

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. M. Schaffitz sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 11. Juni 2014

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Besuchsrecht, Gutachten,
Abänderung Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts in Zivil- und Strafsachen
am Bezirksgericht Hinwil vom 5. September 2013 (FE090156-E)**

Erwägungen:

I.

1. a) Die Parteien stehen vor Vorinstanz in einem langwierigen Scheidungsverfahren. Dem Scheidungsverfahren ging ein Eheschutzverfahren voran. Mit Verfügung vom 20. Dezember 2007 (Geschäfts-Nr. EE070070, Vi Urk. 40/63) regelte die Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil das Getrenntleben. Soweit hier interessierend ordnete sie Folgendes an: Sie stellte die beiden aus der Ehe der Parteien hervorgegangenen Kinder C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2007, unter die Obhut der Ehefrau (Dispositivziff. 2). Dem Ehemann wurde ein (zunächst) begleitetes Besuchsrecht zugesprochen, und es wurde ihm befohlen, seine Reisedokumente vor Ausübung des Besuchsrechts während dessen Dauer der Ehefrau auszuhändigen (Dispositivziff. 3). Ihm wurde ferner unter Strafandrohung verboten, die Kinder zusammen oder eines von beiden allein mit sich ins Ausland zu nehmen (Dispositivziff. 4). Für die beiden Kinder wurde eine Besuchsrechtsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet (Dispositivziff. 5), und es wurden die Aufgaben des Beistands festgelegt (Dispositivziff. 6). Des Weiteren verpflichtete die Einzelrichterin den Ehemann, der Ehefrau für die Dauer des Getrenntlebens monatlich und im Voraus für September 2007 Fr. 2'047.–, nämlich Fr. 747.– für die Ehefrau und je Fr. 650.– zuzüglich Kinderzulagen für die beiden Kinder, ferner ab Oktober 2007 Fr. 2'137.–, nämlich Fr. 837.– für die Ehefrau sowie je Fr. 650.– plus Kinderzulagen für die beiden Kinder zu bezahlen (Dispositivziff. 8).

b) Mit Beschluss vom 22. April 2009 (Geschäfts-Nr. LP080002, Vi Urk. 40/73) wies das Obergericht den vom Ehemann erhobenen Rekurs ab, soweit darauf einzutreten war, hob die Dispositivziffern 3 und 4 der erstinstanzlichen Verfügung in teilweiser Gutheissung des Anschlussrekurses der Ehefrau auf und fasste diese Ziffern neu. Danach wurde der Ehemann neu berechtigt, die beiden Kinder für die Dauer von einem Jahr jeweils am ersten und dritten Sonntag eines jeden Monats für die Dauer von vier Stunden – aufbauend, je nach Verlauf – auf

eigene Kosten im Besuchstreff E. _____ zu besuchen (begleitetes Besuchsrecht); nach der einjährigen Übergangsfrist wurde der Ehemann berechtigt, die Kinder jeweils jeden ersten und dritten Sonntag pro Monat sowie an gewissen Feiertagen auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Dem Ehemann wurde aufgetragen, seine schweizerischen und tschechischen Reisedokumente vor Ausübung des (unbegleiteten) Besuchsrechts während dessen Dauer der Ehefrau auszuhändigen. Dem Ehemann wurde unter Hinweis auf die Strafen nach Art. 292 StGB für den Widerhandlungsfall mit sofortiger Wirkung verboten, die Kinder gegen den Willen der Ehefrau zusammen oder einzeln mit sich ins Ausland zu nehmen. Das Kassationsgericht wies mit Zirkulationsbeschluss vom 13. November 2009 (Geschäfts-Nr. AA090082, Vi Urk. 40/76) die vom Ehemann dagegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ab, soweit darauf eingetreten werden konnte. Auch der anschliessenden Beschwerde des Ehemanns ans Bundesgericht war kein Erfolg beschieden (Geschäfts-Nr. 5A_876/2009 vom 16. Februar 2010, Vi Urk. 40/77).

c) Ein von der Ehefrau angestregtes Verfahren betreffend Abänderung der Eheschutzmassnahmen wurde mit Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 16. November 2009 (Geschäfts-Nr. EE090037, Vi Urk. 59/26) in einem hier nicht interessierenden Punkt als durch Vergleich erledigt und im Übrigen als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

