

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY160039-O/U
damit vereinigt: LY160040-O

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Urteil vom 29. März 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagter

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 24. Oktober 2016;

Proz. FE150161

Rechtsbegehren:

(act. 7/22)

- "1. Es sei dem Gesuchgegner gerichtlich und unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB zu verbieten, sich der Gesuchgegnerin und den gemeinsamen Kindern C._____, geb. tt.mm.2007 und D._____, geb. tt.mm.2010, näher als 500 Meter zu nähern und dem Gesuchgegner sei ausserdem zu verbieten sich näher als im Umkreis von 500 Meter der Liegenschaft E._____-Strasse ... in F._____ zu nähern;
2. Es sei dem Gesuchgegner gerichtlich und unter Androhung einer Ungehorsamsstrafe nach Art. 292 StGB zu verbieten, mit der Gesuchgegnerin in irgendwelcher Form (sei es telefonisch, schriftlich oder auf dem elektronischen Weg) Kontakt aufzunehmen oder sie in anderer Weise zu belästigen;
3. Es sei Ziffer 2 Absatz 7 lit. a. (Unterhalt nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) des Urteils und Verfügung vom 28. November 2013 (Geschäfts-Nr. EE130382-L/U) für die Dauer bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils vorsorglich aufzuheben und per Datum der Einreichung dieses Gesuchs (17. Dezember 2015) wie folgt abzuändern:
 - a. Der Vater sei zu verpflichten, der Mutter für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltszahlungen von CHF 3'000.00 (zuzüglich allfällige gesetzliche und vertragliche Kinder- und Familienzulagen) zu bezahlen, nämlich CHF 1'500.00 (zuzüglich Kinder- und Familienzulagen) für jedes Kind. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
4. Es sei Ziffer 2 Absatz 7 lit. b. (Unterhalt nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) des Urteils und Verfügung vom 28. November 2013 (Geschäfts-Nr. EE130382-L/U) für die Dauer bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils vorsorglich aufzuheben und per Datum der Einreichung dieses Gesuchs (17. Dezember 2015) wie folgt abzuändern:
 - a. Der Ehemann sei zu verpflichten, der Ehefrau für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von CHF 2'850.00 zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind im Voraus zahlbar, und zwar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 24. Oktober 2016:

(act. 3/1 = act. 6 = act. 7/72 = act. 16/4 = act. 16/5; nachfolgend zitiert als act. 6)

1. Die Begehren der Beklagten betreffend Kontakt- und Rayonverbot (Massnahanträge 1 und 2 gemäss act. 22) werden als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.
2. In Abänderung von Ziffer 2.7.a des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht, vom 28. November 2013 (Geschäfts-Nr. EE130382-L) wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von je Fr. 1'100.00 (bzw. total Fr. 2'200.00), zuzüglich vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinderzulagen, zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend per Januar 2016.
3. In Abänderung von Ziffer 2.7.b des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich, 5. Abteilung - Einzelgericht, vom 28. November 2013 (Geschäfts-Nr. EE130382-L) wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten für sich persönlich Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'565.00 zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend per Januar 2016.
4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
- 5./6. [Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung]

Berufungsanträge:

des Klägers, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (act. 2 S. 2):

- "1. Urteilsdispositiv Ziff. 2 und 3 der angefochtenen Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. Oktober 2016 (Geschäfts-Nr. FE150161) seien aufzuheben;
2. Das Abänderungsbegehren der Berufungsbeklagten sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten der Berufungsbeklagten."

der Beklagten, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (act. 21 S. 2 f.):

- "1. Es sei Ziff. 2 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. Oktober 2016, Geschäfts-Nr. FE150161-M / Z04, aufzuheben und es sei in Abänderung von Ziff. 2.7.a des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung – Einzelgericht, vom 28. November 2013 (Geschäfts-Nr. EE130382-L) der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin an den Unterhalt und Erziehung der Kinder:
 - a.) rückwirkend per 17. Dezember 2015 (Datum Einreichung des Gesuchs) bis 31. Dezember 2016 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von je CHF 1'700.00 (bzw. total CHF 3'400.00), mind. jedoch CHF 1'600.00 (bzw. total mind. CHF 3'200.00), zu bezahlen;
 - b.) ab 1. Januar 2017 bis 30. September 2017 einen Barunterhalt von CHF 1'072.60 an C. _____ sowie einen Barunterhalt von CHF 1'043.75 an D. _____ zu bezahlen;**
 - c.) ab 1. Oktober 2017 einen Barunterhalt von CHF 1'239.20 an C. _____ und einen Barunterhalt von CHF 1'010.35 an D. _____ zu bezahlen;**
 - d.) sowie ab 1. Januar 2017 an D. _____ einen Betreuungsunterhalt von CHF 3'772.25 zu bezahlen;**
 - e.) Die Beträge seien jeweils zuzüglich vertraglicher und/oder gesetzlicher Kinder- und Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats.
2. Es sei Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 24. Oktober 2016, Geschäfts-Nr. FE150161-M / Z04, aufzuheben

und es sei in Abänderung von Ziff. 2.7.b des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung – Einzelgericht, vom 28. November 2013 (Geschäfts-Nr. EE130382-L) der Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Berufungsklägerin für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag

- a.) rückwirkend per 17. Dezember 2016 (Datum Einreichung des Gesuchs) bis zum 31. Dezember 2016 in Höhe von CHF 2'530.00. mind. jedoch CHF 2'310.00, zu bezahlen;
 - b.) ab 1. Januar 2017 bis 30. September 2017 in Höhe von CHF 412.55 zu bezahlen;**
 - c.) ab 1. Oktober 2017 einen Unterhaltsbeitrag von CHF 345.75 zu bezahlen;**
 - d.) Die Unterhaltsbeiträge seien jeweils monatlich im Voraus jeweils auf den ersten eines jeden Monats zu bezahlen.
3. **Sollte das Gericht von einem Manko ausgehen, so sei dieses festzustellen und betragsmässig im Dispositiv aufzunehmen.**
 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt) gemäss dem Ausgang des Verfahrens."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien befinden sich in einem vom Kläger, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagten (nachfolgend: Kläger) beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) eingeleiteten Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB (act. 7/1). Dem Scheidungsprozess ging ein Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich voraus (vgl. act. 7/5/1-16), in dem die Parteien eine Vereinbarung schlossen, gemäss welcher sich der Kläger zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin (nachfolgend: Beklagte) sowie die gemeinsamen Kinder C. _____ und D. _____ verpflichtete (act. 7/5/13). Die Vereinbarung wurde mit Urteil vom 28. November 2013 genehmigt bzw. vorgemerkt (act. 7/5/14). Im Rahmen des Scheidungsverfahrens stellte die Beklagte mit Ein-

gabe vom 17. Dezember 2015 ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mit eingangs wiedergegebenem Rechtsbegehren (act. 7/22). Nach Durchführung des Massnahmeverfahrens inklusive Vornahme eines Augenscheins (Prot. VI S. 15 ff.) und einer Parteibefragung (Prot. VI S. 25 ff.) änderte die Vorinstanz mit Verfügung vom 24. Oktober 2016 die Unterhaltsbeiträge gemäss Eheschutzurteil ab (act. 6, Dispositiv-Ziffern 2 und 3). Die übrigen Anträge der Beklagten schrieb die Vorinstanz als durch Rückzug erledigt ab (act. 6, Dispositiv-Ziffer 1).

2. Gegen Dispositiv-Ziffern 2 und 3 dieses Entscheides erhoben beide Parteien mit Eingaben vom 7. bzw. 10. November 2016 rechtzeitig Berufung (act. 2 und act. 16/2), wobei zunächst zwei separate Verfahren angelegt wurden (LY160039 und LY160040). Diese wurden mit Beschluss vom 19. Dezember 2016 (act. 15 = act. 16/7) vereinigt und das Verfahren LY160040 im vorliegenden Verfahren fortgeführt (act. 16/1-8).

3. Mit Beschluss vom 5. Dezember 2016 wurde gemäss einem entsprechenden Antrag des Klägers (vgl. act. 2 S. 2) und nach Einholen einer Stellungnahme der Beklagten hierzu (vgl. act. 4 und act. 10) der Berufung des Klägers die aufschiebende Wirkung erteilt (act. 11). Über die jeweiligen Anträge der Parteien um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bzw. Verpflichtung zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses (act. 2 S. 2 und act. 16/2 S. 3) wurde mit Beschluss vom 4. Januar 2017 entschieden; beiden Parteien wurde die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wurde ihnen je ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (act. 17). Mit demselben Beschluss wurde den Parteien ferner Frist zur Beantwortung der Berufung des jeweils anderen angesetzt (act. 17).

4. Die vom 19. Januar 2017 datierende Berufungsantwort des Klägers, in welcher er die Abweisung der Berufung der Beklagten beantragt, ging innert Frist ein (act. 19). Ebenfalls fristgerecht reichte die Beklagte ihre Berufungsantwort vom 19. Januar 2017 mit dem Antrag auf Abweisung der Berufung des Klägers sowie einer Ergänzung bzw. Anpassung ihrer eigenen Berufungsanträge an das seit 1. Januar 2017 geltende neue Unterhaltsrecht ein (act. 21; zur Zulässigkeit dieses Vorgehens vgl. E. II.1.2 unten). Die Berufungsantworten wurden der jeweils anderen Partei zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 23/1-2), worauf die Be-

klagte um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme ersuchte (act. 25). Dem wurde mit Verfügung vom 14. Februar 2017 entsprochen (act. 26). Sodann wurden die klägerische Eingabe vom 21. Februar 2017 sowie die damit ins Recht gelegten neuen Unterlagen (act. 28 und act. 29/1-6) der Beklagten zugestellt (act. 30). Mit Eingabe vom 2. März 2017 reichte die Beklagte fristgerecht eine Stellungnahme ein (act. 32). Ferner äusserte sie sich in einer Eingabe vom 9. März 2017 zur Eingabe vom 21. Februar 2017 und den dazugehörigen Unterlagen (act. 33). Der Kläger liess sich schliesslich mit Eingabe vom 10. März 2017 vernehmen (act. 35). Das rechtliche Gehör der Beklagten wurde gewahrt (act. 37 f.). Sie legte daraufhin noch eine Eingabe vom 27. März 2017 ins Recht (act. 39).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1-77). Das Einholen weiterer Stellungnahmen ist nicht erforderlich, das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

II.

Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. Am 1. Januar 2017 trat die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 20. März 2015 (Kindesunterhalt; AS 2015 4299 ff.) in Kraft (AS 2015 5017). Das neue Recht findet auf Verfahren, die bei Inkrafttreten vor einer kantonalen Instanz rechtshängig sind, Anwendung (vgl. Art. 13c^{bis} SchIT ZGB). Für das vorliegende Verfahren gilt somit ab dem 1. Januar 2017 zur Bestimmung der (Kinder)Unterhaltsbeiträge das neue Recht.

1.2. Korrespondierend zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts wurde auch die Zivilprozessordnung angepasst (vgl. AS 2015 4299, 4305 ff.). Für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Änderung vom 20. März 2015 rechtshängig sind, gilt das neue Recht (Art. 407b Abs. 1 ZPO). Damit ist auf das vorliegende Verfahren das neue Prozessrecht anwendbar. Von Bedeutung ist insbesondere Art. 407b Abs. 2 1. Teilsatz ZPO, wonach durch den Wechsel des anwendbaren Rechts veranlasste neue Rechtsbegehren zulässig sind. Zur Frage, bis wann solche Begehren ge-

stellt werden können, ist der Botschaft nichts zu entnehmen. Die Lehre stellt sich auf den – überzeugenden – Standpunkt, dies müsse auch vor zweiter Instanz noch möglich sein (Dolder, *Betreuungsunterhalt: Verfahren und Übergang*, in: *FamPra* 2016 S. 917 ff., S. 921; Schwander, *Grundsätze des intertemporalen Rechts und ihre Anwendung auf neuere Gesetzesrevisionen*, in: *AJP* 2016 S. 1575 ff., S. 1585) und zwar unabhängig von den sonst geltenden prozessualen Beschränkungen der Klageänderung gemäss Art. 317 Abs. 2 ZPO (Schwander, a.a.O., S. 1585). Hinsichtlich des konkreten Zeitpunktes wird die Ansicht vertreten, es reiche aus, wenn die Anpassung bei der nächsten Möglichkeit, sich im Verfahren zu äussern, erfolge. Dies gelte zumindest, solange noch kein Aktenschluss eingetreten sei – ansonsten sei erforderlich, dass die im Novenrecht geltenden Grundsätze beachtet würden (Dolder, a.a.O., S. 923 f.). Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Es muss möglich sein, im zweitinstanzlichen Verfahren nach dem 1. Januar 2017 Begehren betreffend das neu geltende Recht zu stellen, sofern dies mit dem nächsten Verfahrensschritt oder, wenn dessen Vornahme nicht in absehbarer Zeit zu erwarten ist, innert angemessener Frist erfolgt. Zwar war das Inkrafttreten des neuen Rechts schon vor Januar 2017 bekannt. Es kann aber zumindest in Fällen wie dem Vorliegenden, in denen das Rechtsmittel nicht erst wenige Tage vor Jahresende erhoben wurde, nicht verlangt werden, dass die Parteien ihre Anträge bereits bei Einleitung des Berufungsverfahrens entsprechend dem neuen Recht hätten formulieren müssen. Denn dannzumal war für sie noch nicht abschätzbar, ob der Entscheid noch im alten Jahr oder erst nach dem 1. Januar 2017 gefällt werden würde. Die von der Beklagten vorgenommene Änderung ihrer Berufungsanträge, die innerhalb der am 4. Januar 2017 angesetzten, zehntägigen Frist zur Einreichung der Berufungsantwort erfolgte (vgl. E. I.3-4 oben), ist entsprechend als rechtzeitig zu betrachten und damit zuzulassen.

2. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 53 Abs. 1 ZPO) umfasst unter anderem das Recht der Parteien, von sämtlichen beim Gericht eingereichten Eingaben Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die fragliche Eingabe neue oder erhebliche Vorbringen enthält (sog. Replikrecht; BGE 138 I 484 E. 2.1). Bei anwaltlich vertretenen Parteien genügt es, eine Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme zuzustellen. Von

einer solchen Partei kann erwartet werden, dass sie umgehend unaufgefordert Stellung nimmt oder eine Stellungnahme beantragt, sofern sie dies für erforderlich erachtet (BGE 138 I 484 E. 2.4-5; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, 3. Aufl. 2016, Art. 53 N 12a). Unverzüglich bedeutet in der Regel innert zehn Tagen (BK ZPO-Hurni, Art. 53 N 41; ZK ZPO-Sutter-Somm/Chevalier, 3. Aufl. 2016, Art. 53 N 12c).

Die Beklagte ersuchte auf die ihr mit Schreiben vom 27. Januar 2017 zugestellte Berufungsantwort des Klägers (act. 23/2) innert zehn Tagen um Ansetzung einer Frist zur Stellungnahme (act. 24/2; act. 25), was mit Verfügung vom 14. Februar 2017 gewährt wurde, da dies rechtzeitig erfolgt war (vgl. act. 26). Die beklagtische Eingabe vom 2. März 2017 (act. 32) wurde innert angesetzter Frist eingereicht (act. 27/2) und ist folglich zu berücksichtigen. Sodann wurde der Beklagten die klägerische Eingabe vom 21. Februar 2017 mitsamt den neuen Unterlagen (act. 28 und act. 29/1-6) mit Schreiben vom 23. Februar 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 30), worauf die Beklagte mit Eingabe vom 9. März 2017 dazu Stellung nahm (act. 33). Weil dies innert zehn Tagen seit Erhalt erfolgte (act. 31), ist diese Eingabe ebenfalls zu berücksichtigen. Dasselbe gilt grundsätzlich für die Eingabe vom 24. März 2017 der Beklagten (act. 39, vgl. auch act. 38). Zu beachten ist indes, dass die Gewährung des allgemeinen Replikrechts einzig der Wahrung des rechtlichen Gehörs dient und nicht weitere Vorträge mit freiem Novenrecht nach sich ziehen kann (vgl. ZK ZPO-Klingler, 3. Aufl. 2016, Art. 252 ZPO N 6 f.).

3. Mit der Berufung können gemäss Art. 310 ZPO die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden. Die Rechtskontrolle darf die Rechtsmittelinstanz auch unabhängig von den Parteivorbringen vornehmen, da diesbezüglich zufolge der Rechtsanwendung von Amtes wegen das Rügeprinzip nicht gilt (BK ZPO-Sterchi, Art. 310 N 4). Neue Tatsachen und neue Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten und vor der Berufungsinstanz unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Im Übrigen wird auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zur Gel-

tung des Summarverfahrens sowie zu den zur Anwendung gelangenden Verfahrensgrundsätzen verwiesen (act. 6 E. II.A.1-2).

III.

Zur Berufung im Einzelnen

1. Erwägungen der Vorinstanz und Parteistandpunkte

1.1. Die Vorinstanz hielt im Entscheid vom 24. Oktober 2016 zunächst fest, dass sich das Einkommen des Klägers erheblich verbessert habe und die aktuellen Bedarfe der Parteien tiefer lägen als diejenigen gemäss dem Eheschutzurteil vom 28. November 2013. Damit sei von veränderten Verhältnissen auszugehen (act. 6 E. II.A.3.2).

Zum Einkommen des Klägers erwog die Vorinstanz, dem Eheschutzentscheid seien monatliche Nettoeinkünfte von Fr. 7'300.– zugrunde gelegt worden, wobei sowohl der 13. Monatslohn als auch allfällige Nacht- und Wochenendzulagen in diesem Betrag enthalten seien. In den Jahren 2014 und 2015 habe der Kläger pro Monat netto Fr. 8'199.45 bzw. Fr. 8'248.55 inklusive 13. Monatslohn, Nacht- und Wochenendzulagen verdient, entsprechend durchschnittlich Fr. 8'224.–. Im Jahr 2015 habe der Kläger zudem Pikettdienst geleistet, wobei die entsprechende Entschädigung für die Höhe des Einkommens aber nicht von Bedeutung sei. Vom errechneten Durchschnittslohn seien dem Kläger ausbezahlte Überstunden von rund Fr. 255.– monatlich abzuziehen, sodass sich die massgebenden Einkünfte noch auf Fr. 7'969.– pro Monat belaufen würden. Da der Einwand des Klägers, er könne aus gesundheitlichen Gründen keine Nacharbeit mehr verrichten, nicht stichhaltig sei, sei davon auszugehen, dass der Kläger diesen Durchschnittslohn auch aktuell erzielen könnte (act. 6 E. II.C.1.2.1). Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass der Kläger über kein Nebeneinkommen aus der Tätigkeit als Kurier mehr verfüge und ihm ein solches auch nicht angerechnet werden könne (act. 6 E. II.C.1.2.2). Auch das Einkommen aus der Untervermietung seiner alten Wohnung generiere er nicht mehr (act. 6 E. II.C.1.2.3).

Für den Kläger errechnete die Vorinstanz einen Bedarf von Fr. 4'204.– und für die Beklagte und die Kinder einen solchen von Fr. 3'766.75 (act. 6 E. II.C.2). Sodann hielt sie fest, dass die Abänderung per Einreichung des Gesuches bzw. aus Praktikabilitätsgründen per Januar 2016 vorzunehmen sei (act. 6 E. II.C.3).

1.2. Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, es lägen keine veränderten Verhältnisse vor. Die Vorinstanz habe den Sachverhalt falsch und unter Verletzung der Beweislastregeln festgestellt, indem sie davon ausgegangen sei, dass sich sein Einkommen erheblich verbessert hätte. Die höheren Einkünfte in den Jahren 2014 und 2015 würden alleine auf dem ausbezahlten Lohn für Pikettdienst basieren, der sich im Jahr 2015 auf monatlich Fr. 1'245.– netto belaufen habe und damit entgegen der Vorinstanz von massgeblicher Bedeutung sei. Das Leisten von Pikettdienst sei ihm gesundheitlich aber nicht mehr möglich und zumutbar. Überdies würden Piketteinsätze grundsätzlich mit Freizeit abgegolten. Entschädigungen für Pikettdienst seien ihm daher nicht hypothetisch anzurechnen. Damit würde sich sein Lohn auf Fr. 6'700.– belaufen, womit er weniger verdiene als im Zeitpunkt des Eheschutzentscheides (act. 2).

