

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY110022-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. H. A. Müller und
lic. iur. M. Spahn sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Urteil vom 29. November 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

substituiert durch Rechtsanwalt MLaw Y. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Abänderung nacheheliche Unterhaltsbeiträge)**

Berufung gegen ein Urteil und Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 21. Juli 2011 (FP110018)

Rechtsbegehren (Urk. 5/1 S. 2):

- "1. Die Pflicht des Klägers zur Zahlung von nachehelichen Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte persönlich gemäss Ziffer 3 (genehmigte Vereinbarung, dort Ziffer 5) des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Horgen vom 10. Oktober 2008 (FE080099) sei ab dem Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Begehrens vollständig aufzuheben.
2. Die Pflicht des Klägers zur Zahlung von monatlichen Kindesunterhaltsbeiträgen an den Sohn C. _____ in Höhe von Fr. 760.– gemäss Ziffer 3 (genehmigte Vereinbarung, dort Ziffer 4) des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Horgen vom 10. Oktober 2008 (FE080099) sei abzuändern und neu ein Kindesunterhaltsbeitrag von Fr. 500.– festzusetzen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

Als **vorsorgliche Massnahme** im Sinne von Art. 276 ZPO beantrage ich zudem:

4. Für die Dauer des Abänderungsverfahrens ab Rechtshängigkeit des Begehrens sei im Wege der vorsorglichen Massnahme zu verfügen, dass der Kläger zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte persönlich nicht mehr verpflichtet ist.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten.

In **prozessualer Hinsicht** stelle ich gem. Art. 265 ZPO folgenden Antrag:

6. Die vorsorgliche Massnahme sei im Wege der superprovisorischen Massnahme sofort und ohne Anhörung der Gegenpartei anzuordnen.

sowie schliesslich folgenden **prozessualen Antrag**:

7. Es sei dem Kläger sowohl im Hauptsacheverfahren als auch im Verfahren um die vorsorglichen Massnahmen die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

Urteil des Einzelgerichtes vom 21. Juli 2011 (Urk. 2 S. 18 f.):

1. Das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird vollumfänglich abgewiesen.

2. Die Regelung über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid in der Hauptsache vorbehalten.
3. Schriftliche Mitteilung an den Kläger gegen Empfangschein sowie Mitteilung an die Beklagte durch Veröffentlichung im Amtsblatt des Kantons Zürich.
4. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an in je einem Exemplar für das Gericht und für jede Gegenpartei sowie unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Berufungsanträge (Urk. 1 S. 2):

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Ziff. 1 des Urteils der Einzelrichterin in Familiensachen am Bezirksgericht Horgen vom 21. Juli 2011 (FP110018) sei aufzuheben.
2. Es sei für die Dauer des Abänderungsverfahrens ab Rechtshängigkeit der Abänderungsklage im Wege der vorsorglichen Massnahme zu verfügen, dass der Kläger/Berufungskläger zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte/Berufungsbeklagte persönlich nur noch im Umfang von monatlich Fr. 150.-- bis längstens 31.12.2011 und - sofern das Verfahren so lange dauert - monatlich Fr. 60.- ab 1.1.2012 verpflichtet ist, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) zulasten der Beklagten/Berufungsbeklagten.

In prozessualer Hinsicht stelle ich folgenden Antrag:

4. Es sei dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin Dr. X. _____, ... [Adresse], eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen."

der Beklagten und Berufungsbeklagten:

Die Beklagte hat keine Berufungsantwort eingereicht.

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Am 7. April 2011 machte der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur noch Kläger) eine Abänderungsklage nebst einem Massnahmebegehren mit den hiervor aufgeführten Rechtsbegehren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 5/1). Mit Urteil vom 21. Juli 2011 wurde das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen, über den detaillierten Verfahrensgang vor der Vorinstanz gibt das Urteil vom 21. Juli 2011 Auskunft (Urk. 2 S. 2 f.).

2. Mit Eingabe vom 4. August 2011 erhob der Kläger rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 21. Juli 2011 und stellte die hiervor aufgeführten Begehren (Urk. 1). Da die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend nur noch Beklagte) in ... lebt und keinen Berufungsempfänger bezeichnet hatte, musste die Verfügung, mit der Frist zur Berufungsantwort angesetzt wurde, im Amtsblatt des Kantons Zürich publiziert werden (Urk. 6 ff.). Es ging keine Berufungsantwort ein.