2. Das Scheidungsverfahren der Parteien war zunächst von einem Zuständigkeitskonflikt geprägt. Das Schlichtungsgesuch der Ehefrau, Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Klägerin) ging am 30. Juli 2009 beim Friedensrichteramt F. _____ (Bezirk Hinwil) ein (Vi Urk. 1). Bereits mit Eingabe vom 27. Juli (Vi Urk. 13/3) hatte der Ehemann, Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend: Beklagter) beim Friedensrichteramt G. _____ (Bezirk Pfäffikon) ebenfalls ein Schlichtungsgesuch gestellt. Mit Entscheid vom 30. November 2010 wies der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Pfäffikon die Scheidungsklage des Beklagten ab, da dieser vor Ablauf der zweijährigen Trennungsfrist nach Art. 114 ZGB geklagt habe (Vi Urk. 45). Eine vom Beklagten dagegen erhobene Berufung wurde später zurückgezogen. In der Folge wurde das von der Klägerin beim

Einzelrichter im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil (nachfolgend: Vorinstanz) anhängig gemachte Scheidungsverfahren wieder aufgenommen. Bereits mit Eingabe vom 25. Januar 2010 hatte der Beklagte im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren erstmals die Abänderung der eheschutzrichterlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge verlangt (Vi Urk. 31). Es folgten zahlreiche weitere Prozessschritte, u.a. wurde mehrmals versucht, an einem "runden Tisch" zu einer Einigung zu gelangen. Mit Verfügung vom 29. August 2012 (Vi Urk. 115) wurde zur Frage der Erziehungsfähigkeit der Parteien, zur Frage einer dem Kindeswohl gerechten Zuteilung der elterlichen Sorge sowie zur Frage der Obhut und der Ausgestaltung des Besuchsrechts während und nach der Dauer des Scheidungsverfahrens die Einholung eines Gutachtens angeordnet. Das Gutachten von Dr. phil. H._____ datiert vom 25. Februar 2013 (Vi Urk. 155). Bereits vorab gelangte der Gutachter telefonisch an die Vorinstanz und empfahl, das Besuchsrecht des Beklagten auszusetzen (Prot. I S. 55). Gestützt auf dieses Telefonat sowie einen schriftlichen Zwischenbericht des Gutachters (Vi Urk. 145) wurde das Besuchsrecht mit superprovisorischer Verfügung vom 16. Januar 2013 einstweilen sistiert (Vi Urk. 146). Nach schriftlicher Stellungnahme der Parteien zum Gutachten sowie Durchführung einer weiteren Verhandlung entschied die Vorinstanz mit Verfügung vom 5. September 2013 das Folgende (Vi Urk. 187 = Urk. 2):

1. Das Besuchsrecht des Beklagten wird für die weitere Dauer des Verfahrens aufgehoben.
2. Der Antrag auf Einholung eines weiteren Gutachtens betreffend die Kinderbelange wird abgewiesen.
3. Das Begehren um Abänderung der in Ziffer 8 der eheschutzrichterlichen Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 20. Dezember 2007 festgesetzten Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.
4. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
5. ... (Mitteilungssatz)
6. ... (Rechtsmittelbelehrung)"

3. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob der Beklagte am 20. September 2013 Berufung. Er beantragte in der Sache die Einräumung eines angemessenen Besuchsrechts für die Dauer des Verfahrens, die unverzügliche Erstellung eines Gutachtens betreffend Besuchskontakte und die Aufhebung der Verpflich-

tung zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin für diese persönlich und die beiden Kinder (Urk. 1 S. 2). Mit Beschluss vom 21. Oktober 2013 (Urk. 5) wurde Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ für das Berufungsverfahren als Vertreterin des Beklagten im Sinne von Art. 69 Abs. 1 ZPO bestellt. Weiter wurde dem Beklagten Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt. Mit Eingabe vom 4. November 2013 stellte die Rechtsvertreterin des Beklagten für diesen ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 8). Gleichentags focht der Beklagte persönlich den Beschluss der Kammer vom 21. Oktober 2013 beim Bundesgericht an. Mit Urteil vom 3. April 2014 trat das Bundesgericht nicht auf die Beschwerde ein (Geschäfts-Nr. 5A_830/2013, Urk. 14).

4. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Die Scheidungsklage wurde bereits im Jahre 2009 unter der Herrschaft der kantonalen Zivilprozessordnung anhängig gemacht. Das erstinstanzliche Verfahren folgt daher den Regeln der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH; vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Wird der Entscheid ab dem 1. Januar 2011 eröffnet, kommt im Instanzenzug die neue Rechtsmittelordnung gemäss schweizerischer ZPO zur Anwendung. Dies gilt gemäss ZR 110 Nr. 32 auch für vorsorgliche Massnahmen. Damit ist für das vorliegende Rechtsmittelverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden.

