtig, dass vorliegend die Untersuchungs- und nicht die Verhandlungsmaxime zur Anwendung gelangt, weshalb der Sachverhalt durch die Anerkennung der Gegenpartei nicht als erstellt gilt (BGE 128 III 411 E. 3.2.1; FamPra.ch 2012 S. 38, 48). Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte, um von Amtes wegen an der schlüssigen Behauptung der Dauerhaftigkeit der geltend gemachten veränderten Verhältnisse sowie an der diesbezüglichen Anerkennung durch die Beklagte zu zweifeln. Vor diesem Hintergrund kann dem Kläger folglich auch nicht angelastet werden, er habe seine Mitwirkungsobliegenheit verletzt und stellt sich auch die Frage der gerichtlichen Fragepflicht in diesem Zusammenhang nicht (vgl. die diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz in Urk. 57 E. IV/3-4). Da der Kläger seiner Behauptungs- und Substantiierungslast in Bezug auf die behauptete Dauerhaftigkeit der veränderten Verhältnisse entgegen der Ansicht der Vorinstanz ausreichend nachgekommen ist, erweist sich die Berufung des Klägers als begründet und ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben.

4. Rückweisung

4.1 Wie bereits aufgezeigt, bestritt die Beklagte das Vorliegen veränderter Verhältnisse in Form einer Einkommensreduktion seitens des Klägers nicht, sondern wendete sich lediglich gegen die Höhe der zu berücksichtigenden Reduktion. Sie

bezeichnete den Arbeitsvertrag mit dem Verein I. _____ als Scheinvertrag. Es gebe diverse Gründe, welche dafür sprechen würden, dass der Kläger den Laden wie bisher betreibe, weshalb nicht auf das Einkommen gemäss Arbeitsvertrag abzustellen sei (Urk. 36 Ziff. 2 f.). Es sei vielmehr von einem hypothetischen Einkommen auszugehen. Der Kläger sei verpflichtet, alles daran zu setzen, dass er für seine Kinder einen vernünftigen Unterhaltsbeitrag bezahlen könne. Das bedeute, dass er seine Arbeitskraft bestmöglich einzusetzen habe. Es werde anerkannt, dass das zukünftig anzurechnende hypothetische Einkommen tiefer liege als jenes zum Zeitpunkt der Unterhaltsfestsetzung im Jahre 2010. Dem Kläger sei es in tatsächlicher Hinsicht möglich, bei einem 100%-Pensum ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'000.– zu erzielen. Dies durch den weiteren Betrieb seines Geschäfts oder durch eine Festanstellung in diesem Einkommensbereich. Der Kläger verfüge über den Schweizer Pass, sei seit 24 Jahren in der Schweiz und habe seit dem Jahr 1996 diverse Arbeitserfahrungen gesammelt. Es stehe dem Kläger zwar frei, den Laden weiterhin zu betreiben. Allerdings könne er sich dabei nicht auf die Geschäftszahlen der Jahre 2013 bis 2015 berufen. Die Buchhaltungen würden bestritten (Urk. 36 Ziff. 4). Der Kläger hielt in der Folge an seinen Ausführungen fest (Prot. I S. 6 ff.).

4.2 Die Vorinstanz hat sich im angefochtenen Entscheid in der Sache mit der geltend gemachten Einkommensreduktion des Klägers nicht auseinandergesetzt. In einem Abänderungsprozess hat die klagende Partei jene Umstände zu beweisen, aus denen sich Umfang, Dauer und Unvorhersehbarkeit der Veränderung der Verhältnisse ergeben. Die beklagte Partei ist zum Gegenbeweis zugelassen und hat ihrerseits die rechtshindernden oder -vernichtenden Tatsachen zu beweisen, so etwa ein Kind – bzw. vorliegend die gesetzliche Vertreterin (vgl. zur Passivlegitimation der Beklagten BGE 136 III 365 E. 2) – die weiterhin bestehende Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners (Summermatter, Zur Abänderung von Kinderalimenten, FamPra.ch 2012, S. 68, 49). Der Kläger reichte hinsichtlich seines Einkommens diverse Urkunden als Beweismittel ein (vgl. Urk. 23/1-4, Urk. 26/17-22; Urk. 35/23-28; Urk. 40/29-38; Urk. 46/32-44) und beantragte den Beizug der Konkursakten des Bezirksgerichts Pfäffikon EK150140-H (Urk. 38 S. 2). Die Beklagte offerierte die Urk. 37/25-31, die Befragung der Parteien und die