3. Am 19. Oktober 2011 gelangte die Beklagte telefonisch an die Kammer und erkundigte sich nach dem Stand des Verfahrens. Dabei wurde sie aufgefordert, einen Zustellempfänger zu bezeichnen (Urk. 10). Die Vorinstanz teilte der Kammer am 26. Oktober 2011 mit, die Beklagte hätte unter Bezugnahme auf das eingangs erwähnte Telefonat eine Zustellempfängerin bezeichnet (Urk. 11). Das Rubrum wurde daher entsprechend ergänzt. In der Folge wurden die Parteien von der Vorinstanz zu einer Vergleichsverhandlung am 21. Dezember 2011 vorgeladen (Urk. 12).

II. Prozessuales

1. Wie bereits erwähnt, hat die Beklagte keine Berufungsantwort eingereicht. Art. 147 Abs. 2 ZPO bestimmt für diesen Fall, dass das Verfahren ohne die unterlassene Handlung weitergeführt wird, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, was vorliegend der Fall ist.

2. In diesem Verfahren ist über die Änderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen im Sinne von Art. 284 ZPO zu befinden. Dabei kommen gemäss Art. 284 Abs. 3 ZPO die Bestimmungen über das Verfahren der Scheidungsklage sinngemäss zur Anwendung. In Bezug auf vorsorgliche Massnahmen sind daher gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft gemäss Art. 271 ff. ZPO. sinngemäss anwendbar. Die vorsorglichen Massnahmen sind folglich im summarischen Verfahren zu erlassen. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen des summarischen Verfahrens grundsätzlich zutreffend dargelegt, auf diese Ausführungen kann zunächst verwiesen werden (Urk. 2 S. 5 Ziff. 2.4.).

Präzisierend muss aber festgehalten werden, dass die neue eidgenössische ZPO für das Eheschutzverfahren und damit auch sinngemäss für das vorliegende Verfahren in Art. 272 ZPO für alle in diesem Verfahren zu entscheidenden Fragen den Untersuchungsgrundsatz postuliert (und nicht wie bis anhin die kantonalzürcherische Prozessordnung nur für Kinderbelange). Der Untersuchungsgrundsatz kommt auch zur Anwendung, wenn in der Hauptsache der Verhandlungsgrundsatz gilt. Der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 272 ZPO geht aber weniger weit als beispielsweise der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO in Bezug auf Kinderbelange, es wird daher auch vom "eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz" gesprochen. Diese Differenzierung fliesst aus einer unterschiedlichen Gewichtung der Ziele, welche in den verschiedenen Verfahren durch den Untersuchungsgrundsatz verfolgt werden. Während bei Kinderbelangen die Ermittlung der materiellen Wahrheit im Vordergrund steht, um die bestmögliche Lösung für das Kind zu treffen, zielt im Eheschutzverfahren der Untersuchungsgrundsatz eher darauf ab, unbeholfene oder unerfahrene Parteien zu unterstützen

und zu schützen. Dementsprechend wird auch die Bezeichnung "sozialer Untersuchungsgrundsatz" verwendet (StaeHELIN/StaeHELIN/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, S. 121 Rz. 27 m. H. auf BGE 125 III 238).

Die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 272 ZPO wird durch den Umstand, dass – mit Ausnahme bezüglich vorliegend nicht streitiger Kinderbelange – das Eheschutzverfahren vom Dispositionsgrundsatz beherrscht ist: Der Verfahrensgegenstand wird von den Parteien bestimmt. In diesem Rahmen muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen; darüber hinaus ist es weder verpflichtet, noch berechtigt, den Sachverhalt abzuklären. Mit anderen Worten bestimmt die Parteidisposition die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes.

Weiter ist zu beachten, dass wegen des mit der Postulierung des Untersuchungsgrundsatzes angestrebten Zieles, nämlich des Schutzes der unbeholfenen Partei, bei anwaltlich vertretenen Parteien seitens des Gerichtes – gleich wie im ordentlichen Prozess – Zurückhaltung zu üben ist. In die gleiche Richtung deutet, dass die vom Gesetzgeber getroffene Lösung insofern etwas widersprüchlich scheint, als dass vorliegend im Massnahmeverfahren gemäss Art. 272 ZPO der Untersuchungsgrundsatz anzuwenden ist, in der Hauptsache aber gemäss Art. 277 Abs. 1 ZPO der Verhandlungsgrundsatz gilt. Auch dieser Umstand erheischt Zurückhaltung des Gerichtes bei der Sachverhaltsabklärung.