5. Da sich die vorliegende Berufung des Beklagten als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

6. Der Beklagte verlangte bereits in seiner Stellungnahme vom 13. Mai 2013 vor Vorinstanz, einen fachlich ausgewiesenen Psychologen mit der Erstattung eines (zusätzlichen) Gutachtens zu beauftragen, da das vorliegende Gutachten mehr als unbefriedigend und nicht verwertbar sei (Vi Urk. 165 S. 5). Formell gesehen handelt es sich dabei um einen Beweisantrag. Die Vorinstanz hielt die Einholung eines weiteren Gutachtens nicht für angezeigt und wies den Antrag ab (vgl. Urk. 2 E. III/3.4 und Dispositivziff. 2). Der Beklagte ficht dies an und verlangt,

dass das beantragte Gutachten unverzüglich gerichtlich in Auftrag gegeben werde (vgl. Urk. 1 S. 2 Berufungsantrag 2). Was er damit genau erreichen will, bleibt unklar. Ob die Einholung eines weiteren Gutachtens im erstinstanzlichen Massnahmeverfahren zu Recht unterblieb und ob dies allenfalls im Berufungsverfahren nachzuholen ist, ist eine Frage der Sachverhaltsermittlung; darauf ist nachfolgend einzugehen. Soweit der Beklagte damit jedoch erreichen will, dass die Vorinstanz für das Hauptverfahren ein zusätzliches Gutachten einholt, ist darauf nicht einzutreten, denn darüber hat die Vorinstanz noch gar nicht entschieden (vgl. Urk. 2 E. III/3.4). Gegen die Abweisung eines Beweisantrags wäre im Übrigen einzig die Beschwerde nach Art. 319 ff. ZPO zulässig und auch dies nur, wenn dadurch ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohte (Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO).

II.

1. a) Der Beklagte wehrt sich dagegen, dass sein Besuchsrecht für die Dauer des Verfahrens aufgehoben wurde. Die Voraussetzungen für die Verweigerung oder den Entzug des Rechts auf persönlichen Verkehr hat die Vorinstanz korrekt wiedergegeben. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 2 E. III/2). Sie fasste sodann die wesentlichen Aussagen des Gutachters Dr. H. _____ wie folgt zusammen:

b) Beide Kinder hätten keine Beziehung zum Beklagten aufbauen können, wie auch der Beklagte keine Beziehung zu seinen Kindern habe entwickeln können. Der Beklagte sei zur selbständigen Betreuung und Erziehung der Kinder nicht geeignet. Die psychologische Untersuchung ergebe mehrere Hinweise auf massive Einschränkungen der Erziehungsfähigkeit, die auch die Ausübung des Besuchsrechts betreffen würden. Die Befunde seien mit einer paranoiden Persönlichkeitsstörung vereinbar, welche die Erziehungsfähigkeit generell einschränke und infolge mangelnder Empathie sowie überhöhter Selbstbezogenheit den Beziehungsaufbau zu den Kindern verunmögliche und durch ausgeprägte Manipulationsfähigkeit ihre Entwicklung gefährde. Er – der Gutachter – empfehle, die Besuche des Beklagten einzustellen. Die Kinder wollten keinen Kontakt mit ihm und

der Verlauf des Beziehungsaufbaus zu D. _____ sei für diesen enttäuschend verlaufen, so dass er sich vor weiteren Treffen ängstige. Aus psychologischer Sicht schätze er den Schaden, den D. _____ durch weitere Besuchskontakte erfahren würde, als höher ein als die Schädigung, die durch den Umstand entstehe, keinen Kontakt mit dem Vater zu haben. Der Beklagte habe seinen Sohn überfordert, in die Enge getrieben und unter Druck gesetzt (Urk. 2 E. III/3).

2. a) Der Beklagte kritisiert die Abweisung seines Antrags auf Einholung eines weiteren Gutachtens. Er meint, die Vorinstanz verkenne leider die Tatsache, dass damit zu rechnen sei, dass das Scheidungsverfahrens sich weiter in die Länge ziehe. Für eine derart einschneidende Massnahme seien weitergehende, konkrete Abklärungen erforderlich. Das Gericht habe den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären. Dies bedeute, dass sich das Gericht bei der Sistierung des Besuchsrechts und Aufhebung des Rechts des Kindsvaters auf persönlichen Verkehr mit seinen Kindern nicht einfach auf eine Glaubhaftmachung stützen dürfe, sondern auch davon überzeugt sein müsse (Urk. 1 S. 4 f.).

b) Dazu Folgendes: Zunächst beschlägt die Untersuchungsmaxime nicht das Beweismass. Vorsorgliche Massnahmen regeln das in der Hauptsache umstrittene Rechtsverhältnis für die Dauer des Verfahrens. Sie müssen daher wesentlich schneller erlassen werden als das Urteil in der Hauptsache. Dies wird dadurch erreicht, dass einerseits das Verfahren abgekürzt wird, und andererseits, indem weniger Beweise erhoben werden. Das Beweismass reduziert sich auf die Glaubhaftmachung. Das Gericht hat daher bei der vorsorglichen Regelung der Obhut grundsätzlich auf die Vorbringen der Parteien sowie auf die bereits vorhandenen Beweismittel abzustellen. Langwierige Abklärungen, etwa durch kinderpsychologische oder kinderpsychiatrische Gutachten, sollten auch im Streitfall nicht die Regel sein, sondern nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen (ZK-Bräm/Hasenböhler, Art. 176 ZGB N 90). Erst Recht besteht kein Anspruch darauf, dass eine Vielzahl von Gutachten oder Obergutachten eingeholt werden (BGE 114 II 201 E. 2b). Wie sich auch aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, erweist sich der Sachverhalt vorliegend als genügend abgeklärt. Es

bedurfte keines weiteren Gutachtens. Die Vorinstanz ist diesbezüglich korrekt verfahren.