Weiter bringt der Kläger vor, selbst wenn von dem von der Vorinstanz errechneten hypothetischen Einkommen ausgegangen würde, könnte ihm ein solches frühestens ab Rechtskraft des Rechtsmittelentscheides und nicht rückwirkend angerechnet werden. Für diesen Fall rügt der Kläger zudem noch einzelne Bedarfspositionen und errechnet so einen Bedarf von Fr. 4'355.– für sich und für die Beklagte und die Kinder einen solchen von Fr. 3'579.– (act. 2).

1.3. Gemäss der Beklagten hingegen sei die Vorinstanz zufolge falscher Sachverhaltsfeststellung von einem zu tiefen Einkommen des Klägers ausgegangen. So sei die Entschädigung für geleistete Überstunden von Fr. 255.– nicht vom Lohn abzuziehen. Vielmehr sei dem Kläger sein gesamtes gemäss Lohnausweisen 2014 und 2015 erzielttes Salär anzurechnen, wobei für das Jahr 2015 von einem höheren Nettojahreseinkommen auszugehen sei als von der Vorinstanz angenommen. Die durchschnittlichen Nettomonatseinkünfte beliefen sich somit auf Fr. 8'515.60. Weiter seien dem Kläger mindestens die Fr. 893.05, welche er als Kurier verdient habe, als Nebenverdienst anzurechnen (act. 16/2).

Auch mit diversen der von der Vorinstanz festgehaltenen Bedarfspositionen des Klägers ist die Beklagte nicht einverstanden; sie errechnet für ihn einen Bedarf von Fr. 2'695.– falls er im Konkubinat leben würde und Fr. 3'320.– für den Fall, dass ihm ein Untermietverhältnis angerechnet würde. Auch den eigenen Bedarf berechnet die Beklagte anders als die Vorinstanz. Bis Ende Dezember 2016 beliefe sich dieser auf mindestens Fr. 4'359.95. Ab Januar 2017 betrage ihr persönlicher Bedarf Fr. 3'772.25, derjenige von C. _____ Fr. 1'066.30 bzw. Fr. 1'266.30 ab Oktober 2017 und derjenige von D. _____ Fr. 1'037.45 (act. 16/2 und act. 21).

2. Rechtliche Erwägungen

2.1. Bei der Abänderung von Eheschutzmassnahmen im Sinne vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB). Gemäss dem damit zur Anwendung gelangenden Art. 179 Abs. 1 ZGB passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an, wenn sich die Verhältnisse ändern. Die Bestimmungen über die Änderung der Verhältnisse bei Scheidung gelten dabei sinngemäss. Voraussetzung ist also – wie auch die Vorinstanz richtig festhielt – eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse seit der Anordnung der Massnahme (BGer 5A_1018/2015 vom 8. Juli 2016 E. 4; BGer 5A_101/2013 vom 25. Juli 2013 E. 3.1; BSK ZGB Hsenring/Kessler, 5. Aufl. 2014, Art. 179 N 3). Was als wesentlich zu gelten hat, muss im Einzelfall ermittelt werden. In Mankofällen liegt die Schwelle tiefer als bei günstigen Verhältnissen. Bloss unbedeutende Schwankungen in Einkommen und Bedarf wie zum Beispiel Lohnerhöhungen um wenige Prozente sind noch nicht als wesentlich zu betrachten (BGer 5C.43/2002 vom 28. Mai 2002 E. 2.4; FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Aufl. 2011, Art. 179 ZGB N 2; vgl. auch KUKO ZGB-Cantieni/Vetterli, Art. 129 N 3). Als grober Anhaltspunkt kann davon ausgegangen werden, dass bei engen finanziellen Verhältnissen aber bereits Änderungen von

10-15 % wesentlich sind (vgl. BSK ZGB I-Spycher/Gloor, 5. Aufl. 2014, Art. 129 N 7; KUKO ZGB-Fankhauser/Guillod, Art. 179 N 5).

2.2. Eine Änderung ist weiter zulässig, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, unrichtig waren oder sich der Entscheid als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegesuch wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren. Ansonsten steht die formelle Rechtskraft des Eheschutzentscheides einer Abänderung entgegen (BGer 5A_1018/2015 vom 8. Juli 2016 E. 4; BGer 5A_101/2013 vom 25. Juli 2013 E. 3.1; BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006 E. 3; FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Aufl. 2011, Art. 179 ZGB N 3). Der Vorwurf einer falschen Würdigung von Tatsachen in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht ist demnach kein Abänderungsgrund – Zweck des Abänderungsverfahrens ist keine revisionsähnliche Korrektur des ersten Urteils (BGer 5A_1018/2015 vom 8. Juli 2016 E. 4).

2.3. Das Vorliegen eines Abänderungsgrundes ist von demjenigen Ehegatten, der sich darauf beruft, mindestens glaubhaft zu machen (BSK ZGB I-senring/Kessler, 5. Aufl. 2014, Art. 179 N 5). Massgeblich sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (KUKO ZGB-Cantieni/Vetterli, Art. 129 N 3).

2.4. Ein hypothetisches Einkommen kann dann festgelegt werden, wenn dessen Erzielung tatsächlich möglich und zumutbar ist – dies gilt selbst dann, wenn jemand freiwillig auf Einkünfte verzichtete (BGE 128 III 4 E. 4a). Ein Arbeitspensum von mehr als 100% darf im Übrigen in der Regel nicht erwartet werden. Von diesem Grundsatz kann jedoch insbesondere dann abgewichen werden, wenn die Möglichkeit einer Nebenbeschäftigung tatsächlich besteht und diese dem Unterhaltspflichtigen auch zugemutet werden kann. Letzteres hängt von den persönlichen Verhältnissen ab, namentlich vom Alter und der bisherigen Lebensführung der betreffenden Person (BGer 5P.469/2006 vom 4. Juli 2007 E. 3.2.1; BGer 5A_722/2007 vom 7. April 2008 E. 6.2.2).

3. Einkommen des Klägers als Abänderungsgrund

Die Vorinstanz erwog wie bereits erwähnt, dass der Kläger über im Vergleich zum Eheschutzentscheid vom 28. November 2013 höhere Einkünfte verfüge, was einen Abänderungsgrund darstelle (vgl. act. 6 E. II.A.3.2). Der Kläger hingegen verneint die erhebliche Erhöhung seines Einkommens und damit das Vorliegen veränderter Verhältnisse (act. 2 Rz 7, 10 und 34), während die Beklagte der Vorinstanz diesbezüglich zustimmt (act. 21 Rz 7 und act. 32 Rz 4). Im Folgenden ist auf die verschiedenen Bestandteile des Salärs des Klägers aus seiner Haupterwerbstätigkeit bei der SBB und auf die Einkünfte aus einer allfälligen Nebenerwerbstätigkeit sowie aus Untervermietung einzugehen.

3.1. Einkommen des Klägers bei der SBB

3.1.1. Vom Kläger nicht bestritten wurde die Ausführung der Vorinstanz, gemäss dem Eheschutzentscheid vom 28. November 2013 habe er damals monatlich netto Fr. 7'300.– verdient, worin sowohl der 13. Monatslohn als auch Nacht- und Wochenendzulagen beinhaltet gewesen seien (act. 6 E. II.C.1.2.1; vgl. auch act. 2 Rz 11). Die Beklagte ihrerseits bringt zwar vor, dass zu bezweifeln sei, dass die damals vom Kläger gemachten Angaben korrekt gewesen seien (act. 21 Rz 53 und act. 32 Rz 4 und 18). Gestützt auf den Lohnausweis 2014 gehe sie davon aus, dass er auch im Jahr 2013 erheblich mehr verdient habe. Zudem rügt sie, vergeblich die Edition von weiteren Unterlagen verlangt zu haben (act. 16/2 Rz 15 f.). Letzteres ist insofern richtig, als dass die Beklagte – wenn auch teilweise im Scheidungsverfahren – beispielsweise das Einreichen der Steuererklärungen 2013 und des Lohnausweises 2013 beantragte (vgl. act. 7/13 und act. 7/55). Im erstinstanzlichen Verfahren brachte sie jedoch nie vor, dass der dem Eheschutzentscheid zugrunde gelegte Lohn des Klägers nicht korrekt sei, vielmehr macht sie diesen Abänderungsgrund erstmals im Rechtsmittelverfahren geltend (vgl. act. 7/22, insbesondere Rz 15, act. 7/32, act. 7/55, act. 7/67 und act. 7/70). Im Hinblick auf Art. 317 Abs. 1 ZPO ist dies zu spät erfolgt. Zudem legt die Beklagte weder dar, wie hoch denn das damalige Einkommen gewesen sein solle noch macht sie ihre pauschale Behauptung weiter glaubhaft. Damit ist ein diesbezüglicher Abänderungsgrund zu verneinen und ohne Weiteres auf die von der

Vorinstanz aufgeführten, dem Eheschutzentscheid vom 28. November 2013 entnommenen Angaben abzustellen.

3.1.2. Grundsätzlich ebenfalls nicht bestritten werden vom Kläger die von der Vorinstanz errechneten durchschnittlichen Nettomonatslöhne inklusive 13. Monatslohn sowie Nacht- und Wochenendzulagen der Jahre 2014 und 2015 von Fr. 8'199.45 bzw. Fr. 8'248.55 (act. 6 E. II.C.1.2.1; act. 2 Rz 10 und 12, ferner act. 19 Rz 29 f.). Die Beklagte ist mit der Berechnung für das Jahr 2014 einverstanden, geht hingegen davon aus, dass der Jahresnettolohn im Jahr 2015 ohne Kinderzulagen Fr. 105'453.– betragen habe, da hier entgegen der Vorinstanz der Korrekturbetrag für das Vorjahr nicht in Abzug zu bringen sei. Dieser wäre ansonsten dem Einkommen des Jahrs 2014 hinzuzurechnen, was ein Nullsummenspiel wäre. Damit würden für das Jahr 2015 durchschnittliche monatliche Nettoeinkünfte des Klägers von Fr. 8'515.60 resultieren (act. 16/2 Rz 18 f.).

