

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120031-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

Urteil vom 28. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Unterhalt)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am
Bezirksgericht Uster vom 8. August 2012 (FP120015)**

Urteil des Bezirksgerichtes Uster vom 8. August 2012:

1. In Abänderung von Dispositivziffer 3.3 des Scheidungsurteils vom 2. Dezember 2008 des Bezirksgerichts Bülach wird der Kläger verpflichtet der Beklagten ab 1. September 2012 für die Dauer des Verfahrens an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C. _____ und D. _____ monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von je Fr. 254.-, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinderzulagen, jeweils am Ersten eines Monats im Voraus zu bezahlen, zahlbar erstmals per 1. September 2012.
2. Die Kosten und Entschädigungsfolgen werden im Endentscheid geregelt.
3. (Mitteilung)
4. (Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

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

- " 1. Ziffer 1. des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuheben und das Begehren um vorsorgliche Massnahmen sei abzuweisen.
2. Die Vollstreckung von Ziffer 1. des vorinstanzlichen Urteils sei aufzuschieben.
3. Der Bk sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihr sei in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben;
unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWSt) zulasten des Bb."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 6 S. 2):

- " 1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MwSt) zu Lasten der Beklagten und Berufungsklägerin.

Gesuch:

Es sei dem Kläger und Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien wurden mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 2. Dezember 2008 geschieden. Am 21. März 2012 machte der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) vor Vorinstanz ein Verfahren um Abänderung des vorgenannten Scheidungsurteils anhängig und ersuchte gleichzeitig um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 4/1 S. 2). Mit Urteil vom 8. August 2012 entschied die Vorinstanz über das Massnahmebegehren des Klägers wie vorstehend wiedergegeben (Urk. 2 S. 14).
2. Mit fristgerechter Eingabe vom 17. August 2012 erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) rechtzeitig Berufung gegen den erstinstanzlichen Entscheid mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2).
3. Mit Verfügung vom 6. September 2012 (Urk. 5) erteilte die Kammer der beklaglichen Berufung mit Bezug auf Dispositivziffer 1 des vorinstanzlichen Entscheids antragsgemäss die aufschiebende Wirkung und setzte dem Kläger gleichzeitig Frist zur Erstattung der Berufungsantwort an, welcher Aufforderung dieser mit Eingabe vom 17. September 2012 (Urk. 6) innert Frist mit den vorstehend aufgeführten Rechtsbegehren nachkam.
4. Mit Eingabe vom 22. November 2012 nahm die Beklagte innert der ihr mit Verfügung vom 30. Oktober 2012 (Urk. 9) angesetzten und einmal erstreckten Frist Stellung zur Berufungsantwort des Klägers. Diese Eingabe wurde dem Kläger am 23. November 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. S. 4).
5. Der Sachverhalt ist aufgrund der Eingaben der Parteien klar, der Prozess erweist sich als spruchreif.

II.

1. Der Kläger bezog bis zum 1. Juni 2012 Taggelder der Arbeitslosenkasse. Im Anschluss daran reaktivierte er nach eigenen Angaben seine stillgelegte Einzel-firma "E._____", mit welcher er Transportaufträge nach F.____ [Staat in Afrika] durchführt.

2. Wie die Kammer bereits in der Verfügung vom 6. September 2012 festgehalten hat, kommen vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsverfahren nur unter besonderen Umständen in Betracht, nämlich, wenn liquide tatsächliche Verhältnisse gegeben sind, die den voraussichtlichen Verfahrensausgang einigermaßen zuverlässig abschätzen lassen, und den Beteiligten schlechthin nicht zugemutet werden kann, den Endentscheid abzuwarten (vgl. Urk. 5 S. 4). In derselben Verfügung ist zudem festgehalten worden, dass der Sachverhalt insbesondere in Bezug auf die Frage, wie viel der Kläger effektiv verdient bzw. verdienen kann, derzeit nicht liquide sei (Urk. 5 S. 6). Daran hat sich auch nach Einreichung diverser Unterlagen durch den Kläger (vgl. Urk. 8/1-16) nichts geändert. Eine zuverlässige Einschätzung seiner tatsächlichen Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit mit seiner Transportfirma lässt sich weder gestützt auf die eingereichten "Quittungen" (Urk. 8/4), welche nicht einmal ohne Weiteres der Einzelfirma des Klägers ("E.____") zugeordnet werden können, noch auf die Ausgabenbelege mit teilweise handschriftlichen Notizen (Urk. 8/5-7), den Darlehensvertrag vom 1. April 2012 (Urk. 8/8) oder die übrigen Belege vornehmen. Selbst seine Steuererklärung 2011 hat der Kläger offenbar noch nicht fertiggestellt, jedenfalls nicht eingereicht (Urk. 6 S. 10). Damit lässt sich der voraussichtliche Verfahrensausgang nicht zuverlässig abschätzen, weshalb die Anordnung vorsorglicher Massnahmen schon deshalb nicht in Betracht kommt. Hinzu kommt, dass der Kläger keine Umstände geltend macht, welche bewirken würden, dass ihm "schlechthin nicht zugemutet werden" kann, den Endentscheid abzuwarten. Einzig das Auflaufen von Schulden stellt keinen besonders schweren Nachteil für den Kläger dar, zumal nicht dargetan ist, dass der Kläger im Rahmen der gegenwärtigen Einkommenspfändung – die wohl noch vor Anhängigmachung der Abänderungsklage aufgelaufene Unterhaltsschulden betrifft (Urk. 8/15+16) – mehr als Fr. 300.– bezahlt (Urk. 8/14 in