3. a) Bezüglich der Vorgehensweise des Gutachters führt der Beklagte aus, dieser habe ihn in einem Gespräch von 20 Minuten und drei Tests von je 120 Minuten "abgeklärt". Er hält dies für oberflächlich und unseriös (Urk. 1 S. 6). Dem kann nicht gefolgt werden. Insgesamt dauerte die psychologische Untersuchung des Beklagten mehr als sechs Stunden, was als ausreichend erscheint. Hinzu kommt, dass ein weiterer Termin vorgesehen gewesen wäre, der Beklagte diesen aber verweigerte. Wesentlich ist schliesslich ohnehin nicht die für die Exploration aufgewendete Zeit, sondern die Qualität eines Gutachtens.

b) Weiter moniert der Beklagte, das Gutachten sage nichts darüber aus, wie die Kinder in ihrem Loyalitätskonflikt unterstützt werden könnten, um nicht in das Spannungsfeld ihrer Eltern zu geraten, wie die Distanzierung der Kinder dem Kindsvater gegenüber aufgehoben werden könnte, wie angebliche Angstgefühle der Kinder gegenüber dem Kindsvater gemindert werden könnten oder wie eine Beistandschaft konkret auch im Hinblick auf die Besuchsrechtsproblematik als sinnvoll erscheinen würde. Der Gutachter mache es sich leicht, indem er einfach sämtliche Kontakte unterbinde (Urk. 1 S. 5). Es trifft zu, dass der Gutachter empfahl, die Besuche einzustellen. Folgerichtig hielt er fest, sofern das Gericht dem entspreche, seien keine begleitenden Massnahmen erforderlich (Vi Urk. 155 S. 53). Das Gutachten ist insofern schlüssig. Antworten auf die von ihm aufgeworfenen Fragen hat der Beklagte offenbar selbst nicht. Er meint aber, dass er in der Lage wäre, den allfälligen Ratschlägen eines medizinisch ausgewiesenen Gutachters zu folgen und das Besuchsrecht nur in jenem Ausmass in Anspruch zu nehmen, welches die Kinder nicht zu sehr belasten würde (vgl. Urk. 1 S. 6).

In diesem Zusammenhang ist dem Beklagten die im Gutachten wiedergegebene Aussage des Beistands I. _____ in Erinnerung zu rufen, wonach sich der Beklagte nicht beraten lasse, wie er die Besuche gestalten könnte. Träten Schwierigkeiten auf, vermute er deren Ursache im Verhalten der Klägerin oder in Fehlern bei einer Behörde (Vi Urk. 155 S. 40). Auch der Gutachter selbst hielt

fest, dass der Beklagte Anregungen und Vorschläge von Aussenstehenden und Fachpersonen in den Wind schlage (Vi Urk. 155 S. 49).

4. a) Der Beklagte ist sodann der Ansicht, dass die Vorinstanz von Amtes wegen hätte untersuchen müssen, wie das Besuchsrecht und die Besuchspflicht zu gestalten wären. Das Kindeswohl hätte durch den weiteren Bestand des Besuchsrechts massiv gefährdet sein müssen; diese eigentliche Gefährdung hätte im Rahmen einer vertieften Interessenabwägung höher zu werten sein müssen als das Besuchsinteresse. Die Einstellung des Besuchsrechts sei vorliegend klar nicht angebracht gewesen (Urk. 1 S. 6). Die Vorinstanz hielt fest, dass die Schlussfolgerungen von Dr. H._____ plausibel und nachvollziehbar seien. Dieser halte klar und bestimmt fest, dass ein Besuchsrecht des Beklagten das Kindeswohl gefährden würde. Aufgrund dieser Ergebnisse liessen sich die zu befürchtenden schädlichen Auswirkungen auf die Kinder auch nicht durch ein begleitetes Besuchsrecht hinreichend begrenzen (Urk. 2 E. III/3.3). Damit hat die Vorinstanz eine Interessenabwägung vorgenommen. Sie sah keine Alternative zur vorsorglichen Aufhebung des Besuchsrechts. Wie eine mit dem Kindeswohl verträgliche Besuchsrechtsausübung konkret aussehen könnte, kann denn auch der Beklagte nicht sagen.