Aus dem Lohnausweis 2015 geht hervor, dass der Bruttolohn Fr. 118'692.85 betrug, wie die Vorinstanz korrekt festhielt. Zusätzlich ist ein "Korrekturbetrag für das Vorjahr" von Fr. 5'990.40 aufgeführt (act. 7/35/4 S. 2). Dem vom 23. Januar 2015 datierenden Teil der Lohnabrechnung Dezember 2014 kann entnommen werden, dass es sich bei diesen Fr. 5'990.40 um Lohn für Pikettdienst handelt (act. 7/23/2). Da die entsprechenden Einsätze offensichtlich im Dezember 2014 geleistet wurden, ist der von der Vorinstanz vorgenommene Abzug beim Jahreslohn 2015 nicht zu beanstanden und deren Berechnung des Nettomonatslohns korrekt. Der Beklagten ist aber Recht zu geben, dass der fragliche Betrag dem Bruttolohn des Jahres 2014 hinzuzurechnen ist, sodass der entsprechende Nettomonatslohn Fr. 8'633.75 beträgt (Fr. 118'015.65 - Fr. 4'920.– + Fr. 5'990.40 = Fr. 119'086.05; [Fr. 119'086.05 - [Fr. 119'086.05 * 13 %]] / 12).

3.1.3. Aktuell leistet der Kläger unbestritten keinen Pikettdienst mehr und er versah auch bereits ab Dezember 2015 keinen solchen, sodass er dafür auch keine Entlohnung mehr erhält bzw. erhielt (act. 6 E. II.C.1.2.1, act. 2 Rz 7, 10, 11, 14 und 18, act. 19 Rz 10 sowie act. 21 Rz 8, ferner Rz 26 f., 33, 41, 43 und 62). Die Parteien und die Vorinstanz sind sich uneins, ob Entschädigungen für Pikettdienst dem Kläger auch im Jahr 2016 bzw. in Zukunft hypothetisch anzurechnen sind

(act. 2 Rz 29, act. 19 Rz 10, act. 21 Rz 31, 57 und 59, act. 32 Rz 4 und 14 ff. sowie act. 33 S. 4) und ob dies überhaupt einen relevanten Einfluss auf die Lohnhöhe hätte (vgl. act. 6 E. II.C.1.2.1). In der Folge ist zunächst letzteres zu prüfen.

3.1.4. Die Vorinstanz ging davon aus, dass es sich bei der Entlohnung für Piketteinsätze nicht um einem massgeblichen Lohnbestandteil handle und hielt nicht explizit fest, ob diese im errechneten Nettolohn enthalten ist (vgl. act. 6 E. II.C.1.2.1). Der Kläger spricht sich ausdrücklich dafür aus, dass diese mitbeinhaltet sei und es sich sehr wohl um einen Einkommensanteil von erheblicher Bedeutung handle. So seien ihm im Januar 2015 Fr. 5'990.40 und im November 2015 Fr. 8'946.40 netto für die Leistung von Pikettdiensten ausbezahlt worden, was monatlich durchschnittlich Fr. 1'245.– entspreche (act. 2 Rz 12). Ziehe man diesen Betrag von dem von der Vorinstanz errechneten Einkommen von Fr. 7'969.– ab, resultiere ein monatlicher Nettolohn von Fr. 6'700.–. Er verdiene also jetzt, wo er keine Piketteinsätze mehr habe, weniger als zur Zeit des Eheschutzentscheides (act. 2 Rz 16, 30 f. und 33 f., vgl. auch act. 19 Rz 8 und 10).

3.1.5. Es ist anzunehmen, dass im Jahr der Erbringung entrichtete Entschädigungen für Pikettdienste als Lohnbestandteile in den Bruttolohnbeträgen der Lohnausweise enthalten sind. Dies wird e contrario durch das Aufführen der bereits erwähnten, das Jahr 2014 betreffenden Pikettentlohnung von Fr. 5'990.40 als "Korrekturbetrag" im Lohnausweis 2015 bestätigt (vgl. E. III.3.1.2 oben). Was diesen Betrag betrifft, so ist dem Kläger sodann zwar zuzustimmen, dass er ihm im Januar 2015 ausbezahlt wurde – allerdings ist wie bereits festgehalten davon auszugehen, dass damit im Jahr 2014 und nicht im Januar 2015 erbrachte Pikettdienste entschädigt wurden (vgl. E. III.3.1.2 oben). Dies stimmt im Übrigen auch mit der von der Beklagten nicht bestrittenen Erklärung des Klägers überein, dass Lohn für Pikettdienste in der Regel erst einen bis drei Monate später ausbezahlt werde und der fragliche Piketteinsatz nicht im Januar 2015 erfolgt sei (act. 2 Rz 14). Richtig ist schliesslich, dass im November 2015 unter dem Titel "Lohnabrechnung September 2015" Fr. 8'946.40 netto für Pikettdienste ausbezahlt wurden (act. 7/23/2). Diese Fr. 8'946.40 entlönnen also im Jahr 2015 – mutmasslich im September – geleistetes Pikett.

3.1.6. Entgegen der klägerischen Auffassung sind somit für das Jahr 2015 lediglich Pikettenschädigungen von Fr. 8'946.40 zu berücksichtigen. Monatlich entspricht dies einem Betrag von Fr. 745.55. Da die das Jahr 2014 betreffenden Fr. 5'990.40 ohnehin nicht im von der Vorinstanz errechneten Monatsnettolohn des Jahres 2015 von Fr. 8'248.55 enthalten sind (vgl. E. III.3.1.2 oben), kann direkt von letzterem ausgegangen werden. Der monatliche Nettolohn des Jahres 2015 beträgt somit nach Abzug der Entlohnung für Pikettdienste Fr. 7'503.– (Fr. 8'248.55 - Fr. 745.55).

Wie hoch die Pikettenschädigungen für das Jahr 2014 waren, ist – abgesehen von den erwähnten Fr. 5'990.40, die aber im von der Vorinstanz für dieses Jahr errechneten Nettomonatslohn von Fr. 8'199.45 ohnehin nicht enthalten sind – nicht bekannt. Es ist aber anzunehmen, dass der Kläger während des Jahres 2014 noch weiteren Pikettdienst erbrachte, war er in diesem Jahr im Gegensatz zum Jahr 2015, in welchem er vom 16. März 2015 bis zum 30. Juni 2015 und ab dem 8. Dezember 2015 ärztlich verordnet keinen Pikettdienst leisten konnte (vgl. act. 7/4/16-17 und act. 7/28/4 sowie E. III.3.1.10 und III.3.1.12 unten), voll leistungsfähig. Entsprechend würde sich auch das durchschnittliche Salär von Fr. 8'199.45 noch verringern. Da aber mangels Vorliegen der Lohnabrechnungen des Jahres 2014 nicht festgestellt werden kann, um wie viel, taugen die Einkünfte des Jahres 2014 nicht zur Bestimmung der Lohnhöhe ohne Pikettenschädigung.

Abgestellt werden kann hingegen auf den Lohn des Jahres 2016, hinsichtlich welchem im erstinstanzlichen Verfahren immerhin die Lohnabrechnungen von Januar bis Juli sowie September vorgelegt wurden (act. 7/59/3-9 und act. 7/66/1). Die Lohnabrechnung August 2016 wurde vom Kläger im Massnahmeverfahren nicht eingereicht, so dass die Einkünfte dieses Monats bloss behauptet und damit ausser Acht zu lassen sind (vgl. act. 2 Rz 31). Diejenigen für Oktober bis Dezember 2016 (act. 29/5) wurden sodann erst mit Eingabe vom 21. Februar 2017 im Rechtsmittelverfahren ins Recht gelegt (act. 28), weshalb sie gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO als verspätet ausser Acht zu lassen sind (vgl. auch act. 33 S. 1). Insgesamt erhielt der Kläger für die zu berücksichtigenden acht Monate nach Abzug der Kinderzulagen ein Entgelt von netto Fr. 53'761.20 (Fr. 57'041.20 - Fr. 3'280.–),

was monatlich Fr. 6'720.15 entspricht. Wird – im Unterschied zur vom Kläger vorgenommenen Berechnung (vgl. act. 2 Rz 31 f.) – noch der um die Sozialabzüge von 7.425 % bereinigte Anteil des 13. Monatslohns hinzugerechnet ($[\text{Fr. } 7'394.40 - [\text{Fr. } 7'394.40 * 7.425 \%]] / 12 = \text{Fr. } 570.45$), ergibt sich ein Monatslohn von Fr. 7'290.60 (act. 7/59/3-9 und act. 7/66/1). Piketteinsätze kamen im Jahr 2016 wie bereits erwähnt keine vor (vgl. E. III.3.1.3 oben), sodass keine entsprechenden Abzüge vorzunehmen sind. Allerdings leistete der Kläger abgesehen vom Januar 2016 im Unterschied zu den Vorjahren auch keine Nacht- und Sonntagsarbeit (vgl. act. 2 Rz 18, act. 21 Rz 58 sowie act. 7/59/3-9 und act. 7/66/1). Es ist der Beklagten zuzustimmen (vgl. act. 21 Rz 58 und act. 32 Rz 29), dass zwecks Vergleichbarkeit mit dem Lohn früherer Jahre ein Betrag für solche hinzuzurechnen ist, zumal dem Kläger deren Leistung gemäss seiner eigenen Darstellung zumutbar ist (act. 2 Rz 13, 20 und 22). Im Jahr 2015 betrug die entsprechende Entschädigung für die Monate Januar bis Juni und Dezember insgesamt Fr. 866.55 brutto (act. 7/23/2 und act. 7/59/2). Wenn auch in den übrigen Monaten des Jahres 2015 in diesem Masse Nacht- und Wochenendarbeit geleistet worden wäre, hätte der Kläger damit durchschnittlich rund Fr. 120.– pro Monat verdient. Der hypothetische Monatslohn 2016 belief sich folglich auf rund Fr. 7'410.– und wäre durchaus mit demjenigen des Jahres 2015 vergleichbar. Ein lediglich minim höheres Ergebnis ergäbe sich im Übrigen aus dem vom 16. Januar 2017 datierenden Lohnausweis 2016 (act. 29/2). Nach Abzug der Kinderzulagen und Hinzurechnung des hypothetischen Betrages für Nacht- und Wochenendarbeit resultiert ein durchschnittlicher Monatslohn von Fr. 7'472.– ($[\text{Fr. } 93'145.– - \text{Fr. } 4'920.–] / 12 + \text{Fr. } 120.–$). Angesichts von Art. 317 Abs. 1 ZPO ist dieses mit Eingabe vom 21. Februar 2017 nachgereichte Dokument (act. 28) allerdings als zu spät eingereicht zu betrachten (vgl. auch act. 33 S. 1).