Da Gerichte nicht über einen Ermittlungsapparat verfügen und auch deren tatsächlichen Handlungsmöglichkeiten nur schon aus praktischen Gründen eingeschränkt sind, bedeutet der Untersuchungsgrundsatz konkret, dass das Gericht den Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffes durch Befragung und genaues Aktenstudium behilflich ist; es ist aber nach wie vor Sache der Parteien, die entscheiderelevanten Tatsachen in das Verfahren einzubringen. Das Gericht erforscht den Sachverhalt in diesem Sinne nicht, sondern stellt ihn fest (vgl. zum Ganzen Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 272 N 6 ff. insbesondere N 12 - 14; StaeHELIN/StaeHELIN/Grolimund, a.a.O. S. 121 Rz. 26).

III. Rechtliches

1.1. Im vorliegenden Berufungsverfahren ist nur die vorsorgliche Senkung des nahehelichen Ehegattenunterhaltsbeitrages streitig.

1.2. Die Vorinstanz wies das Begehren um vorsorgliche Senkung der Unterhaltsverpflichtung des Klägers hauptsächlich mit der Begründung ab, dass seiner Klage in der Hauptsache keine gute Prognose gestellt werden könne. Die schlechte Prognose begründete die Vorinstanz damit, dass der Kläger seinen Unterhaltsverpflichtungen nachkommen könne, ohne dass sein betriebsrechtliches Existenzminimum gefährdet sei (Urk. 2 S. 16 Ziff. 6.5.).

1.3. Der Kläger hält dem Standpunkt der Vorinstanz entgegen, diese habe die Hauptsachenprognose basierend auf einer falschen rechtlichen Prämisse gestellt: Es sei nicht zutreffend, dass der Kläger die Mehrkosten für seine neue Familie alleine tragen und entsprechend seinen Lebensstandard auf das Existenzminimum senken müsse, während der Lebensstandard der Beklagten unverändert hoch bleibe. Sinngemäss macht der Kläger geltend, es sei von seinem gebührenden Bedarf auszugehen. Im Umfang, in welchem dieser nicht gedeckt sei, müsse eine Senkung der Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beklagten geprüft werden. Indem die Vorinstanz vom Existenzminimum des Klägers ausgegangen sei, habe sie sich in Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung gesetzt. Da die Vorinstanz von einer falschen rechtlichen Grundlage ausgegangen sei, sei die darauf basierende Argumentation insgesamt falsch und zurückzuweisen (Urk. 1 S. 16 ff.).

1.4. Auf Details wird nachfolgend soweit zur Entscheidungsfindung notwendig eingegangen werden.

2.1. Die Vorinstanz hat sowohl die allgemeinen Voraussetzungen zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen als auch die im Abänderungsverfahren gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung zu beachtenden Besonderheiten zutreffend dargestellt. Es kann auf deren Erwägungen verwiesen werden (Urk. 2 S. 3 ff.), zumal auch der Kläger nichts Gegenteiliges vorbringt (Urk. 1 S. 16 ff.).

Zusammengefasst führte die Vorinstanz aus, es sei zunächst vorausgesetzt, dass eine Klage rechtshängig sei. Dann müsse der Massnahmekläger glaubhaft machen, dass sein Anspruch bestehe (Hauptsachenprognose) und ihm ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohe (Nachteilsprognose). Als Besonderheit in Bezug auf die vorsorgliche Abänderung von Unterhaltsverpflichtungen werde gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung zusätzlich verlangt, dass ein dringender Fall und spezielle Umstände vorlägen, mithin ein Ausnahmefall gegeben sei. Die tatsächlichen Verhältnisse müssten derart liquid sein, dass sich der Verfahrensausgang einigermaßen zuverlässig abschätzen lasse. Schliesslich seien die wirtschaftliche Situation des Schuldners und die Interessen des Gläubigers gegeneinander abzuwägen (Urk. 2 S. 4 f. mit Verweis auf BGE 118 II 228 und BGer 5A_9/2007 vom 20. April 2007 in Pra [2007] Nr. 137 E. 2.2).

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Hürden für eine vorsorgliche Abänderung von Unterhaltsbeiträgen sehr hoch sind. Erst wenn dem Kläger die Erbringung seiner rechtskräftig festgestellten Unterhaltspflichten schlechthin nicht mehr zugemutet werden kann, ist eine vorsorgliche Massnahme zu erlassen (ZR 77 Nr. 91 E. III.). Ist nur eine der erwähnten Voraussetzungen nicht gegeben, sind die vorsorglichen Massnahmen abzuweisen (BGer 5P.269/2004 vom 3. November 2004 E. 2 i.f.).

2.2. Im Hinblick auf die soeben dargelegten Erwägungen, wird nachfolgend auf die konkrete Rechts- und Sachlage einzugehen sein. Insbesondere muss die finanzielle Situation der Parteien untersucht werden.