b) Ferner führt der Beklagte aus, er habe immerzu versucht, das Besuchsrecht in einer schonenden und die Kinder nicht übermässig belastenden Weise wahrzunehmen. Am 20. April 2012 sei ein begleitetes Besuchsrecht aufgenommen worden, mit dem Ziel, dasselbe schrittweise auszudehnen. Der Gutachter selbst habe festgestellt, dass die Treffen im Besuchstreff gut verlaufen seien. Weiter habe er richtig festgehalten, dass beide Eltern verlässlich seien und dass er – der Beklagte – ein engagierter Vater sei, der sich viel Zeit nehme, mit seinem Sohn zu spielen. Würde das Risiko eines Schadens durch weitere Besuchskontakte tatsächlich bestehen, wäre auch das tageweise gewährte Besuchsrecht im Jahr 2012 schädlich gewesen. Dies sei nicht der Fall gewesen. Alle Beteiligten hätten gerichtsnotorisch festgestellt, dass die Besuchskontakte ohne Probleme verlaufen seien (Urk. 1 S. 6).

c) Die Darstellung des Beklagten ist unzutreffend. Einigkeit besteht lediglich darin, dass die Besuche gut anliefen. Durchwegs positiv wurden die Kontakte einzig vom Beklagten beschrieben. Die Tochter C._____ verweigerte die Besuche ohnehin. Bezüglich des Sohns D._____ lässt sich dem Gutachten entnehmen, dass dieser sich von der Mutter zu den Besuchen habe motivieren lassen und begonnen habe, die Kontakte im Vertrauen auf die Mutter wahrzunehmen. Er habe sich anfänglich über die Geschenke, die ihm sein Vater mitgebracht habe, gefreut, habe jedoch nach einiger Zeit realisiert, dass der Vater nicht auf ihn höre und ihn übergehe, was ihn immer stärker verunsichere habe. Gegenüber dem Vater habe er sich nicht getraut, seine Bedenken zu formulieren, und wenn er Ängste geäußert habe, habe der Beklagte diese in Abrede gestellt und D._____ habe sich übergangen gefühlt. Er habe sich während der Besuche zusammengenommen, um der Mutter keine Schande zu machen, habe danach jedoch grossen Unwillen gezeigt, teilweise Wut gegen die Schwester und in der letzten Phase auch gegen die Mutter. Aus dem Verlauf der psychotherapeutischen Intervention bestehe der Eindruck, dass er sich in seinem Vertrauen zur Mutter missbraucht und nicht mehr verstanden gefühlt habe. Die Besuche hätten ihn immer mehr angestrengt und er habe sich erst wieder entspannen können, als die Kontakte eingestellt worden seien. Seit der Einstellung habe er sich in wenigen Wochen weitgehend erholt und spiele wieder ruhiger und ausgeglichener (Vi Urk. 155 S. 50 f.). Von einem problemlosen Verlauf kann somit keine Rede sein.

5. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung in Bezug auf die vorsorgliche Aufhebung des Besuchsrechts als unbegründet. Der angefochtene Entscheid ist in diesem Punkt zu bestätigen.

6. Der zweite Hauptpunkt der Berufung betrifft die Unterhaltsbeiträge. Der Beklagte verlangt die Aufhebung seiner im Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Klägerin und den Kindern. Die Voraussetzungen für eine Abänderung hat die Vorinstanz korrekt wiedergegeben. Es kann darauf verwiesen werden (Urk. 2 E. IV/2). Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten dasselbe Einkommen an, wie im Eheschutzentscheid. Sie nahm jedoch an, dass sich das Einkommen der Klägerin erhöht habe, und sah darin einen Abände-

rungsgrund. Nachdem die Vorinstanz den Bedarf der Parteien neu berechnet hatte, kam sie zum Schluss, dass sich eine Abänderung nicht rechtfertige. Der Beklagte moniert, ihm sei ein zu hohes Einkommen und ein zu geringer Bedarf angerechnet worden. Darauf ist nachfolgend einzugehen. Es gilt dabei auch zu prüfen, ob überhaupt ein Abänderungsgrund vorliegt.

