

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY140033-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

Beschluss und Urteil vom 5. September 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger, Massnahmebeklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte, Massnahmeklägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 22. Juli 2013 [recte: 2014] (FE120079-K)

Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur:

1. In teilweiser Gutheissung des Antrags der Massnahmeklägerin wird Dispositiv-Ziff. 6 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks Winterthur vom 19. November 2009 (Gesch.-Nr. EE090161-K) aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- "6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten ab 1. Oktober 2013 monatliche, im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'074.- zu bezahlen, nämlich Fr. 2'200.- für sie persönlich und Fr. 874.-, zuzüglich allfällige Kinder- oder Ausbildungszulagen, für die Tochter C._____."
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bezüglich dieser Verfügung bleibt dem Endentscheid im Hauptverfahren vorbehalten.
 3. [Schriftliche Mitteilung]
 4. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

Berufungsanträge:

- "1. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Winterthur vom 22. Juli 2014 sei in Dispo. Ziff. 1 aufzuheben und es sei der Berufungskläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten monatliche, im Voraus zu leistende Unterhaltsbeiträge zzgl. allfällige gesetzliche oder vertragliche Ausbildungszulagen zu bezahlen und zwar auf den Ersten eines jeden Monats erstmals ab 01. Oktober 2013 wie folgt:
- a) Für den Monat Oktober 2013 insgesamt CHF 2'140.-, nämlich CHF 1'140.- für die Berufungsbeklagte persönlich und CHF 1'000.- für die Tochter C._____.
 - b) Ab. 01. November 2013 bis 30. Juni 2014 insgesamt CHF 2'695.-, nämlich CHF 1'695.-- für die Berufungsbeklagte persönlich und CHF 1'000.- für die Tochter C._____.
 - c) Ab. 01. Juli 2014 für die Dauer des Scheidungsverfahrens insgesamt CHF 1'180.-, nämlich CHF 180.- für die Berufungsbeklagte persönlich und CHF 1'000.- für die Tochter C._____.
2. Dem Berufungskläger sei für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung und in meiner Person ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bewilligen.
 3. Es sei der vorliegenden Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
- Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWST) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1. a) Mit Verfügung des Bezirksgerichts Winterthur vom 19. November 2009 war das Getrenntleben der Parteien geregelt worden, wobei (u.a.) der Kläger vereinbarungsgemäss zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen für die drei Kinder von total Fr. 1'400.-- pro Monat sowie zur Zahlung von Internats- und Reisekosten der beiden Söhne (in der Türkei) von weiteren Fr. 1'600.-- monatlich verpflichtet worden war; der Beklagten waren keine persönlichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen worden (Urk. 3/12). Seit dem 14. März 2012 stehen die Parteien vor dem Bezirksgericht Winterthur (Vorinstanz) im Scheidungsverfahren. Auf Begehren der Beklagten erliess die Vorinstanz am 22. Juli 2013 [recte: 2014] in Abänderung des Eheschutz-Entscheides vom 19. November 2009 die eingangs wiedergegebenen vorsorglichen Massnahmen (Urk. 2).

b) Hiergegen hat der Kläger am 8. August 2014 Berufung mit den vorstehend wiedergegebenen Berufungsanträgen erhoben (Urk. 1).

c) Am 22. August 2014 nahm die Beklagte Stellung zum Begehren um aufschiebende Wirkung, mit dem Antrag auf kostenfällige Abweisung dieses Begehrens (Urk. 7 S. 2). Der Kläger nahm hierzu am 2. September 2014 unaufgefordert Stellung (Urk. 9).

d) Da sich nach dem Beizug der vorinstanzlichen Akten die Berufung als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Mit dem vorliegenden Endentscheid im Berufungsverfahren wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung obsolet.

3. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift ist darzulegen, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll, sie hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat

sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen; sie hat dagegen nicht von sich aus den erstinstanzlichen Entscheid auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, wenn diese nicht beanstandet werden, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten träten klar zutage (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizer. Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 36 zu Art. 311 ZPO).

b) Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren lediglich im Rahmen echter Noven zulässig. Dies sind neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel, welche kumulativ ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Dies gilt auch für Verfahren, welche erstinstanzlich der Untersuchungsmaxime unterstehen, denn eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, da die im Gesetz eigens vorgesehene spezielle Regelung von Art. 317 ZPO vorgeht (BGE 138 III 625 E. 2.2).

