

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY140045-O/U

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

Urteil vom 27. Oktober 2014

in Sachen

A._____,
Gesuchsteller und Berufungskläger
vertreten durch Dr. iur. X._____

gegen

B._____,
Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **Ehescheidung (Abänderung vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 18. Juli 2014 (FE120168-D)

Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 18. Juli 2014:

1. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für den Monat Oktober 2013 persönliche, monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 568.–, für November und Dezember 2013 von Fr. 1'174.– und ab Januar 2014 und für die weitere Dauer dieses Verfahrens solche in Höhe von Fr. 1'305.– zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den ersten eines jeden Monats.
2. [Schriftliche Mitteilung]
3. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage]
4. [Kein Fristenstillstand]

Berufungsanträge:

- "1. Es sei die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf über vorsorgliche Massnahmen vom 18. Juli 2014 (FE120168-D) aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen zur erneuten Prüfung der Voraussetzungen des Abänderungsbegehrens, insbesondere zur Einholung eines medizinischen Gutachtens hinsichtlich die Arbeitsunfähigkeit der Berufungsbeklagten seit 14. Mai 2013;
2. Eventualiter sei die Ziff. 1 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf über vorsorgliche Massnahmen vom 18. Juli 2014 (FE120168-D) aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen: Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für die Monate November und Dezember 2013, persönliche, monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 486.00 und ab Januar 2014 und für die weitere Dauer dieses Verfahrens solche in Höhe von CHF 617.00 zu bezahlen, jeweils auf den ersten eines jeden Monats.
3. Unter Kosten- (soweit Kosten erhoben werden) und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

"Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihm in der Person des Unterzeichners ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

1. a) Die Parteien sind seit tt. September 2004 verheiratet; die Ehe ist kinderlos geblieben (Vi-Urk. 2). Seit 19. September 2012 stehen die Parteien vor dem Bezirksgericht Dielsdorf (Vorinstanz) im Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren (Vi-Urk. 1 und 6). Mit Verfügung vom 12. Februar 2013 hatte die Vorinstanz vorsorgliche Massnahmen erlassen, wobei der Gesuchsteller (u.a.) verpflichtet wurde, der Gesuchstellerin längstens bis 1. September 2013 Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'390.-- pro Monat zu bezahlen; danach sei dieser zuzumuten, selbst für ihren Unterhalt aufzukommen (Vi-Urk. 28). Am 20. August 2013 verlangte die Klägerin die Zusprechung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'390.-- pro Monat ab 1. Oktober 2013 (Vi-Urk. 34). Am 30. September 2013 erfolgte die entsprechende Stellungnahme des Gesuchstellers (Vi-Urk. 41) und am 1. November 2013 die Mitteilung, dass Vergleichsgespräche gescheitert seien (Vi-Urk. 46). Nachdem die Akten bis ca. Ende Februar 2014 infolge eines Beschwerdeverfahrens nicht verfügbar waren (vgl. Vi-Urk. 56), hat die Vorinstanz schliesslich am 18. Juli 2014 (versandt am 7. Oktober 2014) den eingangs wiedergegebenen Entscheid gefällt (Vi-Urk. 66 = Urk. 2).

b) Hiergegen hat der Gesuchsteller persönlich am 14. Oktober 2014 Berufung erhoben und (u.a.) um eine Abnahme der Berufungsfrist bzw. Ansetzung einer Notfrist zur weitergehenden Begründung ersucht (Urk. 1), woraufhin ihm umgehend mitgeteilt wurde, dass dies nicht möglich sei (Urk. 4). Am 20. Oktober 2014 hat sodann der Rechtsvertreter des Gesuchstellers fristgerecht (vgl. ES bei Vi-Urk. 66) eine Berufungsschrift mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen eingereicht (Urk. 6); da jene Berufungsanträge – mit Ausnahme des hinfällig gewordenen betreffend Abnahme der Berufungsfrist bzw. Notfrist – die früheren vollständig umfassen, ist von diesen letzten Berufungsanträgen auszugehen.

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. 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; die Berufung hat sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz auseinanderzusetzen. Die Berufungsinstanz hat sodann die geltend gemachten Punkte zu prüfen; sie hat nicht von sich aus den angefochtenen Entscheid auf Mängel zu untersuchen, wenn diese in der Berufung nicht thematisiert 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/Hassenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2.A. 2013, N 36 zu Art. 311 ZPO).

b) Neue Vorbringen sind im Berufungsverfahren lediglich im eingeschränkten Rahmen zulässig. Neue Tatsachenvorbringen und Beweismittel werden nur noch berücksichtigt, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten; sie müssen zudem ohne Verzug vorgebracht werden (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).