3.1. Der Kläger bringt gegen die Berechnung der Vorinstanz seines betriebsrechtlichen Existenzminimums zu Recht nichts Grundsätzliches vor. Die Vorinstanz hat die aktuelle höchstrichterliche Praxis zutreffend wiedergegeben, auf diese Ausführungen kann zunächst verwiesen werden (Urk. 2 S. 12 Ziff. 5.3. ff., mit Verweis auf BGE 137 III 59 E. 4. 2 f.). Auf einzelne, zum Teil vom Kläger gerügte Positionen (vgl. v. a. Urk. 1 S. 19 Rn. 75 Mitte) ist nachfolgend einzugehen:

3.1.1. Kosten für Energie (ausser Heizenergie) sind aus dem Grundbetrag zu bezahlen (Ziff. II. und Ziff. III.1.1. f. des Kreisschreibens der Verwaltungs-

kommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 [nachfolgenden nur noch Kreisschreiben]). Da in den zugestandenen Miet- und Nebenkosten die Heiz- und Warmwasserkosten schon berücksichtigt sind (vgl. Urk. 5/3/10 f.) bleibt bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums kein Raum, die Stromkosten gesondert aufzunehmen. Die Vorinstanz hat somit zurecht keine solche Position in die Bedarfsberechnung aufgenommen.

3.1.2. Gesundheitskosten, wozu auch die Kosten für den Zahnarzt zählen, sind grundsätzlich aus dem Grundbetrag zu bezahlen (Ziff. II. des Kreisschreibens).

Die monatlichen Selbstbehaltskosten von Fr. 9.45 können als normal bezeichnet werden, sie sind aus dem Grundbetrag zu bezahlen (Urk. 5/1 S. 12 Rn. 42).

Gemäss Ziff. III. 5.3. des Kreisschreibens können hohe Zahnarztkosten, die unmittelbar bevorstehen, durch eine zeitweise Erhöhung des Existenzminimums berücksichtigt werden. Nachgewiesen durch Rechnungen sind vorliegend Fr. 363.–. Weiter findet sich eine *Kostenschätzung* vom 13. Dezember 2010 für eine zahnmedizinische Behandlung über Fr. 1'464.– in den Akten (Urk. 5/3/16 [2. Blatt]). Ob diese Behandlung dringlich ist oder war, bzw. ob sie schon durchgeführt wurde oder nicht, kann weder den klägerischen Ausführungen noch den Akten entnommen werden. Auch deutet nichts darauf hin, dass es sich um eine Behandlung handelt, welche dauernd notwendig ist, weshalb derartige Kosten fortlaufend, jedes Jahr anfielen.

Die durch Rechnungen ausgewiesenen Kosten (Urk. 5/3/16 [1. und 3. Blatt]) von Fr. 363.– halten sich im normalen Rahmen und müssen daher aus dem Grundbetrag bezahlt werden. Die Kosten in der Höhe von Fr. 1'464.– können nicht berücksichtigt werden, da nicht dargetan wurde, dass diese bereits angefallen sind und nun abbezahlt werden müssen, demnächst anfallen werden oder, ob sie gar schon bezahlt wurden und entsprechend inskünftig nicht mehr berücksich-

tigt werden müssen. Die Vorinstanz hat daher korrekterweise auf die Anrechnung dieser Kosten verzichtet.

3.1.3. Die Vorinstanz hat keine Betriebskosten für das Motorrad, welches der Kläger für den Arbeitsweg verwendet, berücksichtigt (Urk. 2 S. 13). Die nun vom Kläger geltend gemachten Fr. 35.– (Urk. 1 S. 15 Rn. 60) sind angemessen und entsprechend zu berücksichtigen, zumal die gesamten Kosten für den Arbeitsweg mit dem Motorrad (Fr. 157.15) vergleichbar zu jenen des öffentlichen Verkehrs sind. Schliesslich wäre es inkonsequent, die Fixkosten für das für den Arbeitsweg eingesetzte Motorrad zu berücksichtigen, die Betriebskosten aber nicht.

3.1.4. Weitere substantiierte Rügen gegen die Berechnung des klägerischen betriebsrechtlichen Existenzminimums wurden nicht vorgebracht. Den nachfolgenden Erwägungen kann somit unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen bis zum 31. Dezember 2011 ein Existenzminimum von Fr. 3'449.85 zu Grunde gelegt werden (vgl. Urk. 2 S. 13 sowie die tabellarische Übersicht S. 11 Ziff. 3.1.6. hiernach.).