7. a) Im Zeitpunkt des Eheschutzentscheids bezog der Beklagte Taggelder der Arbeitslosenkasse in der Höhe von Fr. 5'170.– pro Monat. Zudem gab er an, er vertrete zwei bis dreimal pro Jahr Parteien vor Gericht und erziele daraus ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 310.– pro Monat. Aus dem Betrieb des J._____ Bräunungsstudios in N._____, dessen Inhaber er sei, resultiere ein Verlust. Entsprechend wurde dem Beklagten ein monatliches Einkommen von Fr. 5'480.– angerechnet. Weiter ging die Eheschutzrichterin davon aus, dass dem Beklagten wohl bald eine Invalidenrente ausgerichtet würde (Vi Urk. 40/63 E. III/6.3.1). Heute ist der Beklagte ausgesteuert. Eine Invalidenrente erhält er nicht. Nach wie vor fungiert er als Inhaber und Betreiber des J._____ Bräunungsstudios. Im Handelsregister ist er als Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung der K._____ GmbH eingetragen. Gemäss Angaben der Klägerin betreibt er auf der Internetauktionsplattform Ricardo einen regen Handel. Er ist zudem Eigentümer einer Wohnung in Südfrankreich.

b) Die Vorinstanz rechnete dem Beklagten weiterhin ein Einkommen von Fr. 5'480.– an. Sie erwog, dass der Beklagte mit seinen Ausführungen nicht einmal ansatzweise erklärt habe, weshalb er heute weniger verdienen solle. Trotz Editionsverfügung vom 25. April 2012 habe er sich standhaft geweigert, die verlangten und zumindest teilweise unbestrittenermassen vorhandenen Urkunden einzureichen. Es sei deshalb naheliegend, dass er Einkommen erziele und dieses verschweige. Selbst wenn der Beklagte heute ein Einkommen von weniger als Fr. 5'480.– erzielen würde, was wie dargelegt nicht glaubhaft sei, wäre im Übrigen – so die Vorinstanz weiter – trotzdem von einem Einkommen in dieser Höhe auszugehen. Die eingereichten Stellensuchbemühungen würden die Zeit vom Juni 2007 bis Juli 2009 betreffen. Seither habe der Beklagte während vier Jahren keine einzige Bewerbung gemacht, wie er selber ausgeführt habe. Damit habe er

sein Einkommen freiwillig bzw. verschuldetermassen reduziert, womit kein Abänderungsgrund angenommen werden könne (Urk. 2 E. IV/3.3).

c) Nachdem der Beklagte bis anhin stets erklärt hatte, mit seinem Bräunungsstudio nur Verluste einzufahren bzw. gerade soviel Einkommen zu erwirtschaften, um die Unkosten decken zu können (vgl. Vi Urk. 180 S. 6), rechnet er im Berufungsverfahren erstmals vor, dass er mit dem Solarium ein monatliches Einkommen von Fr. 2'170.– erziele. Der Schluss der Vorinstanz, dass er freiwillig und verschuldetermassen sein Einkommen reduziert habe, sei willkürlich. Er arbeite, dies im Solarium. Ihm könne nicht vorgeworfen werden, dass er keiner Arbeit nachgehe (Urk. 1 S. 11 f.). Zudem reichte der Beklagte vor Obergericht neue Belege ein, aus denen hervorgeht, dass er für die Steuerperioden 2009 und 2010 nach pflichtgemäsem Ermessen im Sinne von § 139 Abs. 2 StG bzw. Art. 130 Abs. 2 DBG veranlagt wurde, da er es unterlassen hatte, eine Steuererklärung einzureichen (Urk. 3/3). Vor Vorinstanz hatte er noch angegeben, er habe Steuererklärungen eingereicht, davon aber keine Kopien erstellt (Prot. I S. 67).

d) Damit legt der Beklagte seine Einkommensverhältnisse weiterhin nicht offen. Es hilft ihm nicht, dass er seinen steuerrechtlichen Verfahrenspflichten offenbar nicht nachkam und daher gar keine Steuererklärungen vorliegen. Die Behauptung, dass er mit seinem Solarium lediglich ein monatliches Einkommen von Fr. 2'170.– erwirtschaftete, beruht lediglich auf Annahmen des Beklagten und wird durch nichts belegt. Vor Vorinstanz erwähnte dieser mehrmals, dass bezüglich seines Bräunungsstudios (immerhin) eine "Milchbüchleinrechnung" bestehe (Prot. I S. 67 und 87). Eine solche reichte er aber nie zu den Akten. Dieses Prozessverhalten durfte die Vorinstanz zu Ungunsten des Beklagten würdigen (§ 148 ZPO/ZH). Es bleibt dabei, dass nicht glaubhaft gemacht wurde, dass der Beklagte heute weniger verdient als im Zeitpunkt des Eheschutzentscheides.

e) Vorgeworfen werden kann dem Beklagten zudem, dass er seine Arbeitskraft nicht genügend ausnützt. Gerade im Verhältnis zu unmündigen Kindern und bei wirtschaftlich engen Verhältnissen sind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen (BGE 137 III 121 E. 3.1). Früher war der Beklagte im Rechtsdienst der L. _____ AG tätig und verdiente gemäss eigenen