3. a) Der Gesuchsteller beanstandet in seiner Berufung die vorinstanzlichen Erwägungen zum Einkommen der Gesuchstellerin – und damit das Vorliegen eines Abänderungsgrundes überhaupt – sowie zum Bedarf beider Parteien. Hierauf ist nachfolgend einzugehen.

b1) Zum *Einkommen der Gesuchstellerin* erwog die Vorinstanz, es würden zahlreiche Arztzeugnisse vorliegen, welche der Gesuchstellerin ausnahmslos eine Arbeitsunfähigkeit zu 100% attestieren würden; teilweise seien diese rückwirkend ausgestellt, nie aber auf einen Zeitpunkt, zu dem die Gesuchstellerin nicht in Behandlung des entsprechenden Arztes gewesen sei. Auffallend seien zwar die mehrfachen Wechsel der Ärzte, doch seien dies keine genügenden Anhaltspunkte

te, um an der Richtigkeit der Arztzeugnisse zu zweifeln. Ohne in Willkür zu verfallen, könne nicht angenommen werden, dass es sich um unrichtige Bestätigungen handeln würde. In der Verfügung vom 12. Februar 2013 sei von der guten Gesundheit der Gesuchstellerin ausgegangen worden; mit deren Arbeitsunfähigkeit liege nun eine wesentliche und dauerhafte Veränderung vor (Urk. 2 S. 10 f.).

b2) Der Gesuchsteller macht dagegen berufsungsweise geltend, die Gesuchstellerin versuche alles, damit sie möglichst lange Unterhaltszahlungen erhalten könne. Nachdem dies ursprünglich mit dem Argument der lebensprägenden Ehe versucht worden sei, sei nun die Taktik geändert und der Weg über scheidungsbedingte Depressionen eingeschlagen worden. Auch der Vorinstanz seien die diversen Wechsel der sie behandelnden Ärzte aufgefallen. Entgegen der Vorinstanz würden jedoch genügend Anhaltspunkte vorliegen, um an der Richtigkeit der Arztzeugnisse zu zweifeln und anzunehmen, dass die Gesuchstellerin sich lediglich aus prozesstaktischen Gründen krankschreiben lasse. Es hätte daher ein medizinisches Gutachten zur Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin eingeholt werden müssen (Urk. 6 S. 3 f.).

b3) Das summarische Massnahmeverfahren zeichnet sich durch einen beschränkten Regelungshorizont und damit verbunden dadurch aus, dass die Massnahmen rasch zu erlassen sind und Glaubhaftmachung genügt. Das Gericht hat in diesem Rahmen grundsätzlich auf die Vorbringen der Parteien sowie auf die bereits vorhandenen Beweismittel abzustellen; langwierige Abklärungen, namentlich durch die Einholung von Gutachten, sollten nur angeordnet werden, wenn besondere Umstände vorliegen. Im vorliegenden Fall bestehen keine solchen besonderen Umstände. Es ist dem Gesuchsteller zwar darin zuzustimmen, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesuchstellerin nicht allzu schwer krank ist, war sie doch immerhin imstande, eine Flugreise nach Thailand zu unternehmen (vgl. Vi-Urk. 48); die Beurteilung, ob eine bestimmte Krankheit – hier: scheidungsbedingte Depressionen – zu einer Arbeitsunfähigkeit führt, ist jedoch medizinischen Fachpersonen vorbehalten. Und in dieser Beziehung ist der Vorinstanz – in der Berufung nicht beanstandet – darin zuzustimmen, dass alle Zeugnisse in der Bescheinigung einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit übereinstimmen. Damit

durfte die Vorinstanz diese behauptete Tatsache als für das Massnahmeverfahren glaubhaft gemacht ansehen (für das Hauptverfahren ist dies natürlich in keiner Weise präjudiziell). Demgemäss – glaubhafte Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin – liegt auch ein Abänderungsgrund gegenüber der Massnahmeverfügung vom 12. Februar 2013, in welcher davon ausgegangen worden war, die Gesuchstellerin sei gesund und arbeitsfähig, vor; dies wird denn auch in der Berufung zu Recht nicht als unzutreffend beanstandet.

c1) Zum *Bedarf des Gesuchstellers* erwog die Vorinstanz, die Bedarfszahlen seien gegenüber den Zahlen, welche der abzuändernden Verfügung vom 12. Februar 2013 zugrunde lagen, unverändert; es könne auf jene Erwägungen verwiesen werden; daraus ergebe sich, dass die vom Gesuchsteller geltend gemachten Positionen Strom/Gas, Selbstbehalt Gesundheitskosten, Telefon/Radio/TV und Steuern nach wie vor nicht berücksichtigt werden könnten (Urk. 2 S. 12).