3.1.5. Im Zeitpunkt des Entscheides der Vorinstanz am 21. Juli 2011 rechtfertigte es sich, von einer Streiterledigung vor dem Jahreswechsel auszugehen (Urk. 2 Ziff. 5.5. S. 15). Im jetzigen Zeitpunkt erscheint dies nicht mehr sicher, weshalb auch die Verhältnisse nach dem Jahreswechsel zu prüfen sind.

Aus dem Arbeitsvertrag der Ehefrau des Klägers (Urk. 5/3/7) geht hervor, dass ihre Anstellung am 31. Dezember 2011 auslaufen wird. Anzeichen für eine weitere Verlängerung liegen nicht vor. Es ist daher davon auszugehen, dass sie ab dem 1. Januar 2011 nicht mehr berufstätig sein und sich um die gemeinsamen Kinder kümmern wird. In der Folge, wird ihr Einkommen der Familie nicht mehr zur Verfügung stehen, dafür werden aber die Kosten für die Kindertagesstätte entfallen (vgl. Urk. 5/35).

3.1.6. Das betriebsrechtliche Existenzminimum des Klägers präsentiert sich somit folgendermassen:

	Bis 31.12.2011	Ab 1. 1. 2012
Grundbetrag	850.00	1'700.00
Mietkosten	1'758.70	2'477.00
Nebenkosten	17.90	25.20
Krankenkasse	227.75	227.75
Telefon/Radio/TV/Internet	85.20	120.00
Motorradversicherung	13.00	13.00
Strassenverkehrsabgabe	4.15	4.15
Motorrad (Benzin, Betriebskosten)	35.00	35.00
Fährbillet (Motorrad, Arbeitsweg)	105.00	105.00
Versicherung Haushalt- und Hausrat	15.65	25.00
Besuchrechtskosten ...	337.50	337.50
Total	3'449.85	5'069.60

Zu den Positionen, welche sich ab 1. Januar 2012 ändern, gilt es folgendes anzumerken:

a) Ist die Leistungsfähigkeit eines wiederverheirateten Unterhaltsschuldners mit Unterhaltungspflichten gegenüber mehreren Kindern zu prüfen, kann dem Unterhaltsschuldner an sich nur der halbe Grundbetrag für Ehepaare angerechnet werden (BGE 137 III 59 E. 4.2.2). Gleich wäre im Fall von mehreren (gleichrangigen) Ehegatten vorzugehen. Wie sogleich aufzuzeigen sein wird, kann der Kläger seinen bisherigen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kind und Ehefrau aus 1. Ehe sogar nachkommen, wenn ihm der ganze Grundbetrag für Ehepaare zugestanden wird (vgl. S. 13 Ziff. 3.5. hier-nach). In vorliegendem Fall kann dem Kläger daher ab dem 1. Januar 2012 ein Grundbetrag von Fr. 1'700.– gemäss Ziff. II. 3. des Kreisschreibens zugestanden werden.

b) Die Mietkosten bzw. die Wohnkosten insgesamt sind gemäss höchst-richterlicher Rechtsprechung nach Massgabe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Mitbewohner des Klägers zu berücksichtigen (BGE 137 III 59 E. 4.2.2). Da die Ehefrau des Klägers ab 1. Januar 2012 nicht mehr erwerbstätig sein wird, rechtfertigt es sich, die gesamten Wohnkosten im betriebsrechtlichen Existenzminimum des Klägers zu berücksichtigen. Die

gleiche Überlegung gilt mutatis mutandis für die Kommunikationskosten und die Versicherung.

3.2. Es ist von einem monatlichen Nettolohn des Klägers in der Höhe von rund Fr. 7'400.– auszugehen. Zu dessen Berechnung ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 2 S. 10 Ziff. 4.2. ff.).

3.3. Der Kläger macht Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der Beklagten, dem Sohn aus erster Ehe, C.____ (geb. tt.mm.2000) und den beiden Kindern D.____ (geb. tt.mm.2009) und E.____ (geb. tt.mm.2011) geltend.

3.3.1. Die Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der Klägerin und C.____ wurden im Scheidungsurteil vom 10. Oktober 2008 festgelegt (Urk. 5/4/17 S. 2 f.). Sie betragen für die Beklagte Fr. 940.– und für C.____ Fr. 760.– pro Monat (vgl. auch Urk. 2 S. 7 Ziff. 1.3.).