Verbindung mit den dem Betreibungsamt dargelegten Einnahmen und Ausgaben für Juni bis August 2012 [Urk. 6 S. 4]), mitunter einen Betrag, den der Kläger selbst mit reduzierter Unterhaltsverpflichtung gemäss angefochtenem Urteil für die beiden Kinder noch leisten müsste (2 x Fr. 254.–). Mit anderen Worten ist keine Gefahr hinreichend glaubhaft gemacht, dass der Kläger riskiert, während laufendem Verfahren zu hohe Beiträge zu bezahlen, welche er später unter Umständen nur noch erschwert zurückerhalten könnte. Damit ist festzuhalten, dass vorliegend keine besonderen Umstände ersichtlich sind, welche es dem Kläger unzumutbar machen würden, auf den Endentscheid im vorinstanzlichen Verfahren zu warten. In diesem (ordentlichen) Verfahren werden insbesondere die Einkommensverhältnisse des Klägers zu klären sein, was im Rahmen des vorliegenden (summarischen) Berufungsverfahrens - wie bereits ausgeführt - mangels Liquidität nicht möglich ist. Es müssen hier auch die Interessen der Beklagten, die auf die Kinderunterhaltsbeiträge für ihren laufenden Bedarf angewiesen ist, im Auge behalten werden. Der Beklagten würden – wie bereits in der Verfügung vom 6. September 2012 dargelegt (Urk. 5 S. 7) – die von der Alimentenstelle bevorschussten Beträge bei einer vorsorglichen Herabsetzung umgehend gekürzt, was zu einem Mehrbezug an Sozialhilfegelder ihrerseits führen und dementsprechend eine Äufnung ihrer Schulden beim Sozialamt bewirken würde.

3. Nach dem Gesagten ist das Begehren des Klägers um Anordnung vorsorglicher Massnahmen in Gutheissung der Berufung abzuweisen.

III.

1. In Anwendung von Art. 318 Abs. 3 ZPO wird das vorinstanzliche Kosten-Dispositiv (Dispositiv-Ziffer 2) bestätigt.

2.1. Beide Parteien ersuchen die Berufungsinstanz um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 ff. ZPO. Diese ist zu gewähren, wenn eine Person nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint.

2.2. Aus den Akten geht hervor, dass die Beklagte seit dem 1. März 2007 auf Sozialhilfe angewiesen ist (Urk. 4/10/2; Urk. 4/14/1). Ebenso lässt sich diesen Unterlagen (Abrechnung 1. März 2012 bis 31. März 2012 der Sozialabteilung der Stadt ..., Urk. 4/14/1) entnehmen, dass die Alimente der beiden Kinder D._____ und C._____ in der jeweils vollen Höhe von Fr. 591.15 bevorschusst werden. Der Kläger bestätigte denn auch, dass er nicht in der Lage sei, für die beiden Kinder aufzukommen und die Alimentenstelle die von ihm geschuldeten Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 1'180.- bevorschusse (Urk. 4/1 S. 9). Damit ist die Mittellosigkeit der Beklagten ausgewiesen. Sodann ist das vorliegende Rechtsmittelverfahren nicht als aussichtslos zu bezeichnen. Schliesslich ist die Beklagte auf anwaltliche Vertretung angewiesen, zumal auch die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO, BGer 4A_87/2008). Dementsprechend ist der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu gewähren und ihr in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

2.3. Obwohl die Einkommensverhältnisse des Klägers unklar sind, erscheint nach summarischen Prüfung - insbesondere auch aufgrund der aktuell laufenden Einkommenspfändung - wenigstens hinreichend klar, dass er nebst den Unterhaltsbeiträgen für die beiden Kinder nicht auch noch Prozesskosten begleichen kann. In Anbetracht des angefochtenen Entscheids konnte sein Standpunkt auch nicht von vornherein als aussichtslos bezeichnet werden. Damit ist seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu entsprechen und ihm in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

3.1. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. ZPO). Die Beklagte obsiegt vorliegend - wie bereits gesagt - vollständig, weshalb der Kläger die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen hat.

3.2. Die Entscheidungsbüher für das Berufungsverfahren ist gestützt auf die Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) auf Fr. 2'000.- festzusetzen und dem Kläger aufzuerlegen.

3.3. Ausgangsgemäss ist der Kläger zudem zu verpflichten, der Beklagten eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Diese ist gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) auf Fr. 1'500.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, also insgesamt auf Fr. 1'620.– (Urk. 1 S. 2) festzulegen.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagten und Berufungsklägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Dem Kläger und Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihm Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Das Begehren des Klägers und Berufungsbeklagten um Anordnung vorsorglicher Massnahmen für das Abänderungsverfahren wird abgewiesen.
4. Das erstinstanzliche Kostendispositiv (Dispositiv-Ziffer 2) wird bestätigt.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
7. Der Kläger und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, je gegen Empfangsschein.

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

9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. Januar 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Subotic

versandt am:
ss