c2) Der Gesuchsteller macht berufsungsweise geltend, die Gesundheitskosten von Fr. 240.-- /Monat seien entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen belegt und zu berücksichtigen. Die Kosten für Telefon/Radio/TV würden Fr. 166.-- (Fr. 39.-- für Billag, Fr. 48.-- für Teleclub und Fr. 79.-- für Telefon/Internet) statt der vorinstanzlich berücksichtigten Fr. 138.-- betragen. Für Fahrtkosten seien neu Fr. 120.-- zu berücksichtigen, da er der Arbeitgeberin diesen Betrag monatlich zu bezahlen habe. Und für auswärtige Verpflegung seien Fr. 300.-- zu berücksichtigen, da er nicht genügend Zeit habe, um über Mittag nach Hause zu gehen (Urk. 6 S. 5-7).

c3) Im vorinstanzlichen Massnahmeverfahren hatte der Gesuchsteller hinsichtlich seines Bedarfs einzig die "nackten Zahlen" vorgetragen (Urk. 41 Rz. 25). Er hat dabei zwar auf eine frühere Darlegung verwiesen; da er jedoch nicht angegeben hat, wann bzw. bei welcher Gelegenheit diese Darlegung gemacht worden sein soll, und es nicht Aufgabe des Gerichts ist, in den Akten nach für eine Partei günstigen Vorbringen zu suchen, ist der Verweis ungenügend und damit unbeachtlich. Ohnehin aber hatten auch die in den Eingaben vom 5. Dezember 2012 und 25. Januar 2013 geltend gemachten Bedarfszahlen nicht mehr als eben diese "nackten Zahlen" umfasst (Vi-Urk. 14 S. 2, 24 S. 6). Der Gesuchsteller hat damit

im vorinstanzlichen Verfahren nicht dargelegt, dass und inwieweit sich gegenüber seinem in der abzuändernden Verfügung vom 12. Februar 2013 berücksichtigten Bedarf Änderungen ergeben haben. Die hierzu erst im Berufungsverfahren aufgestellten Behauptungen und Belege, die allesamt schon vor Vorinstanz hätten vorgebracht bzw. eingereicht werden können, sind als unzulässige Noven unbeachtlich (Art. 317 Abs. 1 ZPO, oben Erw. 2.b). Mangels Geltendmachung von Änderungen gegenüber den der Verfügung vom 12. Februar 2013 zugrundeliegenden Verhältnissen ist das Abstellen der Vorinstanz auf jene Verhältnisse nicht zu beanstanden.

d) Auch beim *Bedarf der Gesuchstellerin* stellte die Vorinstanz auf die Zahlen, welche der (abzuändernden) Verfügung vom 12. Februar 2013 zugrunde lagen, ab (Urk. 2 S. 12). Auf die entsprechenden Berufungsvorbringen des Gesuchstellers (Urk. 6 S. 4-7) braucht mangels Relevanz nicht eingegangen zu werden, denn ohne Einkommen der Gesuchstellerin liegt ein sog. Mankofall vor (der Bedarf beider Parteien übersteigt deren Einkünfte), womit sich der Unterhaltsbeitrag einzig nach der Differenz von Einkommen und Bedarf der unterhaltspflichtigen Partei – hier des Gesuchstellers – bemisst und damit der Bedarf der unterhaltsberechtigten Partei – hier der Gesuchstellerin – unbeachtlich ist. Dies gilt jedenfalls solange, als diese Differenz den vom Gesuchsteller anerkannten Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 2'771.– (Urk. 6 S. 5) nicht übersteigt.

e) Nach dem Gesagten – die Nichtanrechnung eines Einkommen bei der Gesuchstellerin und der Bedarf des Gesuchstellers sind zu bestätigen; das Einkommen des Gesuchstellers ist nicht umstritten – erweist sich die Unterhaltsberechnung der Vorinstanz als korrekt und ist in Abweisung der dagegen gerichteten Berufung der angefochtene Entscheid zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

4. a) Im Berufungsverfahren umstritten sind einzig Unterhaltsbeiträge (im Hauptantrag: Fr. 568.-- für Oktober 2013, Fr. 1'174.-- für November bis Dezember 2013 und Fr. 1'305.-- ab Januar 2014). Ausgehend von den letzten und von einer durchschnittlichen Wirksamkeitsdauer von vorsorglichen Massnahmen von rund zwei Jahren ergibt sich ein Streitwert von rund Fr. 33'000.-- (24 Monate à Fr. 1'305.-- /Monat). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist in Anwendung von

§ 4 Abs. 1 bis 3, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem unterliegenden Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Der Gesuchsteller hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 1 und Urk. 6). Dieses ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

d) Für das Berufungsverfahren hat der Gesuchsteller zufolge seines Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung; der Gesuchstellerin erwuchs kein erheblicher Aufwand. Demgemäss sind für das Berufungsverfahren keine Parteienschädigungen zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchstellers um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 18. Juli 2014 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt.

4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von Urk. 1 und 6, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, 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 nach BGG 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, 27. Oktober 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:
se