3.3.2. Für die beiden Kinder D.____ und E.____ berechnete die Vorinstanz eine Unterhaltsverpflichtung bis zum 31. Dezember 2011 von Fr. 1'132.70 bzw. Fr. 1'125.50 (Urk. 2 S. 15 Ziff. 6.3. f.). Diese Berechnung ist weitgehend zutreffend, insbesondere berücksichtigte die Vorinstanz zurecht beim Bedarf der Kinder keinen Wohnkostenanteil, da die Wohnkosten vollumfänglich im Bedarf der Eltern berücksichtigt wurden. Ausserdem brachte die Vorinstanz in Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Kinderzulagen vom Bedarf der Kinder in Abzug (Urk. 2 S. 11 Ziff. 4.5. m.w.H.; BGE 137 III 57, E. 4.2.3).

Bei der Berechnung des Existenzminimums der Kinder kann aber nur die Krankenkassenprämie gemäss KVG berücksichtigt werden, nicht jedoch die Kosten für Zusatzversicherungen gemäss VVG. Diese Kosten sind demnach aus dem Notbedarf der Kinder zu streichen. Der korrekte Notbedarf (Grundbetrag, KVG, Anteil Kinderbetreuung) für D.____ beträgt somit Fr. 1'110.–, jener für E.____ Fr. 1'113.40 (vgl. zu den Krankenkassenprämien Urk. 5/3/29 f.). Anzumerken ist, dass der Kläger ausführte, seine Ehefrau werde nach der Niederkunft während der Dauer der "Mutterschutzzeit" E.____ selber betreuen und erst auf den Arbeitsbeginn hin E.____ in die Kindertagesstätte geben (Urk. 1 S. 4 Rn. 10). Wäh-

rend dieser Dauer fallen entsprechend die Kosten für die Fremdbetreuung nicht an und stehen zur Deckung des allgemeinen Bedarfes zur Verfügung.

Nach dem 31. Dezember 2011 kann die Ehefrau des Klägers die Kinderbetreuung übernehmen, es entfallen daher die Kosten für die Kindertagesstätte. Da aber auch das Einkommen der Ehefrau des Klägers entfällt, muss nun der Kläger die ganze finanzielle Last für die Kinder alleine tragen. Konkret setzt sich der Bedarf für die Kinder dann aus dem Grundbetrag (Fr. 400.–) und den Kosten für die Krankenkasse von Fr. 59.15 für D._____ und Fr. 63.95 für E._____ zusammen (Urk. 5/3/29 f.). Von diesen Beträgen sind sodann die Kinderzulagen von je Fr. 250.– abzuziehen. Auch nach dem 31. Dezember 2011 sind keine Wohnkostenanteile zu berücksichtigen, da diese bereits im Bedarf des Klägers enthalten sind. Der Bedarf von D._____ wird dann Fr. 209.– jener von E._____ Fr. 213.95 betragen.

3.4. Insgesamt präsentiert sich die finanzielle Situation des Klägers folgendermassen.

	Bis 31.12.2011	Ab 1.1.2012
Einkommen Kläger	7'400.00	7'400.00
Existenzminimum Kläger	3'449.85	5'069.60
Leistungsfähigkeit Kläger	3'950.15	2'330.40
Unterhaltsverpflichtungen Kläger	3'923.40	2'122.95
Überschuss	26.75	207.45

3.5. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass der Kläger sowohl vor der Vorinstanz als auch im Rechtsmittelverfahren über den vollen Ehegattengrundbetrag hinaus keine Unterhaltsverpflichtung gegenüber seiner Ehefrau geltend gemacht und auch keine diesbezüglichen Unterlagen produziert hat. Diese Unterhaltsverpflichtung wurde daher nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens im auf S. 6 hiervoor ausgeführten Sinne und kann vorliegend nicht berücksichtigt werden. Mit der Vorinstanz ist anzunehmen, dass der Kläger seinen geltend gemachten Unterhaltsverpflichtungen nachkommen kann, ohne sein Existenzminimum angreifen zu müssen. Anzuführen ist, dass durch die vorinstanzliche Formulierung, der Kläger könne seinen Unterhaltspflichten "durchaus" nachkommen (Urk. 2 S. 17) evtl. ein etwas falscher Eindruck entsteht: Die finanzielle Lage des

Klägers ist zweifellos stark angespannt und die Erfüllung seiner Unterhaltspflichten verlangt von ihm und auch von seiner Familie Einschränkungen in allen Lebensbereichen. Etwas relativiert wird die Situation aber aufgrund des Umstandes, dass beim Einkommen des Klägers kein Bonus berücksichtigt wurde; sollte ein solcher anfallen, stünde dieser dem Kläger ungeschmälert zur Verfügung (vgl. zur Bonusregelung, bzw. zum "Ziellohn" Urk. 5/3/4).

3.6. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Kläger zur Begleichung seiner Unterhaltsverpflichtungen sein Existenzminimum nicht angreifen, jedoch eine Einschränkung seiner eigenen Lebenshaltung und jener seiner Familie hinnehmen muss.