4. Im Berufungsverfahren nicht umstritten ist das Vorliegen eines Abänderungsgrundes an sich sowie auf Seiten der Beklagten deren Einkommen (Urk. 1 S. 3) und Bedarf (Urk. 1 S. 6).

5. a) Im Berufungsverfahren umstritten ist vorab das *Einkommen des Klägers*. Die Vorinstanz ging dabei von einem Erwerbseinkommen des Klägers als Buschauffeur von Fr. 6'002.-- (netto, inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Ausbildungszulagen) zuzüglich einem Mietzinseinkommen aus einem Laden in der Türkei von Fr. 500.--, mithin zusammen Fr. 6'502.-- monatlich, aus (Urk. 2 S. 9 f.).

b) Der Kläger macht in seiner Berufung geltend, die Vorinstanz sei bei seinem Erwerbseinkommen zwar grundsätzlich zutreffend von Fr. 6'002.-- ausgegangen; er habe aber aus gesundheitlichen Gründen sein Pensum ab 1. Juli 2014 auf 80 % reduzieren müssen, womit sein Einkommen noch Fr. 4'760.-- (netto, inkl. Anteil 13. Monatslohn, exkl. Ausbildungszulagen) betrage. Er sei vor allem durch den Scheidungsprozess und die damit verbundenen Nebenfolgen (Verhältnis zu den Kindern) schwer belastet, leide unter schweren Schlafstörungen und Unkon-

zentriertheit während des Tages, so dass sein Arzt ihn – nach einem Unfall mit Sachschaden am 25. März 2014 – für die Monate Juli und August zu 20% arbeitsunfähig geschrieben habe, wobei er die gesundheitlichen Probleme gegenüber seinem Arbeitgeber nicht ins Feld habe führen können, da er ansonsten damit rechnen müsse, vom Vertrauensarzt beurteilt und von seiner Tätigkeit suspendiert zu werden, weshalb seine reduzierte Erwerbstätigkeit auch noch nicht der Krankentaggeld-Versicherung gemeldet worden sei. Das zusätzlich angerechnete Einkommen aus der Vermietung eines Ladengeschäfts in der Türkei betrage nicht, wie geschätzt, Fr. 500.--, sondern effektiv Fr. 455.-- seit November 2013; für Oktober 2013 sei kein Mietzins bezahlt worden (Urk. 1 S. 4 f.).

c) Die Anstellungsverfügung der Arbeitgeberin des Klägers, mit welcher der Beschäftigungsgrad des Klägers von bisher 100 % mit Wirkung ab 1. Juli 2014 auf neu 80 % reduziert wurde, datiert vom 10. Juli 2014 (Urk. 4/3). Der Kläger hätte diese neue Tatsache daher noch im vorinstanzlichen Verfahren – der Massnahmeentscheid datiert vom 22. Juli 2014 – einbringen können, weshalb er damit nach dem Gesagten (vorstehend Erw. 3.b) im Berufungsverfahren ausgeschlossen ist. Sofern die Reduktion des Arbeitspensums von Dauer ist – der Kläger spricht von einer reduzierten Arbeitsfähigkeit einstweilen für die Monate Juli und August 2014 (Urk. 1 S. 4) bzw. von einer "vorübergehenden Lösung" bzw. von einer "vorläufigen Reduktion seines Arbeitspensums" (Urk. 1 S. 5) – steht dem Kläger die Einreichung eines Abänderungsbegehrens offen. Eine (allfällige) Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit des Klägers erscheint vor dem oben geschilderten Hintergrund (E. 5.b) noch nicht von rechtserheblicher Dauer und die (unbefristete) Änderung des Anstellungsgrades per 1. Juli 2014 auf einseitiges Ersuchen des Klägers hin (unter gleichzeitigem Verzicht auf Krankentaggelder) als verfrühte bzw. nicht zwingend gebotene Herbeiführung einer verminderten Leistungsfähigkeit.