Angaben bis Ende Februar 2007 einen Jahreslohn von Fr. 120'000.– (Urk. 40 Prot. EE070070 S. 7). Dass er sich trotz Unterhaltsverpflichtung gegenüber Frau und Kindern nach seiner Aussteuerung mit den geringen Einkünften aus dem Betrieb seines Bräunungsstudios zufrieden gab, stellt eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Beklagten dar. Eine solche Verschlechterung ist unbeachtlich; der Beklagte hat die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber zu tragen und soll diese nicht auf Frau und Kinder abwälzen können (vgl. BGer 5C.163/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 2.c). Es hilft dem Beklagten auch nicht, dass der Gutachter Dr. H. _____ ihm eine paranoide Persönlichkeitsstörung, die die Erziehungsfähigkeit generell einschränke, attestierte. Seine Erwerbssaussichten müssen dadurch nicht zwingend beeinträchtigt sein. Im Übrigen legte der Beklagte nicht dar, inwiefern diesbezüglich eine Verhältnisänderung vorliegen solle.

8. a) Die Klägerin erzielte im Zeitpunkt des Eheschutzentscheids mit ihrem 40%-Pensum bei der Post ein monatliches Erwerbseinkommen von Fr. 2'950.–. Der Sohn der Parteien war damals noch nicht einmal ein Jahr alt. Ein höheres berufliches Engagement sei der Klägerin nicht zuzumuten, hielt die Eheschutzrichterin fest (Vi Urk. 40/63 E. III/6.3.2). Die Stelle der Klägerin wurde in der Folge aufgehoben. Sie fand eine neue Anstellung bei der M. _____ [Bank] (Vi Urk. 155 S. 17). Dort erzielt sie mit einer 40%-Tätigkeit ein monatliches Erwerbseinkommen von Fr. 3'083.–. Diese geringe Erhöhung des Erwerbseinkommens stellt für sich alleine keine wesentliche Verhältnisänderung dar.

b) Weiter verfügte die Klägerin per Ende 2005 über ein bewegliches Vermögen von rund Fr. 570'000.– (Vi Urk. 40/12/11, 40/16/12 und 40/16/14). Im Eheschutzentscheid wurden ihr daher Fr. 480.– pro Monat als Vermögensertrag angerechnet (Vi Urk. 40/63 E. III/6.3.2). In der Steuererklärung 2011 wies die Klägerin noch Wertschriften und Guthaben in der Höhe von rund Fr. 360'000.– aus. Der Ertrag belief sich auf Fr. 577.– pro Monat. In den beiden Vorjahren war der Ertrag noch etwas höher. Die Vorinstanz errechnete einen Durchschnittswert von Fr. 734.– (Urk. 2 E. IV/4.1). Vermögenserträge sind naturgemäss starken Schwankungen unterworfen, namentlich wenn das Vermögen – wie vorliegend – teilweise in Aktien angelegt wird. Zuletzt waren die Erträge wieder rückläufig. Hin-

zu kommt, dass die Vermögenssubstanz merklich abgenommen hat. Die Veränderung kann daher nicht als nachhaltig bezeichnet werden. Anders, als die Vorinstanz angenommen hat, fehlt es bezüglich des Einkommens der Klägerin somit an einem nachhaltigen Abänderungsgrund.

9. a) In Bezug auf die Bedarfsberechnung ist Folgendes festzuhalten: Die Vorinstanz nahm für die Klägerin und die Kinder einen gegenüber dem Eheschutzentscheid um Fr. 760.– reduzierten Bedarf an. Sie erklärte dies damit, dass im Eheschutzentscheid Kinderbetreuungskosten von Fr. 800.– angenommen worden seien, diese jedoch nicht angefallen seien, weil die Eltern der Klägerin die Kinder kostenlos betreuten (Urk. 2 E. IV/6.2). Beim Beklagten reduzierte die Vorinstanz die Wohnkosten um Fr. 300.–, da dieser seit der Trennung der Parteien keine Wohnung gemietet habe, sondern nach eigenen Angaben kostenlos bei seinen Eltern in F._____, in deren Ferienwohnung in ... sowie bei seinen Cousins und Cousinen wohne. Den Betrag von Fr. 50.– für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung strich die Vorinstanz, weil der Beklagte keine solche habe und es letztlich in seinem Belieben stehe, eine solche Versicherung abzuschliessen oder nicht. Den Betrag für Krankenversicherungsprämien reduzierte die Vorinstanz um Fr. 220.–. Der Beklagte gab wiederholt zu Protokoll, er habe keine Krankenversicherung; ihm fehle das Geld dazu (Prot. I S. 31 und 72). Die Vorinstanz setzte ihm daher nur einen minimaler Betrag von Fr. 70.– im Bedarf ein (Urk. 2 E. IV/5.1.1-3). Insgesamt bezifferte die Vorinstanz den Notbedarf des Beklagten auf noch Fr. 2'740.– gegenüber Fr. 3'310.– im Eheschutzverfahren.