4. Über die aktuelle finanzielle Situation der Beklagten kann den Akten nichts entnommen werden. Auch der Kläger bringt diesbezüglich nur vor, dass sie zu 100 % als Implementation Manager bei F._____ (...) tätig sei (Urk. 5/1 S. 4 Rn. 11). Weiter scheint er davon auszugehen, dass die Klägerin über keine Ersparnisse verfügt, aus welchen allfällig zu viel bezahlter Unterhalt zurückerstattet werden könnte (Urk. 1 S. 20 Rn. 78). Weitere Behauptungen, insbesondere solche zum Bedarf der Beklagten, stellt er nicht auf.

5.1. Eine Abänderung ist kein rein rechnerischer Vorgang, es gibt keine allgemeingültige Formel, in welche sich Bedarfs- und Einkommenszahlen einsetzen lassen, aus welcher hernach eine mathematisch exakte Berechnung resultiert. Das Gericht hat vielmehr unter Berücksichtigung aller Umstände einen Ermessensentscheid zu fällen (BGE 108 II 30 E. 8 S. 32, BGer 5C.163/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 2d und BGer 5C.197/2003 vom 30. April 2004 E. 2.3.). Fest steht zwar, dass eine verminderte Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners, weil dieser sich wiederverheiratet hat und nun auch für die neue Familie aufkommen muss, einen Abänderungsgrund darstellt (Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, S. 658 Rz. 09.132 ff.). Es kann diesbezüglich der höchstrichterlichen Rechtsprechung aber weder entnommen werden, dass sich der Unterhaltspflichtige stets bis aufs Existenzminimum einschränken muss, noch dass sowohl der Unterhaltsgläubiger als auch der Unterhaltsschuldner immer eine gleichmässige Senkung des Bedarfes hinzunehmen haben. Eine

einfache "Rechenanleitung" kann auch der von der Vorinstanz zitierten Literaturstelle nicht entnommen werden (Hausheer/Spycher [Hrsg.], a.a.O., S. 31 Rz. 01.66 ff.). Dem an dieser Stelle zitierten, bereits etwas älteren BGE können aber nach wie vor beachtliche Leitplanken bzw. Grundsätze entnommen werden: Dem Umstand, dass der Unterhaltsschuldner durch die Gründung einer neuen Familie *freiwillig* eine Neugestaltung seiner Lebensverhältnisse vorgenommen hat, ist billigerweise Rechnung zu tragen. Die vollumfängliche Abwälzung der neuen Lasten auf den Unterhaltsberechtigten würde daher geradezu gegen Treu und Glauben verstossen. Es muss zwar verhindert werden, dass der Unterhaltsverpflichtete und seine neue Familie in Not geraten, es können aber von ihm ernsthafte Bemühungen zur Steigerung des Einkommens oder eine Einschränkung der eigenen Lebenshaltung verlangt werden. Ist eine das unbedingt Notwendige übersteigende Rente zu beurteilen, muss ein Ausgleich gefunden werden, dass sich der Unterhaltsgläubiger nicht mehr einschränken muss als der Pflichtige. Im Fall, dass eine nur bescheidene Rente hat festgesetzt werden können, sind demgegenüber besondere Anstrengungen vom Unterhaltsverpflichteten zu erwarten, bevor die Rente zu kürzen ist (BGE 79 II 137, 139 ff., bestätigt in BGer 5C.163/2001 vom 18. Oktober 2001). Die untere Begrenzung auf das Existenzminimum steht in Einklang mit dem von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Prinzip, dass in Bezug auf alle familienrechtlichen Unterhaltspflichten – Ausnahmefälle vorbehalten – dem Unterhaltsschuldner grundsätzlich das Existenzminimum zu belassen ist (BGE 135 III 66 E. 2 ff.). Der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung lässt sich insofern eine Konkretisierung entnehmen, als dass im Falle, dass ein höherer als gesetzlich geforderter Unterhaltsbeitrag festgelegt wurde, nach Möglichkeit das Verhältnis zwischen der Höhe der Unterhaltsverpflichtung und der Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldner beizubehalten ist (BGer 5C.197/2003 vom 30. April 2004 E. 4.1).

5.2. Aus soeben dargelegten Erwägungen geht hervor, dass zur Beurteilung der Prozessaussichten in der Hauptsache nicht nur die aktuelle finanzielle Situation des Klägers von Bedeutung ist, sondern auch die finanzielle Situation der Beklagten, insbesondere ihr Bedarf; überdies werden unter Umständen gar die finanziellen Verhältnisse der Parteien im Scheidungszeitpunkt zu beachten sein.