Ebenso ein unzulässiges Novum bildet das vom Kläger geltend gemachte tiefere bzw. ausgebliebene Mietzinseinkommen. Der entsprechende Mietvertrag begann am 1. November 2013 zu laufen (Urk. 4/4), womit die Geltendmachung jenes Einkommens im vorinstanzlichen Verfahren möglich gewesen wäre. Gleit-

ches gilt für das ausgebliebene Mietzinseinkommen für Oktober 2013; die entsprechende Bestätigung eines Cousins des Klägers datiert zwar vom 7. August 2014, der Kläger legt jedoch mit keinem Wort dar, dass eine solche Bestätigung nicht schon früher erhältlich gewesen wäre.

d) Demgemäss bleibt es beim vorinstanzlich angerechneten Einkommen des Klägers.

6. a) Im Berufungsverfahren weiter umstritten ist der Bedarf des Klägers. Die Vorinstanz berücksichtigte beim Kläger einen Notbedarf von insgesamt Fr. 3'361.-- pro Monat (Urk. 2 S. 13).

b) Der Kläger macht in seiner Berufung geltend, dieser Bedarf sei im Sinne einer Ergänzung zu korrigieren. Er habe sich mit dem im Studium befindlichen Sohn D._____ versöhnt und bezahle diesem seit 1. Oktober 2013 regelmässige Unterhaltsbeiträge von Fr. 500.-- monatlich bzw. ab 1. Juli 2014 Fr. 650.-- monatlich; diese Beträge seien in seinem Bedarf zu berücksichtigen. Für die Tochter habe er sodann am 19. Juni 2014 ein Generalabonnement für Fr. 325.-- gekauft; auch diese Fr. 27.-- monatlich seien in seinem Bedarf zu berücksichtigen (Urk. 1 S. 6).

c) Auch diese Behauptungen hätte der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren aufstellen können; er ist damit nach dem Gesagten (vorstehend Erw. 3.b) im Berufungsverfahren ausgeschlossen. Die an den mündigen Sohn D._____ geleisteten Unterhaltsbeiträge könnten ohnehin nicht berücksichtigt werden, da Unterhaltsbeiträge an die Beklagte und die unmündige Tochter C._____ Vorrang haben vor denjenigen an erwachsene Kinder (auch wenn sich diese noch in Ausbildung befinden). Ebenso könnten auch die Kosten für das Generalabonnement für die Tochter C._____ wohl nicht berücksichtigt werden, da im Bedarf der Beklagten keine solche Position enthalten ist (vgl. Urk. 2 S. 11 f.).

d) Demgemäss bleibt es auch hinsichtlich des Bedarfs des Klägers beim vorinstanzlich berücksichtigten Betrag.

7. Nach dem Gesagten ist die Berufung des Klägers abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

8. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 GebV OG auf CHF 2'000.-- festzusetzen. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

b) Demgemäss ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung für die Stellungnahme zur aufschiebenden Wirkung zu bezahlen. Angesichts des bescheidenen notwendigen Aufwands ist die Parteientschädigung auf Fr. 300.-- (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer) festzusetzen.

c) Der Kläger hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 2 und 7). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

d) Auch die Beklagte hat für das Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 7 S. 2 und S. 5 f.). Hinsichtlich der Gerichtskosten ist dieses als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Unter Verweis auf die entsprechenden vorinstanzlichen Erwägungen, womit die Mittellosigkeit beider Parteien bejaht wurde (Urk. 2 S. 2), ist der Beklagten für die Stellungnahme vom 22. August 2014 Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Angesichts der geringen Höhe der Entschädigung wird eine Uneinbringlichkeit (Art. 122 Abs. 2 ZPO) allerdings nicht leichthin zu bejahen sein.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Der Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ für die Stellungnahme vom 22. August 2014 als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im übrigen wird das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung des Klägers wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 22. Juli 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 324.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppel von Urk. 9, sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

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

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. September 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am: js