Zeugeneinvernahme des Vereins I. _____ (sic!) als Beweismittel. Sodann verlangte sie die Edition diverser Unterlagen (Urk. 36 S. 3 und 5; Prot. I S. 5). Die Vorinstanz hat kein Beweisverfahren durchgeführt und damit keine der offerierten Beweise abgenommen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die gerichtliche Befragung im Rahmen von Art. 56 ZPO bzw. Art. 247 Abs. 1 ZPO nicht der Beweiserhebung dient (vgl. hierzu *OGer ZH NP160009 vom 30.08.2016, E. II/3.4*). Die Vorinstanz hat folglich keine über die Parteivorträge hinausgehenden Sachverhaltsabklärungen getätigt. Lediglich im Zusammenhang mit dem Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde der Kläger darauf hingewiesen, dass sämtliche Bankkontoauszüge des Privatkontos und der Geschäftskonti seit dem Jahr 2011 nachgereicht werden müssten, damit über das Armenrechtsgesuch entschieden werden könne (Prot. I S. 17). Der Sachverhalt erweist sich damit in wesentlichen Teilen als unvollständig. Es sind neue, von der Vorinstanz nicht vorgenommene Sachverhaltsfeststellungen zum tatsächlichen Einkommen des Klägers und – bei Bejahung des Vorliegens eines Abänderungsgrundes – zu den finanziellen Verhältnissen der Parteien nötig. Zudem wird die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu prüfen sein. Es ist jedoch nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 318 N 35), zumal die Parteien dadurch um eine Instanz gebracht würden (*OGer ZH LZ150010 vom 9.12.2015, E. II/2.6*). Dies gilt vorliegend umso mehr, als im erstinstanzlichen Verfahren überhaupt kein Beweisverfahren durchgeführt wurde und die Berufungsinstanz daher durch eine nachträgliche Beweisabnahme im Rechtsmittelverfahren faktisch die Aufgabe der Vorinstanz wahrnehmen würde. Hinzu kommt, dass der – nunmehr nicht mehr anwaltlich vertretene – Kläger im Berufungsverfahren neu vorgebracht hat, derzeit lediglich in einem Pensum von 30% zu arbeiten (Urk. 59 S. 1), was im Hinblick auf den Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 ZPO) zu weiteren Sachverhaltsabklärungen führen wird. Es rechtfertigt sich daher, die Sache in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zur Vervollständigung des Sachverhaltes und zur neuen Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.3 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass vorliegend ein Rechtsstreit im vereinfachten Verfahren vorliegt (vgl. Art. 295 ZPO). Davon ist auch die Vorinstanz ausgegangen, hat sie nach Eingang der Klage (Urk. 1), welche ohne Begründung erfolgte, doch direkt im Sinne von Art. 245 Abs. 1 ZPO zur Verhandlung vorgeladen (vgl. Urk. 3, 13 und 17; Prot. I S. 3 ff.). Die Verfahrensbezeichnung "Einzelgericht o. V." auf dem Deckblatt des Urteils (Urk. 57) ist daher irreführend.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1 Im Falle einer Rückweisung kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung sowie den Entscheid über die Parteientschädigung der Vorinstanz zu überlassen, das heisst vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid, Art. 104 N 7). Umstande halber sind für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erheben. Die Vorinstanz wird mit ihrem Entscheid die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren gemäss Art. 111 Abs. 2 ZPO zwischen den Parteien zu regeln haben.

5.2 Der Kläger ersucht für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinne von Art. 117 ZPO (Urk. 59 S. 2). Nachdem für das Berufungsverfahren keine Kosten erhoben werden, ist dieses Gesuch als gegenstandslos geworden abzuschreiben (vgl. Art. 242 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgeschrieben.
2. Das Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 10. August 2016 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben.

4. Die Festsetzung der Parteientschädigung für das Berufungsverfahren und deren Verteilung wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 20. April 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Knoblauch

versandt am:
cm