Ausser zu seiner eigenen aktuellen wirtschaftlichen Lage und sehr summarisch zur aktuellen Situation der Beklagten, bringt der Kläger nichts Weiteres vor. Auch kann diesbezüglich den Akten nichts entnommen werden. Aufgrund der Sachlage, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Kläger unter Umständen eine substantielle Senkung seiner Unterhaltsverpflichtung erreichen wird. Wie weit diese aber gehen wird, lässt sich ohne die Kenntnis der erwähnten weiteren Umstände insbesondere ohne Kenntnis des Bedarfes der Beklagten mit C. _____ nicht einschätzen.

Es muss daher der Schluss gezogen werden, dass die Prozessaussichten des Klägers noch intakt sind. Die tatsächlichen Verhältnisse sind aber nicht derart liquid, dass sich der *genaue* Verfahrensausgang, also das zahlenmässige Ausmass einer allfälligen Rentenkürzung, einigermaßen zuverlässig abschätzen lässt.

6. Nachdem sich der genaue Verfahrensausgang nicht einigermaßen zuverlässig abschätzen lässt und das Existenzminimum des Klägers samt seiner Familie bei gegenwärtiger Unterhaltsverpflichtung gewahrt bleibt, ist dem Kläger ein Zuwarten bis zum Entscheid der Vorinstanz zuzumuten. Die vorsorglich beantragten Massnahmen sind daher abzuweisen (vgl. zu den rechtlichen Grundlagen S. 8 f. hiervor). Auf die Stellung einer darüber hinausgehenden Nachteilsprognose kann vor diesem Hintergrund verzichtet werden (BGer 5P.269/2004 vom 3. November 2004 E. 2 i.f.).

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ausdrücklich dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 S. 18), weshalb diesbezüglich keine weiteren Vorkehren zu treffen sind.

2. Der Kläger stellte mit seiner Berufungsschrift vom 4. August 2011 ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 1 S. 2).

3. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf die unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst die Befreiung von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen und von Gerichtskosten sowie die gerichtliche Bestellung einer Rechtsvertretung, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. a - c ZPO).

4. Nach der Rechtsprechung gilt als bedürftig, wer die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne die Mittel anzugreifen, deren er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie bedarf. Wie auf S. 13 Ziff. 3.4. hiervor dargelegt, kann der Kläger zwar seinen in diesem Prozess geltend gemachten Unterhaltsverpflichtungen nachkommen, seine finanzielle Situation muss aber als angespannt qualifiziert werden.

5. Das vorliegende Verfahren weist doch eine gewisse Komplexität auf. Es sind dabei auch Ermessensfragen zu beantworten und Prognosen für die Zukunft zu stellen. Das Rechtsmittel des Klägers kann daher nicht als zum vornherein aussichtslos bezeichnet werden.

6. Im vorliegenden Verfahren waren neben anspruchsvolleren prozessrechtlichen Fragen, wie Zuständigkeit und anwendbares Recht im internationalen Verhältnis auch recht komplexe und aktuelle rechtliche Fragen zu klären, wie beispielsweise die Berechnung des Existenzminimums des Klägers. Der Beizug eines Rechtsbeistandes ist daher für einen Laien notwendig.

7. Die Voraussetzungen gemäss Art. 117 ZPO und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO sind somit erfüllt. Dem Kläger ist für das vorliegende Berufungsverfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person von Rechtsanwältin Dr. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.

8. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 lit. a, c und d sowie § 12 Abs. 1 und 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebüh-

renverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG [LS 211.11]) auf Fr. 3'500.– festzusetzen.

9. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Im Berufungsverfahren unterliegt der Beklagte vollumfänglich, weshalb ihm die gesamten Kosten aufzuerlegen sind. Aufgrund der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Kosten aber einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

10. Auf die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beklagte ist zu verzichten, da diese aufgrund ihrer Säumigkeit keine zu entschädigende Aufwände hatte.

11. Die Akten sind zusammen mit dieser Entscheid an die Vorinstanz zurück zu senden, damit die Vorbereitungen für anstehende Vergleichsverhandlung am 21. Dezember 2011 getroffen werden können.

Es wird erkannt:

1. Das Begehren um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.
2. Dem Kläger wird die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich bewilligt und für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin Dr. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beigegeben.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'500.–.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt, aufgrund der unentgeltlichen Rechtspflege aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO bleibt vorbehalten.

5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Horgen unter Beilage der erstinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.
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 mehr als Fr. 75'750.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 29. November 2011

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
ss