b) Derjenige Ehegatte, der sich bezüglich seines Komforts freiwillig einschränkt, hat grundsätzlich Anspruch darauf, den dadurch eingesparten Betrag anderweitig zu verwenden (vgl. ZR 87 Nr. 114). Die Vorinstanz war sich dieser Problematik bewusst, hat eine gewisse Kürzung im Bedarf des Beklagten aber dennoch vorgenommen, da dem Beklagten nie Wohnkosten im zugebilligten Betrag erwachsen sind und der zugebilligte Betrag in einem gewissen Missverhältnis zu den Wohnkosten der Klägerin und der Kinder steht (Urk. 2 E. IV/5.1.1). Dagegen wehrt sich der Beklagte. Er übersieht allerdings, dass der Bedarf der Klägerin ebenfalls erheblich gekürzt wurde, weil diese freiwillig Kosten spart und auf die

zugebilligte externe Kinderbetreuung im Umfang von Fr. 800.– verzichtet. Die Einsparungen sind entweder auf beiden Seiten nicht zu berücksichtigen oder sie heben sich betraglich gegenseitig in etwa auf. Auch damit lässt sich eine Abänderung nicht begründen.

10. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass kein Grund für eine Abänderung der im Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhaltsbeiträge besteht. Das Begehren des Beklagten wurde zu Recht abgewiesen. Die Berufung erweist sich insgesamt als unbegründet.

III.

1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Mangels relevanten Aufwandes ist der Klägerin für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

2. a) Der Beklagte ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren. Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Nach der Rechtsprechung zu Art. 29 Abs. 3 BV, welche auch unter der ZPO ihre Gültigkeit behält (BGer 4A_459/2011 vom 5. Oktober 2011 E. 1.2 mit Hinweis), gilt eine Person als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Person im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 135 I 223 E. 5.1 mit Hinweisen). Ei-

nem Grundeigentümer sind alle Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung oder durch Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens zumutbar, und sie gehen dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (Bühler, Die Prozessarmut, in: Schöbi, Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung, Bern 2001, S. 149; vgl. auch BGE 119 Ia 12 E. 5; BGer 5P.329/2000 vom 1. Dezember 2000 E. 3). Erst wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belehnung nicht möglich ist, gilt die Mittellosigkeit als erstellt. Massgebend ist dabei nach ständiger Rechtsprechung der Kammer die Überlegung, dass Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, in Bezug auf die Beurteilung der Bedürftigkeit nicht besser gestellt werden sollen als solche, die ihr Vermögen auf ein Sparbuch oder in Wertschriften angelegt haben. Von ihnen wird ohne weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (vgl. statt vieler OGer ZH LE120055 vom 24. Januar 2013 E. IV/4a).

b) Der Beklagte ist Eigentümer einer 2.5-Zimmerwohnung mit Küche, Bad und grosser Balkon-Veranda in ..., Frankreich, an der Côte d'Azur. Er führt dazu aus, dass seine Eltern ihm die Wohnung im Rahmen der Initiative für die Nachlassbesteuerung überschrieben hätten. Die Nutzung erfolge weiterhin durch seine Eltern. Vermietet werden könne die Wohnung nicht; sie sei zu klein (Urk. 8 S. 3). Im Internet schreibt der Beklagte die Wohnung allerdings zu einem Mietpreis von Fr. 120.– pro Tag in der Hauptsaison aus (Vi Urk. 183/1b). Weiter wird behauptet, eine Hypothek könne nicht aufgenommen werden (Urk. 8 S. 3). Weshalb dem so sein soll, erklärt der Beklagte nicht; er äussert sich weder zum Wert des Grundstücks, noch zu einer allfällig bereits bestehenden Hypothekarbelastung. Damit ist nicht glaubhaft, dass keine Hypothek aufgenommen werden kann. Dem Beklagten wäre im Übrigen auch ein Verkauf der Ferienwohnung zuzumuten. Da er damit nicht sämtliche eigenen Mittel zur Finanzierung des Verfahrens erschöpft hat, ist die Mittellosigkeit des Beklagten zu verneinen. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren ist demzufolge abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Der Antrag auf Einholung eines Gutachtens betreffend Besuchskontakte wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Das Besuchsrecht des Beklagten hinsichtlich der Kinder C._____ und D._____ wird für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens aufgehoben.
2. Das Begehren um Abänderung der in Dispositivziffer 8 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 20. Dezember 2007 festgesetzten Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 1, 3/2-3, 6, 7, 8 und 9/1-3, sowie an das Einzelgericht in Zivil- und Strafsachen am Bezirksgericht Hinwil, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 11. Juni 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsscheiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
dz