3.1.7. Im Vergleich zum dem Eheschutzurteil zugrunde gelegten Nettolohn von Fr. 7'300.– sind die von der Vorinstanz errechneten Monatslöhne von Fr. 8'199.45 bzw. Fr. 8'248.55 um 12 % bzw. 13 % höher. Da es sich beim Eheschutzentscheid vom 28. November 2013 um einen Mankofall handelte (vgl. act. 7/5/14), stellt dies eine im Zeitpunkt der Stellung des Massnahmegesuches im Dezember 2015 vorliegende wesentliche Veränderung dar. Allerdings ist auch das Kriterium

der Dauerhaftigkeit zu berücksichtigen. Ein Abänderungsgrund wäre nur zu bejahen, wenn dem Kläger das Erbringen von Pikettdienst auch im Jahr 2016 und in Zukunft möglich und zumutbar gewesen wäre bzw. wäre, sodass ihm das entsprechende Einkommen hypothetisch angerechnet werden könnte. Ohne Pikettentschädigung liegt nämlich keine wesentliche Einkommenserhöhung vor. So ist der Lohn des Jahres 2015 ohne Pikettentlohnung lediglich um knapp 3 % höher als der dem Eheschutzurteil zugrundeliegende und derjenige des Jahres 2016 sogar nur 1.5 %. Folglich ist wesentlich, ob dem Kläger für das Jahr 2016 und für die Zukunft hypothetisch eine entsprechende Entschädigung anzurechnen ist, obwohl er keinen Pikettdienst leistete bzw. leisten wird.

3.1.8. Die Vorinstanz führte hierzu aus, der Kläger habe nicht glaubhaft gemacht, dass er keine Nachtarbeit mehr leisten könne. Dies, weil der Kläger zwar gemäss den von ihm eingereichten ärztlichen Zeugnissen einerseits ab Dezember 2015 keine solche mehr hätte erbringen können, andererseits aber aus seinen Lohnabrechnungen für Dezember 2015 und Januar 2016 hervorgehe, dass er in diesen beiden Monaten noch Nachtarbeit geleistet habe, was die ärztlichen Zeugnisse entkräfte. Auch die vom Kläger eingereichte Ermahnung seiner Arbeitgeberin, wonach sich seine Leistungsfähigkeit verschlechtert habe, ändere daran nichts (act. 6 E. II.C.1.2.1).

Der Kläger hält dem entgegen, die Vorinstanz verwechsle Pikettdienst mit Nachtarbeit (act. 2 Rz 17 f.). Es sei falsch, dass er seit Dezember 2015 keine Nachtarbeit mehr habe leisten können (act. 2 Rz 18). Vielmehr sei in den ärztlichen Zeugnissen von Dr. med. G. _____ von "Nachtpikett" und "Pikettdienst" die Rede; die Zeugnisse würden sich ausschliesslich auf den (Nacht)Pikettdienst beziehen (act. 2 Rz 19 f.). Pikettdienst habe der Kläger bereits seit Oktober 2015 keinen mehr erbracht (act. 2 Rz 14 und 18) und folglich nicht nach dem Vorliegen ärztlicher Zeugnisse (act. 2 Rz 15 und act. 19 Rz 42). Ein weiteres Indiz für seine psychische Beeinträchtigung sei die Verwarnung seiner Vorgesetzten, weil seine Arbeitsleistung nachgelassen habe und nicht mehr genügend sei (act. 2 Rz 24). Es sei damit glaubhaft gemacht, dass er aufgrund seiner gesundheitlichen Situa-

tion aktuell und auch in absehbarer Zeit nicht in der Lage sei, Pikett zu leisten (act. 2 Rz 7, 10, 11 und 23 sowie act. 19 Rz 10, 24, 27 f. und 41).

Die Beklagte hingegen ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz der Ansicht, es sei dem Kläger nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass ihm die Leistung von Pikettdienst gesundheitlich nicht mehr möglich sei (act. 21 Rz 10, 17, 20, 22, 24 und 34, act. 32 Rz 16, 24 und 42 sowie act. 33 S. 3). So habe der Kläger auch nach der Bescheinigung der angeblichen gesundheitlichen Beschwerden und der Unmöglichkeit von Piketteinsätzen ab dem 16. März 2015 weiterhin Pikettdienst versehen, letztmals im Oktober oder November 2015 (act. 21 Rz 23, 26, 29, 32 f., 41 und 45 sowie act. 32 Rz 16 und 24 ff.). Zudem habe er auch bis im August 2015 sowie im Dezember 2015 und im Januar 2016 Nachtarbeit geleistet, obwohl auch dies gemäss den Arztzeugnissen und seinen eigenen Behauptungen nicht mehr möglich gewesen sein solle (act. 21 Rz 14 f., 32 und 41 sowie act. 16/2 Rz 32). Auch der Nebenbeschäftigung als Kurier sei er trotz Krankheit nachgegangen (act. 21 Rz 15). Mangels Erklärung und Nachweis im erstinstanzlichen Verfahren sei ferner nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger bloss keinen Pikettdienst oder sogar nur keine Nachtpiketteinsätze versehen könne, andere Arbeiten, insbesondere Nachtarbeit, hingegen schon (act. 21 Rz 14 f., 21, 25, 32 f. und 40). Ohnehin bestreitet die Beklagte die Richtigkeit der Arztberichte, ihrer Meinung nach handelt es sich um blosses Gefälligkeitszeugnisse (act. 21 Rz 14, 33, 37 und 45). Da die Arztberichte überdies bloss von Nachtpikett sprächen (act. 21 Rz 14), wäre die Leistung von sonstiger Pikettarbeit, z.B. an Wochenenden oder in Randzeiten, selbst bei (bestrittener) Unzumutbarkeit von Nachtpikettdienst ohnehin noch möglich (act. 21 Rz 18 und 40 sowie act. 32 Rz 43).

3.1.9. Vorauszuschicken ist, dass diejenige Partei, die sich auf den Abänderungsgrund des erhöhten Einkommens des Unterhaltsschuldners beruft, dieses darzulegen und glaubhaft zu machen hat und diesbezüglich aufgrund von Art. 8 ZGB die Beweislast trägt. Dies schliesst auch ein hypothetisches Einkommen ein. Folglich obliegt es vorliegend der Beklagten, die Möglichkeit und Zumutbarkeit von Pikettdienst und damit entsprechender Entschädigungen glaubhaft darzulegen; diesbezüglich trägt sie die Beweislast, wie der Kläger richtig ausführt (act. 2

Rz 9 und 25). Nicht zutreffend ist hingegen die Aussage der Beklagten, der Kläger müsse glaubhaft machen, dass er das von ihr glaubhaft gemachte Einkommen der Jahre 2014 und 2015 plötzlich nicht mehr erziele (act. 21 Rz 8 und 46), zumal es als unbestritten feststeht, dass der Kläger seit Dezember 2015 keine Pikettenschädigungen mehr erhält (vgl. E. III.3.1.3 oben).

3.1.10. Im erstinstanzlichen Verfahren reichte der Kläger sieben ärztliche Zeugnisse ins Recht: Beim ersten handelt es sich um einen Bericht von Dr. med. H._____ von der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 16. März 2015, welcher an diesem Datum eine psychische Belastung des Klägers mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit feststellte. Diese mache es dem Kläger gesundheitlich unzumutbar, bis auf Weiteres, mindestens bis am 30. April 2015, "Nachtdienst (Piket)" zu leisten (act. 7/4/16). Ergänzend dazu wurde am 13. Mai 2015 ein weiterer Bericht von Dr. med. H._____ ausgestellt, welcher aus demselben Grund die Unmöglichkeit von "Nachtpikett-Diensten" bis mindestens am 30. Juni 2015 bescheinigte (act. 7/4/17). Sodann liegt ein ärztliches Zeugnis von Dr. med. G._____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 15. Dezember 2015 vor, in welchem zuhanden der Arbeitgeberin zufolge Krankheit eine 100 %ige Arbeitsunfähigkeit vom 25. bis zum 27. November 2015 attestiert wurde (act. 7/28/4). Am 8. Dezember 2015 bescheinigte Dr. med. G._____ sodann in einem ebenfalls für die Arbeitgeberin bestimmten ärztlichen Attest, dass es dem Kläger bis auf Weiteres nicht möglich sei, "Pikettdienst" zu leisten (act. 7/28/4). Später wurden zwei weitere, analoge ärztliche Atteste von Dr. med. G._____ ausgestellt, die aber von "Nachtpikettdienste" sprechen; diese datieren vom 11. März 2016 und vom 13. Juli 2016 (act. 7/35/1 und act. 7/59/1). Das Zeugnis vom 13. Juli 2016 gibt an, Nachtpikett sei mindestens bis Ende Oktober 2016 nicht möglich (act. 7/59/1). Schliesslich liegt ein weiteres ärztliches Attest von Dr. med. G._____ vom 4. November 2016 im Recht, in welchem dieser wiederum festhielt, dass es dem Kläger bis auf Weiteres, voraussichtlich mindestens bis Ende Dezember 2016, nicht möglich sei, "Nachtpikettdienste" zu leisten. Zusätzlich führte der Arzt aus, dass der Kläger aufgrund seiner Depression abends ein sedierendes Antidepressivum einnehme, das Benommenheit und Konzentrationsstörungen verursachen könne. Die Einnahme dieses Medikamentes werde auch nach

Abklingen der Depression noch für mindestens drei bis vier Monate nötig sein (act. 3/3). Dieses letzte, vom Kläger erst mit seiner Berufung eingereichte Dokument wurde erst nach dem angefochtenen Entscheid vom 24. Oktober 2016 ausgestellt, sodass es gar nicht zuvor eingereicht werden konnte. Entgegen der Ansicht der Beklagten (vgl. act. 21 Rz 36 und act. 32 Rz 10) handelt es sich dabei folglich nicht um ein im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO unzulässiges Novum, zumal es auch umgekehrt vorgelegt wurde.

3.1.11. Es fällt auf, dass – abgesehen vom Attest vom 15. Dezember 2015 (act. 7/28/4), welches für vorliegend interessierende Thematik nicht von Relevanz ist (vgl. auch E. III.3.1.12 unten) – sämtliche Arztberichte von Pikett sprechen, wobei dieses teilweise auch als Nachtpikett bezeichnet wird. Lediglich im ersten Zeugnis wird der Begriff "Nachtdienst" erwähnt, wobei auch hier "Pikett" in Klammern angefügt ist. Dass Pikettdienst nicht der Nachtarbeit entspricht, geht sodann aus den Lohnabrechnungen des Klägers klar hervor, da dort die beiden Begriffe je separat aufgeführt und entschädigt werden (vgl. act. 7/23/2, act. 7/59/2-9 und act. 7/66/1, vgl. auch act. 2 Rz 19). Damit ist klar, dass sich die Arbeitsunfähigkeit von Anfang an bloss auf den Pikettdienst, konkreter Nachtpiketteinsätze, bezog. Die Annahme des Klägers, die Vorinstanz habe den – gemäss dem Kläger oft nächtlichen (vgl. act. 2 Rz 11) – Pikettdienst mit Nachtarbeit verwechselt, liegt nahe.

3.1.12. Für Pikettdienst krank geschrieben war der Kläger gemäss den vorliegenden ärztlichen Zeugnissen zunächst vom 16. März 2015 bis zum 30. Juni 2015 sowie ab dem 8. Dezember 2015 bis auf Weiteres, mindestens aber bis im März oder April 2017 (mutmassliche Dauer der Medikation bei Abklingen der Depression frühestens Ende 2016). Vom 25. bis 27. November 2015 war der Kläger sodann zu 100 % arbeitsunfähig, was als solches aber nichts mit dem Pikettdienst zu tun hat und in diesem Zusammenhang folglich nicht weiter beachtlich ist. Den Lohnabrechnungen Dezember 2014 bis Juli 2016 sowie September 2016 ist wie teilweise bereits erwähnt zu entnehmen, dass der Kläger im Dezember 2014 und mutmasslich im September 2015 Pikettdienst versah. Nachtarbeit leistete er von Januar bis Juni 2015 sowie im Dezember 2015 und Januar 2016 (act. 7/23/2,

act. 7/59/2-9 und act. 7/66/1, vgl. auch E. III.3.1.2, III.3.1.5 und III.3.1.6 oben). Ferner ist der Ermahnung mit Weisung der SBB vom 27. November 2015 zu entnehmen, dass der Kläger seit dem 24. November 2015 Nachtpikettdienst gehabt hätte, wovon er am 25. November 2015 suspendiert wurde (vgl. act. 7/28/5). Damit ist glaubhaft, dass der Kläger bloss zu Zeiten Pikettdienst leistete, in welchen ihm hierfür keine Arbeitsunfähigkeit bescheinigt worden war, nämlich vor März 2015 und nach Ende Juni 2015, jedoch vor Dezember 2015. Der entsprechende Vorwurf der Vorinstanz und der Beklagten ist folglich nicht zutreffend. Da der Kläger ausdrücklich für Picketteinsätze, nicht aber für Nachtarbeit krankgeschrieben war, ist ihm das Leisten von Nachtarbeit oder der Nebentätigkeit als Kurier im Übrigen auch nicht weiter vorzuwerfen. Die Vorbringen der Beklagten, bei tatsächlichem Vorliegen der behaupteten Probleme wäre auch die Leistung von Nachtarbeit nicht mehr möglich (act. 21 Rz 15) und der Kläger könnte keinen weiten Arbeitsweg auf sich nehmen (act. 32 Rz 35 und act. 33 S. 3), sind angesichts der klaren ärztlichen Bescheinigungen widerlegt. Im Übrigen behauptete der Kläger entgegen der entsprechenden Behauptung der Beklagten auch vor Vorinstanz lediglich, keinen Pikettdienst (teils auch als "Schichtarbeit" bezeichnet) versehen zu können, nicht jedoch, dass ihm Nachtarbeit nicht zumutbar sei (act. 7/27 Rz 20 und 22, act. 7/34 Rz 9 f. und 13 f., Prot. VI S. 28 f., ferner act. 7/38, act. 7/41 und act. 7/65 Rz 5, vgl. auch act. 2 Rz 13, 20 und 22).

3.1.13. Da der Kläger nicht entgegen der ärztlich festgehaltenen Arbeitsunfähigkeit Dienst leistete, besteht auch kein Widerspruch zu den ärztlichen Berichten, der Zweifel an deren Richtigkeit zu erwecken vermöchte. Im Übrigen sind die Atteste von zwei voneinander unabhängigen Medizinem ausgestellt worden. Sodann ist auch der Ermahnung mit Weisung der SBB vom 27. November 2015 zu entnehmen, dass die Arbeitgeberin des Klägers eine kontinuierliche Verschlechterung seiner Leistungsfähigkeit seit Mitte August 2015 festgestellt habe und es Ende November 2015 zu einer gravierenden Verletzung der arbeitsrechtlichen Sorgfaltspflicht des Klägers aufgrund Nichterreichbarkeit trotz Pikettdienst gekommen sei (act. 7/28/5). Dies passt ins Bild der von den Ärzten bescheinigten Befunde und entkräftet den Vorwurf der Beklagten, der Kläger werde von seinen Vorgesetzten genauso leistungsfähig wie früher und nicht als krank erachtet (vgl. act. 21

Rz 38). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Beklagten bestehen somit keine Anhaltspunkte dafür, an der Glaubhaftigkeit der Arztzeugnisse zu zweifeln. Daran ändert auch die Behauptung der Beklagten, es sei gerichtsnotorisch, dass gerade bei psychischen Problemen derartige Zeugnisse problemlos erhältlich gemacht werden könnten (act. 21 Rz 30), nichts, da dies ein allgemeines Vorbringen ist, dem mangels konkreter Hinweise nicht weiter Beachtung zu schenken ist.

3.1.14. Auch dass der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren nicht näher erläuterte, weshalb ihm genau (Nacht)Piketteinsätze nicht zumutbar seien, Nachtdienst hingegen schon, ändert nichts an dieser Beurteilung. Die mangelnde Erklärung mag dazu geführt haben, dass der Vorinstanz die Verwechslung zwischen Pikett- und Nachtdienst unterlief, war aber zufolge der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes höchstens taktisch ungeschickt, zumal eine Erläuterung neben den übrigen Beweismitteln nicht mehr nötig ist, um den Standpunkt des Klägers zu belegen. Dass der Kläger eine entsprechende – grundsätzlich einleuchtende – Erklärung im Berufungsverfahren nachholt (vgl. act. 2 Rz 11, 13 und 21 f.), ist irrelevant; ohnehin fänden gewisse dabei vorgebrachte Tatsachen aufgrund von Art. 317 Abs. 1 ZPO keine Beachtung mehr, wie die Beklagte richtig ausführt (act. 21 Rz 11).

3.1.15. Dass das Leisten von Pikettarbeit tagsüber theoretisch möglich wäre, ist korrekt, beziehen sich die ärztlichen Zeugnisse wie ausgeführt doch bloss auf nächtliche Piketteinsätze. Der Beklagten gelingt es aber nicht, glaubhaft zu machen, dass der Kläger effektiv tagsüber Pikettdienst versehen könnte und dafür dieselbe Entschädigung wie für die Leistung von uneingeschränktem Pikett erhielte. So belegt die Auszahlung für Pikettdienst vom November 2015 entgegen der Ansicht der Beklagten nicht, dass der Kläger Piketteinsätze am Tag erbringen und sich ausbezahlen lassen konnte (vgl. act. 21 Rz 26, 35 und 40), geht aus der entsprechenden Lohnabrechnung doch nicht hervor, zu welchen Zeiten der Kläger den Bereitschaftsdienst leistete (vgl. act. 7/23/2). Im Zeitraum von September bis November 2015 war der Kläger für Nachtpiketteinsätze nicht krankgeschrieben, sodass die fragliche Entschädigung auch derartige Dienste abgegolten haben könnte (vgl. E. III.3.1.10 und III.3.1.12 oben). Abgesehen davon weist die Beklag-

te lediglich darauf hin, aus den Akten ergebe sich nicht, dass der errechnete Lohn aus der Leistung von *Nachtpikett* resultiere (vgl. act. 21 Rz 18). Da sie aber die Glaubhaftmachungslast für das hypothetische Einkommen trägt, genügt dies nicht. Vielmehr hätte sie aktiv aufzeigen müssen, inwiefern sich aus den vorliegenden Unterlagen ergeben soll, dass die fraglichen Einkünfte auch mit dem Versehen sonstiger Bereitschaftsdienste erzielbar wären. Aus den fraglichen Dokumenten, die Ausführungen zum Pikettdienst enthalten, lässt sich im Übrigen nichts dergleichen ableiten. So geht daraus nicht hervor, ob Pikett auch nur während wenigen Stunden oder bloss tagsüber geleistet werden könnte (vgl. act. 7/28/6 und act. 7/35/2-3). Selbst wenn dies möglich wäre, ist nicht bekannt, ob der Kläger reelle Chancen hätte, von seiner Arbeitgeberin tagsüber zu Pikettdienst eingeteilt zu werden – in Anbetracht dessen, dass der Kläger nachvollziehbar erklärt, dass die Einsätze oft nachts erfolgen würden (vgl. act. 2 Rz 11), erscheint dies eher unwahrscheinlich. Auch ist keineswegs sicher, ob der Kläger mit lediglich am Tag geleistetem Bereitschaftsdienst dieselbe Lohnhöhe erzielen könnte wie mit den bisherigen, vor allem nachts erbrachten Einsätzen. Tagsüber versehener Pikettdienst wird nämlich tiefer entschädigt als solcher in der Nacht (vgl. act. 7/28/6 und act. 7/35/2).

3.1.16. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass es der Beklagten nicht gelungen ist, glaubhaft darzulegen, dass es dem Kläger im Jahr 2016 und auch weiterhin möglich und zumutbar war bzw. sein wird, eine den Vorjahren vergleichbare Entschädigung für Piketteinsätze zu verdienen. Damit kann offen bleiben, ob das Leisten von Piketteinsätzen freiwillig ist und ob die SBB Piketteinsätze ohnehin in der Regel nicht durch Auszahlungen, sondern durch Freizeit abgilt, wie der Kläger geltend macht (vgl. act. 2 Rz 7, 10 und 26 ff. sowie act. 19 Rz 10, 24, 27 und 43 ff.) und die Beklagte bestreitet (vgl. 21 Rz 7, 10, 18, 20, 28 und 47 ff., ferner act. 32 Rz 15, 19 und 27 ff.). Ein hypothetischer Lohn kann dem Kläger nicht angerechnet werden, es ist vom für das Jahr 2015 errechneten Einkommen ohne Pikettentschädigung und vom für das Jahr 2016 berechneten Lohn auszugehen.

3.1.17. Damit liegen aber wie bereits ausgeführt keine massgeblich höheren Einkünfte des Klägers vor. Da der Kläger – wie nachfolgend aufzuzeigen ist (vgl.

E. III.3.2 und III.3.3 unten) – keine zusätzlichen Einkommen aus einer Nebenerwerbstätigkeit oder der Untervermietung seiner Wohnung erzielt und ihm solche auch nicht angerechnet werden können, kann offen bleiben, ob wie von der Vorinstanz vorgenommen und von der Beklagten bestritten (vgl. act. 16/2 Rz 8 und 10 ff., act. 19 Rz 11 ff. und act. 32 Rz 4 und 6 ff.) noch ein Abzug von Fr. 255.– für Überstunden vorzunehmen ist, würde damit das klägerische Einkommen doch nur noch tiefer. Aus demselben Grund braucht auch nicht mehr berücksichtigt zu werden, dass der Kläger angeblich aufgrund einer Organisationsanpassung seiner Arbeitgeberin mit Auswirkungen auf sein Salär – eine Senkung der Regionalzulage – ab April 2017 einen etwas tieferen Lohn erhalten wird (act. 19 Rz 48, vgl. aber immerhin act. 28), was die Beklagte bestreitet (act. 32 Rz 34 und act. 33 S. 2). Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang geltend gemachte Lohn-erhöhung von brutto Fr. 2'650.– jährlich (Fr. 97'150.– - Fr. 94'500.–; act. 33 S. 2), was netto Fr. 192.– pro Monat entspricht (Fr. 2'650.– - [Fr. 2'650.– * 0.13] = Fr. 2'305.–; Fr. 2'305.– / 12 = Fr. 192.–), hätte im Übrigen im Vergleich zum dem Eheschutzentscheid zugrunde gelegten Einkommen höchstens eine Lohnsteigerung von rund 5.5 % hinsichtlich des Jahres 2015 bzw. 4 % betreffend das Jahr 2016 zur Folge, was keine wesentliche Änderung darstellt.

3.2. Einkommen des Klägers aus einer Nebenerwerbstätigkeit

3.2.1. Die Vorinstanz verneinte das Bestehen eines Einkommens des Klägers aus einer Nebenerwerbstätigkeit als Kurier mit der Begründung, es sei glaubhaft, dass der Kläger diese Stelle nicht vor dem Jahr 2014 bekleidet habe und sie jetzt nicht mehr inne habe. Der Kläger könne nicht verpflichtet werden, sein Arbeitspensum erneut über 100 % auszudehnen, zumal er dann gegenüber der SBB vertragsbrüchig würde (act. 6 E. II.C.1.2.2).

Die Beklagte bestreitet nicht, dass der Kläger die entsprechende Stelle erst im Jahr 2014 und somit nach der Trennung antrat. Hingegen bezweifelt sie, dass das Arbeitsverhältnis wirklich aufgelöst wurde. Der Kläger habe widersprüchliche Angaben zur angeblichen Kündigung per 31. Oktober 2015 gemacht, insbesondere dazu, von wem diese ausgegangen sei (vgl. act. 16/2 Rz 22 und 24 sowie act. 32 Rz 11 und 20). Auch hinsichtlich weiterer, beispielhaft geschilderter Um-

stände verstricke sich der Kläger nach Ansicht der Beklagten in Widersprüche, weshalb seinen Aussagen kein Glaube geschenkt werden könne (act. 16/2 Rz 25 und 28 f.). Daher könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger nach wie vor einen Nebenverdienst erziele (act. 16/2 Rz 30), zumal auch dem wiederholten Editionsbegehren der Beklagten hinsichtlich des Arbeitsvertrages und sämtlicher Lohnabrechnungen der I._____ GmbH, der Steuererklärungen 2013 bis und mit 2015 sowie der Kontoauszüge nie entsprochen worden sei (act. 16/2 Rz 26). Zudem sei eine allfällige Auflösung des Arbeitsverhältnisses bloss im Hinblick auf das Scheidungsverfahren erfolgt. In Bezug auf das Arbeitsverhältnis zur SBB sei der Nebenverdienst im Übrigen auch früher nie ein Problem gewesen. Folglich seien dem Kläger entsprechend dem früheren Verdienst mindestens Fr. 893.05 monatlich als Einkommen anzurechnen (act. 16/2 Rz 33).

Der Kläger hingegen pflichtet der Vorinstanz bei, dass er keine Nebentätigkeit mehr ausübe und damit auch kein Einkommen aus einer solchen mehr erziele. Ein über 100 %iges Einkommen könne ihm ohnehin nicht angerechnet werden, da er zur Erzielung eines solchen nicht verpflichtet werden könne, zumal er dies auch während der Ehe nicht getan habe (act. 19 Rz 31 f.). Auch bestreitet er das Vorliegen von Widersprüchen (act. 19 Rz 33, 35, 37, 39) und der Erforderlichkeit einer Edition (act. 19 Rz 38). Es sei ihm kein Einkommen aus einem Nebenverdienst anzurechnen (act. 19 Rz 46).

3.2.2. In Anbetracht der schriftlichen von Seiten der Arbeitgeberin unterzeichneten Kündigung des Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der I._____ GmbH (act. 7/28/9) gelingt es der Beklagten nicht, glaubhaft zu machen, dass der Kläger die fragliche Stelle nach wie vor inne hat. Von wem die Auflösung des Arbeitsvertrages letztlich ausgegangen ist, erscheint von untergeordneter Bedeutung, zumal dem Kläger, wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ein überobligatorisches Arbeitspensum nicht zumutbar ist. Die Erwägung der Vorinstanz, dass trotz eines allfälligen diesbezüglichen Widerspruchs keine Hinweise auf ein Fortdauern des Arbeitsverhältnisses bestünden (vgl. act. 6 E. II.C.1.2.2), ist nicht zu beanstanden. Die übrigen von der Beklagten aufgezählten angeblichen Widersprüche erweisen sich bei näherer Betrachtung als nicht existent bzw. übertrieben. Folglich ist da-

von auszugehen, dass der Kläger keine Nebenverdienste als Kurier mehr erzielt. In diesem Kontext ist es damit nicht erforderlich, den Kläger zur Edition der von der Beklagten verlangten Belege zu verpflichten.

3.2.3. Die erneute Aufnahme eines Nebenerwerbs neben seinem bestehenden 100 % Pensum bei der SBB scheint dem Kläger sodann als nicht zumutbar. So hat er unbestritten während der Ehe keinen solchen ausgeübt, sondern nur während einer Übergangszeit nach der Trennung, sodass dies auch nicht zum ehelichen Standard gehört. Sodann ist der Kläger nachweislich gesundheitlich angeschlagen (vgl. E. III.3.1.10-13 oben). Im Übrigen ist ein Nebenverdienst auch in Anbetracht der diesbezüglichen Regelung der SBB (vgl. act. 7/28/10), welche es für den Kläger gemäss einer Bestätigung seines Vorgesetzten praktisch unmöglich macht, eine Bewilligung zur Ausübung einer Nebenerwerbstätigkeit zu erhalten (act. 7/28/11), als unzumutbar zu erachten. Die Tatsache, dass der Kläger einige Monate lang eine zusätzliche Stelle inne hatte, spricht nicht dagegen, ist doch denkbar, dass seine Arbeitgeberin gar nichts davon wusste. Somit ist dem Kläger kein hypothetisches Einkommen aus einem Nebenerwerb anzurechnen.

3.3. Einkommen des Klägers aus Untervermietung

Zum von der Beklagten geltend gemachten Entgelt aus der Untervermietung der Wohnung des Klägers führte die Vorinstanz aus, es sei sowohl nachgewiesen, dass der Kläger eine neue Wohnung gemietet habe als auch, dass der Mietvertrag für die alte Wohnung aufgelöst worden sei. Hinweise auf ein Untermietverhältnis hinsichtlich der neuen Wohnung lägen keine vor. Entsprechend sei kein Einkommen aus Untervermietung anzurechnen (act. 6 E. II.C.1.2.3). Die Beklagte macht hinsichtlich dieser Thematik Ausführungen zur Kündigung des Untermietverhältnisses mit J._____, betreffend welcher sie vermutet, dass die Kündigung in dem Sinne fingiert sei, dass sie nicht vom Untermieter, sondern vom Kläger aus ergangen sei (act. 16/2 Rz 23 f. und 32, ferner act. 32 Rz 11 und 21). Sie bestreitet jedoch weder, dass das Mietverhältnis für die alte Wohnung des Klägers aufgelöst wurde noch, dass ein neuer Mietvertrag für eine 1.5-Zimmerwohnung besteht und dass diesbezüglich kein Untermietvertrag vorliegt. Diese Feststellungen sind denn auch durch Unterlagen belegt (act. 7/37/2 und

act. 7/41/2). Damit ist irrelevant, von wem die Kündigung des früheren Untermietverhältnisses ausging. Von Bedeutung ist einzig, dass der Kläger keine Einkünfte aus einer Untervermietung mehr erzielt und ihm solche in Anbetracht der Grösse seiner aktuellen Wohnung auch nicht hypothetisch angerechnet werden können.

3.4. Fazit

Da dem Kläger keine hypothetischen Einkünfte aufgrund von Piketteinsätzen, Nebenerwerbstätigkeit und Untervermietung anzurechnen sind, ist von einem im Vergleich zum dem Eheschutzurteil vom 28. November 2013 zugrunde gelegten Lohn nur unwesentlich höheren Einkommen auszugehen. Ein diesbezüglicher Abänderungsgrund ist daher zu verneinen. Damit ist auch nicht mehr relevant, ob ein hypothetisches Einkommen rückwirkend ab Januar 2016 angerechnet werden dürfte (vgl. act. 6 E. II.C.3.3), was der Kläger bestreitet (act. 2 Rz 8 und 34 ff.), die Beklagte hingegen richtig findet (act. 21 Rz 8 und 60 ff.).

4. Bedarfe der Parteien als Abänderungsgrund

4.1. Vor Vorinstanz machte die Beklagte als weiteren Abänderungsgrund auch gesunkene Lebenshaltungskosten des Klägers sowie erhöhte Lebenshaltungskosten ihrerseits geltend (act. 7/22 Rz 21 ff. und 34 ff., act. 7/32 Rz 29 ff. sowie Prot. VI S. 8 f.). Die Vorinstanz hielt diesbezüglich fest, dass die Bedarfe der Parteien gesunken seien, ohne Näheres zum Abänderungsgrund auszuführen (act. 6 E. II.A.3.2). Sie errechnete einen Bedarf des Klägers von Fr. 4'204.– und einen solchen der Beklagten und der Kinder von Fr. 3'766.75 (act. 6 E. II.C.2).

4.2. Gemäss dem Eheschutzentscheid vom 28. November 2013 belief sich der Bedarf des Klägers auf Fr. 4'480.– und derjenige der Beklagten und der Kinder auf Fr. 4'400.–, wobei die Steuern darin jeweils nicht enthalten waren (act. 7/5/14). Weitere Angaben, insbesondere wie sich diese Beträge berechneten und welche Positionen darin berücksichtigt wurden, sind jedoch weder dem besagten Urteil noch den übrigen Eheschutzakten zu entnehmen (vgl. act. 7/5/1-16).

4.3. Die Beklagte errechnete für den Kläger im erstinstanzlichen Verfahren einen aktuellen Bedarf von Fr. 3'753.– (act. 7/22 Rz 31 f.) oder sogar noch weniger

(vgl. act. 7/32 Rz 29 ff., insbesondere Rz 47). Im Rechtsmittelverfahren macht sie einen Bedarf von Fr. 2'695.– bzw. Fr. 3'320.– geltend (act. 16/2 Rz 59 und act. 21 Rz 83). Dies würde – im Gegensatz zu dem von der Vorinstanz errechneten klägerischen Bedarf – durchaus eine wesentliche Änderung darstellen. Die Beklagte machte und macht jedoch nirgends geltend, was sich wie im Verhältnis zum Eheschutzentscheid verändert haben soll oder inwiefern dem Eheschutzentscheid unrichtige Tatsachen zugrunde gelegt wurden. Vielmehr rechnete sie einfach originär einen Bedarf aus, ohne darzulegen, was bei den entsprechenden Positionen im Eheschutzverfahren eingesetzt wurde (vgl. act. 7/22 Rz 21 ff. und 34 ff., insbesondere Rz 39, act. 7/32 Rz 29 ff., ferner act. 16/2 Rz 35 ff.). Damit verkennt die Beklagte, dass sie im Rahmen eines von ihr eingeleiteten Abänderungsverfahrens Änderungsgründe darzulegen und glaubhaft zu machen hat, bevor die Bedarfe allenfalls neu zu berechnen sind.

4.4. Zwar könnten sich gewisse Änderungen allenfalls indirekt aus den übrigen Vorbringen und den Akten ergeben. So wäre denkbar, dass sich die Wohnkosten veränderten, ist der Kläger doch nachweislich umgezogen (vgl. E. III.3.3 oben). Da aber die Höhe des Mietzinses bei Ergehen des Eheschutzentscheides unbekannt ist, kann nicht beurteilt werden, ob eine wesentliche Veränderung vorliegt. Eine weitere mögliche Änderung könnte sodann vorliegen, wenn der Kläger mit einem Untermieter und/oder seiner Freundin zusammen leben würde, wie die Beklagte geltend machte (act. 7/22 Rz 22 f., act. 7/32 Rz 30 ff. und 36, Prot. VI S. 8 f., act. 7/67 Rz 2 ff., vgl. auch act. 16/2 Rz 35 ff. und 44 ff. sowie act. 32 Rz 36 f.). Allerdings brachte die Beklagte hinsichtlich des Zusammenlebens mit einer Freundin auch vor, dies sei spätestens seit der gerichtlichen Trennung der Fall (act. 7/32 Rz 31 und act. 16/2 Rz 36). Damit ist davon auszugehen, dass dies im Eheschutzurteil bereits berücksichtigt wurde. Hinsichtlich des Untermietverhältnisses wurde von der Vorinstanz sodann korrekt festgestellt, dass der Kläger nicht mehr mit einem Untermieter zusammen lebt (vgl. E. III.3.3 oben). Wenn die Beklagte schliesslich geltend macht, dem Kläger seien keine Kosten für den Arbeitsweg und für die Verpflegung sowie gegebenenfalls keine Unterhaltsbeiträge an das voreheliche Kind anzurechnen (act. 7/22 Rz 27 und 29, act. 7/32 Rz 33 ff., 37 f. und 49, vgl. auch act. 16/2 Rz 48 ff., 52 ff. und 60, act. 32 Rz 40 f. und 44 ff.

sowie act. 33 S. 2 f.), so wäre dem nur stattzugeben, wenn dies auch bereits im Eheschutzurteil der Fall gewesen wäre, zumal diesbezüglich eine Änderung weder vorgebracht noch ersichtlich ist, arbeitet der Kläger doch nach wie vor bei der selben Arbeitgeberin wie zur Zeit des Eheschutzverfahrens (vgl. act. 7/28/2). Eine Korrektur aufgrund des Vorwurfs einer falschen rechtlichen oder tatsächlichen Würdigung der damals vorgebrachten Tatsachen würde nämlich keinen Abänderungsgrund darstellen.

4.5. Es ist folglich nicht davon auszugehen, dass es hinsichtlich des Bedarfs des Klägers im Vergleich zum Eheschutzurteil zu einer wesentlichen Veränderung kam oder dass damals dem Entscheid unrichtige Tatsachen zugrunde gelegt wurden, was eine Abänderung des damaligen Urteils zu begründen vermöchte. Da der Kläger mangels höherem Einkommen (vgl. E. III.3 oben) ohnehin nicht mehr zu zahlen vermöchte, kann auch offen gelassen werden, ob sich der Bedarf der Beklagten und der Kinder aufgrund von Veränderungen wesentlich erhöhte. Immerhin ist diesbezüglich anzumerken, dass die Beklagte abgesehen von einer geringfügigen und damit unwesentlichen Erhöhung der Krankenkassenprämien ebenfalls keine Änderungen im Vergleich zum Eheschutzurteil geltend machte, sondern die Lebenshaltungskosten einfach neu berechnete (act. 7/22 Rz 34 ff., act. 7/32 Rz 40 ff., vgl. auch act. 16/2 Rz 61 ff., act. 21 Rz 65 f. und 79 ff. sowie act. 32 Rz 48 ff.). Lediglich bei dem aufgrund des Inkrafttretens des neuen Rechts erst im Rechtsmittelverfahren geltend gemachten Betrag für die Kompensation Vorsorge von Fr. 987.35 (vgl. act. 21 Rz 83 ff.) könnte es sich – sofern sich der fragliche Betrag tatsächlich auf diese Höhe beläuft – um eine massgebliche Veränderung handeln.

5. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im Vergleich zum Eheschutzurteil vom 28. November 2013 weder eine erhebliche Erhöhung des klägerischen Einkommens noch eine massgebliche Senkung seines Bedarfes vorliegt. Auch eine Anpassung zufolge der neu in Kraft getretenen Regelung des Kinderunterhalts bedarf einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse (vgl. Art. 13c SchIT ZGB). Damit ist kein Abänderungsgrund gegeben, weshalb die Berufung des Klägers

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils vollumfänglich gutzuheissen und diejenige der Beklagten abzuweisen ist.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz behielt in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vor. Mangels Anfechtung hat diese Anordnung bestehen zu bleiben.
2. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG basierend auf einem Streitwert von Fr. 165'394.20 – davon ausgehend, dass die mutmassliche Dauer des Scheidungsverfahrens ab Januar 2017 noch rund drei Jahre beträgt – eine Entscheidgebühr von Fr. 2'840.–. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Beklagte ist jedoch zur Nachzahlung verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).
- 3.1. Dem Kläger bzw. dessen Rechtsvertreter ist sodann gestützt auf § 4 Abs. 1 und 3, § 9, § 11 Abs. 2 und § 13 Abs. 1 AnwGebV eine Parteientschädigung von Fr. 3'320.– zuzüglich Fr. 265.– (8 % Mehrwertsteuer), gesamthaft somit Fr. 3'585.– zuzusprechen (vgl. BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014 E. 5; BK ZPO-Bühler, Art. 122 N 59 m.w.H.; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 122 N 12). Diese ist grundsätzlich trotz der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege von der Beklagten selbst zu bezahlen (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO).
- 3.2. Allerdings sieht Art. 122 Abs. 2 ZPO vor, dass bei Obsiegen einer unentgeltlich prozessführenden Partei deren unentgeltlicher Rechtsbeistand vom Kanton angemessen zu entschädigen ist, wenn die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist, wobei der Anspruch mit

der Zahlung auf den Kanton übergeht. Uneinbringlichkeit liegt vor, wenn die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei unsicher ist oder diese nicht erfolgreich belangt werden kann (BGE 122 I 322 E. 3d BGer 5A_849/2008 vom 9. Februar 2009 E. 2.2.2). Dies ist in der Regel der Fall, wenn der kostenpflichtigen Gegenpartei ihrerseits die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde (BGE 122 I 322 E. 3d; BGer 5A_849/2008 vom 9. Februar 2009 E. 2.2.2; BK ZPO- Bühler, Art. 122 N 67). Wenn die Uneinbringlichkeit bereits feststeht, kann es sich rechtfertigen, die Entschädigung des Anwalts direkt im Urteil festzulegen (BGE 122 I 322 E. 3d; BGer 5A_849/2008 vom 9. Februar 2009 E. 2.2.2). Da vorliegend die Parteientschädigung bei der Beklagten aufgrund der ihr gewährten unentgeltlichen Rechtspflege als uneinbringlich anzusehen ist, zumal ihre Zahlungsfähigkeit ohne weiteres als unsicher gelten kann, ist der Rechtsvertreter des Klägers in der Höhe der dem Kläger zugesprochenen Parteientschädigung direkt aus der Gerichtskasse zu entschädigen, wobei der Anspruch damit auf diese übergeht.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung des Klägers werden Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 24. Oktober 2016 aufgehoben und das Gesuch der Beklagten um Abänderung des Urteils der 5. Abteilung - Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2013, Geschäfts-Nr. EE130382-L (Ziffern 3 und 4 ihres Rechtsbegehrens), abgewiesen .

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'840.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden der Beklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Beklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'585.– zu bezahlen.
5. Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____ wird mit Fr. 3'585.– aus der Gerichtskasse entschädigt. In diesem Umfang geht der Anspruch auf die unerhältliche Parteientschädigung gemäss Dispositiv-Ziffer 4 auf die Gerichtskasse über.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage der Doppel von act. 32, act. 33, act. 34/5-6 und act. 39, sowie an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 165'394.20.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

M^{Law} C. Funck

versandt am: