

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY180049-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss vom 8. November 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur., LL.M. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 21. August 2018; Proz. FE150038

Rechtsbegehren:

des Klägers betreffend vorsorgliche Massnahmen (act. 142 S. 1):

1. Die monatlichen Unterhaltsbeiträge des Klägers an die Beklagte seien per 1. April 2018 gänzlich zu streichen respektive auf Fr. 00.00 zu reduzieren.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger für die Dauer des Scheidungsprozesses angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen.
3. Alles UKEf zu Lasten der Beklagten.

des Klägers betreffend vorsorgliche Massnahmen (act. 170 S. 2):

Die Pflicht des Klägers, der Beklagten Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, sei allerspätestens per 1. August 2018 zu streichen / aufzuheben. Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

der Beklagten betreffend vorsorgliche Massnahmen (act. 174 S. 1):

1. Die Zürcher Kantonalbank sei anzuweisen, zur Sicherstellung der in der Klageantwort vom 6. Oktober 2015 begründet wiedergegebenen Forderungen der Gesuchstellerin das Privatkonto ZKB 1 des Sohns des Gesuchsgegners (C._____, geboren tt. Mai 1990, von ... ZH, D._____-Weg ..., E._____) bis zum Betrag von CHF 274'343.40 superprovisorisch resp. vorsorglich bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Scheidungsurteils zu sperren.
2. Der Gesuchstellerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, einschliesslich des unentgeltlichen Rechtsbeistands in der Person des Unterzeichneten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Gesuchsgegners.

**Verfügungen des Einzelgericht im ordentlichen Verfahren
des Bezirksgerichtes Dietikon vom 21. August 2018:**
(act. 6/180 = act. 3 = act. 5 [Aktenexemplar])

Vorab wird verfügt:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die von ihm anhängig gemachten Massnahmeverfahren werden abgewiesen.

2. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das von ihr anhängig gemachte Massnahmeverfahren wird abgewiesen.

3./4. Mitteilung / Rechtsmittel.

Sodann wird verfügt:

1. Das Gesuch des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Abänderung der mit Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 2. Februar 2012 festgesetzten monatlichen Unterhaltsbeiträge) vom 3. April 2018 und 17. Juli 2018 wird abgewiesen, soweit überhaupt darauf eingetreten wird.
2. Das Gesuch der Beklagten um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Anweisung zur Sperrung des Kontos 1, lautend auf C._____, bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Scheidungsurteils und bis zum Betrag von Fr. 274'343.40) wird abgewiesen.
3.
 - a) Die Kosten der klägerischen Massnahmeverfahren (Dispositiv-Ziff. 1) werden auf Fr. 2'000.- festgesetzt.
 - b) Die Kosten der klägerischen Massnahmeverfahren (Dispositiv-Ziff. 1) werden dem Kläger auferlegt.
 - c) Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die klägerischen Massnahmeverfahren (Dispositiv-Ziff. 1) eine Parteientschädigung von Fr. 2'600.- (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
4.
 - a) Die Kosten des beklagtischen Massnahmeverfahrens (Dispositiv-Ziff. 2) werden auf Fr. 2'600.- festgesetzt.
 - b) Die Kosten des beklagtischen Massnahmeverfahrens (Dispositiv-Ziff. 2) werden der Beklagten auferlegt.

c) Für das beklagtsche Massnahmeverfahren (Dispositiv-Ziff. 2) wird dem Kläger keine Parteientschädigung zugesprochen.

5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 2):

1. Der Entscheid der Vorinstanz vom 21. August 2018 sei zu kassieren / aufzuheben.
2. Die Streitsache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Auflage, ein Beweisverfahren durchzuführen, welches zumindest eine Parteibefragung beinhalten muss.
3. Eventualiter habe die Berufungsinstanz einen materiellen Entscheid zu treffen: Das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben, die vor erster Instanz gestellten Anträge seien gutzuheissen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.
5. Dem Kläger sei die unentgeltliche Prozessführung für das vorliegende Beschwerdeverfahren zu gewähren.

Dem Unterzeichneten sei Frist anzusetzen, um die Belege bezüglich der heute aktuellen Daten in Sachen Einkommen / Existenzminimum / Bedarf des Klägers nachzuliefern.

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien sind verheiratet. Aus ihrer Ehe gingen zwei Kinder hervor, die beide volljährig sind: die Tochter F._____ und der Sohn C._____. Seit dem 16. Februar 2015 (vgl. act. 6/1) stehen sich die Parteien im Scheidungsverfahren vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) gegenüber.

Gegenstand des vor Vorinstanz eingereichten Gesuchs des Klägers und Berufungsklägers (nachfolgend: Kläger) um Erlass vorsorglicher Massnahmen und des Berufungsverfahrens gegen die Abweisung des selbigen durch das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) sind die im Eheschutzverfahren im Jahr 2010/2011 vom Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zü-

rich mit Verfügung vom 2. Mai 2011 festgesetzten (vgl. Geschäfts-Nr. EE100432) und auf Berufung hin vom Obergericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 2. Februar 2012 bestätigten (vgl. Geschäfts-Nr. LE110041) Ehegattenunterhaltsbeiträge. Darin wurde der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) u.a. dazu verpflichtet, der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagten) spätestens ab 1. Juli 2011 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens persönliche Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 8'740.– zu bezahlen (vgl. act. 6/9/40).

1.2 Rund drei Monate nach diesem Entscheid des Obergerichtes verlangte der Kläger am 24. Mai 2012 beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dietikon erstmals die Abänderung der Ehegattenunterhaltsbeiträge (vgl. act. 6/5 und act. 6/9/42-44). Nach Durchführung der Verhandlung vom 19. Juli 2012 zog der Kläger sein Gesuch zurück, worauf das Verfahren abgeschlossen wurde (vgl. Geschäfts-Nr. EE120047-M). Mit der Einreichung der Scheidungsklage am 16. Februar 2015 stellte der Kläger ein weiteres Gesuch um Abänderung der Ehegattenunterhaltsbeiträge (vgl. act. 6/2 und act. 6/19). Die Vorinstanz wies dieses mit Verfügung vom 3. November 2016 ab (vgl. act. 6/94) und dieser Entscheid wurde mit Urteil vom 23. Januar 2017 von der Kammer bestätigt (vgl. OGer ZH LY160043 Urteil vom 23. Januar 2017, E. I./1.1).

1.3 Mit Eingabe vom 29. März 2018 stellte der Kläger ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, "damit er ein neues Begehren um vorsorgliche Massnahmen einreichen" könne (vgl. act. 6/140). Mit Eingabe vom 3. April 2018 beantragte der Kläger sogleich den Erlass vorsorglicher Massnahmen (Streichung der Ehegattenunterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens ab 1. April 2018, vgl. act. 6/142). Von der Beklagten wurde hierzu eine Stellungnahme eingeholt (vgl. act. 6/147 i.V.m. act. 6/154) und hernach wurde zur Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen (vgl. act. 6/164). Noch vor der Verhandlung reichte der Kläger am 17. Juli 2018 ein weiteres Gesuch um Streichung der Ehegattenunterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens ab 1. August 2018 ein; dies mit der Begründung, das bereits hängige Massnahmebegehren sei noch nicht behandelt worden (vgl. act. 6/170).

S. 1). Am 21. August 2018 beantragte die Beklagte ihrerseits den Erlass super-provisorischer vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens (vgl. act. 6/174). Gleichentags fand die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen und Vergleichsgespräche statt (vgl. Prot. Vi. S. 30 ff.). Für die weitere und ergänzende Prozessgeschichte kann auf die angefochtenen Verfügungen verwiesen werden (vgl. act. 6/180 = act. 3 = act. 5 [Aktenexemplar] E. 1.2 f.).

1.4 Mit Verfügungen vom 21. August 2018 (vgl. act. 5) entschied die Vorinstanz im eingangs wiedergegebenen Sinne.

1.5 Gegen die Abweisung seines Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen und jenes um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erhob der Kläger mit Eingabe vom 24. September 2018 (T&T Datum) rechtzeitig (vgl. act. 2 i.V.m. act. 6/181/2) sowohl Beschwerde (vgl. das Verfahren betreffend unentgeltliche Rechtspflege mit der Geschäfts-Nr. PC180036-O) als auch die in diesem Verfahren zu behandelnde Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen.

1.6 Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-182). Eine Berufungsantwort ist nicht einzuholen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. Prozessuales

2.1 Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Berufung vom 24. September 2018 wurde wie oben dargelegt rechtzeitig sowie zudem schriftlich und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Insoweit stünde einem Eintreten auf die Berufung nichts entgegen.

2.2 Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO können neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren (nur) noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b).

Der Kläger reichte der Vorinstanz am 1. Oktober 2018 ein neuerliches Gesuch um Streichung der Ehegattenunterhaltsbeiträge neu per 1. Oktober 2018

sowie ein neuerliches Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein (vgl. act. 8 und act. 9/1-2). Diese Eingabe wurde samt Beilagen von der Vorinstanz an die Kammer weitergeleitet (vgl. act. 7). Der anwaltlich vertretene Kläger richtet diese Eingabe als neues Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Vorinstanz und reicht sie auch dieser ein. In dieser Eingabe verweist er auf seine Berufungseingabe an die Kammer (vgl. act. 8 S. 2). Weder in dieser Eingabe noch an einem andern Ort macht er geltend, die darin enthaltenen Ausführungen seien in diesem Berufungsverfahren zu berücksichtigen. Diese Eingabe ist damit nicht als Noveneingabe von der Kammer entgegenzunehmen. Die Eingabe ist samt Beilagen mit dem vorliegenden Entscheid an die Vorinstanz zur Prüfung der Prozess- und sonstigen Voraussetzungen zu retournieren.

2.3 Im Berufungsverfahren kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Grundsätzlich auferlegt sich die Berufungsinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden der Vorinstanz insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere wenn es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht nähersteht.

2.4 Es gilt die Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die berufungsführende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Entscheid oder am Verfahren der Vorinstanz falsch war. Daher genügt es nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedenzugeben oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (vgl. BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1). Fehlt eine hinreichende Begründung, tritt die Berufungsinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2). Dies gilt auch

im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. Aufl. 2016, Art. 310 N 5 f. und Art. 311 N 36 ff., insbes. N 37 m.w.H.).

2.5 Zur Begründung der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid bringt der Kläger in seiner Berufung keine konkreten Beanstandungen vor und führt nicht aus, inwiefern diese falsch sein soll (vgl. act. 5 E. II./1 [res iudicata], E. II./2.1 [Gesundheitszustand des Klägers], E. II./2.2 [Angestelltenverhältnis/Kündigung], E. II./2.3 [Geschäftsgang der G._____ GmbH]). Er macht einzig geltend, es sei unhaltbar, im Vergleich zu Februar 2012 unveränderte Verhältnisse anzunehmen, weil neben seinen gesundheitlichen Schwierigkeiten nun auch noch sein Sohn als Geschäftsführer der G._____ AG ausgefallen sei. Dieser müsse "längerfristig in der psychiatrischen Klinik des Kantons Zürich weilen". Ohne Geschäftsführer und ohne Mitarbeiter (damit meint der Kläger sich selber) könne keine Firma "auf demselben Niveau gehalten" werden und "denselben Ertrag erzielen" (vgl. act. 2 S. 10 Rz. 4).

Soweit er (wiederholt) geltend macht, er falle aus gesundheitlichen Gründen als Mitarbeiter der G._____ AG aus, setzt er sich mit dem vorinstanzlichen Urteil nicht auseinander und übergeht, dass diese namentlich erwog, dass das Anstellungsverhältnis und Arbeitspensum gemäss Vertrag nicht (allein) ausschlaggebend gewesen sei für die finanzielle Leistungsfähigkeit des Klägers (vgl. insb. act. 5 E. II./1.2, 2.1 und 2.2). Damit kommt er seiner Begründungslast nicht nach. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

Soweit er damit geltend machen will, "die Situation des Sohnes" rechtfertige (zusammen mit seinen eigenen "gesundheitlichen Schwierigkeiten") die Annahme eines Abänderungsgrundes, führt er nicht aus, inwiefern er dies der Vorinstanz dargelegt habe und inwiefern diese fälschlicherweise keinen Abänderungsgrund angenommen habe, sondern beschränkt sich darauf, in seiner Beschwerde zu behaupten, der Sohn sei Geschäftsführer der G._____ AG gewesen bzw. habe eine zentrale Rolle bei der G._____ GmbH gespielt (vgl. act. 2 S. 7 und 10 Rz. 4) und sei "in jüngster Zeit langfristig ausgefallen", was "massive Auswirkungen" auf die G._____ GmbH habe (vgl. act. 2 S. 3 Rz. 1.2). Die Vorinstanz machte zur "Situation des Sohnes" keine Ausführungen im angefochtenen Entscheid. Es hätte

somit am Kläger gelegen darzulegen, weshalb die Vorinstanz darauf hätte eingehen müssen und inwiefern dies am Entscheid, insbesondere mit Blick auf die Erwägungen zum Geschäftsgang in deren E. 2.3, etwas geändert hätte (vgl. dazu sogleich E. 2.6). Auch diesbezüglich kommt der Kläger seiner Begründungslast nicht nach, weshalb auch darauf nicht weiter einzugehen ist.

2.6 Weiter bringt der Kläger vor, die Vorinstanz habe fälschlicherweise kein Beweisverfahren durchgeführt, weshalb der Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen sei (vgl. act. 2 S. 6 f. Rz. 4). Sein Rechtsvertreter habe z.B. auf den Seiten 3 und 7 der Eingabe vom 17. Juli 2018 unter anderem beantragt, "die Parteibefragung" durchzuführen und den Sohn und die Tochter als Zeugen einzuvernehmen. Dass er bezüglich der in den beiden VSM-Begehren "dargelegten Veränderungen der Situation" nicht zu Wort gekommen sei an der Verhandlung, sei prozessual nicht haltbar, und wichtig wäre insbesondere gewesen, dass die Beklagte befragt werde, denn es sei anzunehmen, dass sie bezüglich "der veränderten Verhältnisse resp. der Situation des Sohnes" längst Bescheid gewusst habe und ihr klar gewesen sei, dass hohe Einkommensmöglichkeiten für ihn selbst dann nicht mehr realistisch sein würden, wenn man ihm die Entwicklung der G._____ GmbH angerechnet hätte. Auch hätten die Aussagen des Sohnes "Klarheit betreffend die radikale Verschlechterung der G._____ GmbH geben können"; dem Rechtsvertreter des Klägers seien die massiven Schwierigkeiten des Sohnes erst kurz vor der Verhandlung bekannt gewesen (vgl. act. 2 S. 7 Rz. 4).

Die Behauptung des Klägers, die Vorinstanz habe kein Beweisverfahren durchgeführt, ist nicht hinreichend substantiiert. Zwar führt er aus, die Vorinstanz habe hinsichtlich "der Situation des Sohnes" und "der in den beiden VSM-Begehren dargelegten Veränderungen der Situation" keine Parteibefragung und keine Zeugeneinvernahme durchgeführt, obwohl er z.B. auf den Seiten 3 und 7 der Eingabe vom 17. Juli 2018 "die Parteibefragung" und die Einvernahme des Sohnes und der Tochter als Zeugen beantragt habe.

Der Kläger führt jedoch nicht aus, welche Behauptungen er vor Vorinstanz zu "der Situation des Sohnes" oder zu "der in den beiden VSM-Begehren darge-

legten Veränderungen der Situation" aufgestellt und welche Beweismittel er dazu offeriert haben will, sowie auch nicht, inwiefern die Abnahme dieser Beweismittel etwas am angefochtenen Entscheid geändert hätte bzw. zur Annahme eines Abänderungsgrundes hätte führen müssen. Wozu er die Parteibefragung der Beklagten offeriert haben will, führt er nicht aus, und was er mit "den dargelegten Veränderungen" meint, bleibt ebenfalls unklar. Falls er damit die von der Vorinstanz abgehandelten Punkte meint, setzt er sich mit der Begründung der Vorinstanz nicht auseinander. Damit kommt er seiner Begründungslast nicht nach. Insbesondere ist der einzige konkrete Hinweis auf die offerierten Beweismittel in der Eingabe vom 17. Juli 2018 aus der Luft gegriffen und trägt zur Substantiierung seiner Beanstandungen nur scheinbar bei: auf der zitierten Seite 3 wurden diese Beweismittel (Parteibefragung und Einvernahme des Sohnes als Zeuge) für aufgestellte Behauptungen zur gesundheitlichen Situation des Klägers offeriert und auf Seite 7 (Parteibefragung und die Einvernahmen des Sohnes sowie der Tochter als Zeugen) für Behauptungen zum Einkommen des Klägers als Angestellter der GmbH und zur Kündigung (vgl. act. 6/170 S. 3 und S. 7). Mit "der Situation des Sohnes" haben diese Beweisofferten nichts zu tun.

Im Übrigen verkennt der Kläger die Sach- und Rechtslage gleich in mehrfacher Hinsicht, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, er habe mitgewirkt, die Vorinstanz hätte ihn befragen können, um "die materielle Wahrheit" respektive "die Umstände des Falles" zu eruieren, und sie hätte entscheiden müssen, dass sein Sohn zwingend als Zeuge einvernommen werden müsse (vgl. act. 2 S. 10 Rz. 5). Die eingeschränkte Untersuchungsmaxime, die in diesem eherechtlichen Summaryverfahren zur Anwendung kommt, entbindet weder den anwaltlich vertretenen Kläger davon, dem Gericht die nötigen Tatbestandselemente zu nennen und die verfügbaren Beweismittel zu liefern, noch verpflichtet sie das Gericht zur Erforschung des Sachverhalts, bis über die Tatsachen, die für die Beurteilung des strittigen Anspruchs erforderlich sind, hinreichende Klarheit besteht (sog. unbeschränkte Untersuchungsmaxime). Vielmehr auferlegt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime dem Gericht bloss die Pflicht, eine unbeholfene oder schwächere Partei zu unterstützen (vgl. etwa BGer 5A_2/2013 vom 6. März 2013, E. 4.2; BGer 5A_645/2016 vom 18. Mai 2017, E. 3.2.3). Wie die Vorinstanz bereits zu-

treffend ausführte, hat sich das Gericht dabei jedoch in Bezug auf anwaltlich vertretene Parteien wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten (vgl. act. 5 E. 2.2). Es wäre die Aufgabe des anwaltlich vertretenen Klägers gewesen, namentlich die nötigen Tatsachenbehauptungen aufzustellen bzw. Tatbestandselemente zu nennen und entsprechende Beweismittel zu den jeweiligen Behauptungen zu offerieren – und nicht an der Vorinstanz, diese Tatbestandselemente namentlich per Befragung des Klägers oder durch die Einvernahme von Zeugen zu eruieren. Im Übrigen ist es nicht Ziel des Beweisverfahrens, das Tatsachenfundament durch Beweisabnahmen zusammenzutragen. Ob der Kläger seine Aufgabe vor Vorinstanz erfüllt hat, bleibt dahingestellt, da er in der Beschwerde seiner diesbezüglichen Begründungslast wie gesehen ohnehin nicht nachkommt.

2.7 Nach dem Gesagten ist der Kläger seiner Begründungslast in keinem der vorgebrachten Punkte nachkommen, weshalb auf die Berufung nicht eingetreten werden kann.

2.8 Vor dem Hintergrund der bisherigen Prozessgeschichte und der Ausführungen des Rechtsvertreters des Klägers in seiner Berufung und auch bereits vor Vorinstanz, er habe vom Kläger keine Zahlungen mehr zu erwarten, die letzte Zahlung liege weit zurück, er sei nur in den abgeschlossenen Verfahren vom Kläger bezahlt worden (vgl. act. 2 S. 4 Rz. 1.5), sehe sich aber zu "regelmässigen" Eingaben gezwungen, weil sich die Situation des Klägers verschärfe (vgl. Prot. Vi. S. 31), der Kläger resp. er hätten aufgrund dessen unter grossem Druck Änderungsbegehren gestellt (vgl. act. 2 S. 6 Rz. 3.1 f.) und er sei als Rechtsvertreter verpflichtet, im Namen des Klägers "so rasch als möglich" eine neue Eingabe zu machen, weil ein Strafurteil ergangen sei (vgl. act. 2 S. 14 Rz. 5), sind an dieser Stelle folgende Anmerkungen anzubringen:

Das wiederholte Vorbringen, es könne und dürfe nicht sein bzw. es sei nicht richtig oder nicht haltbar, dass der Kläger die im Jahre 2012 festgesetzte Ehegattenunterhaltsbeiträge immer noch (in der festgesetzten Höhe) bezahlen müsse, kann (für sich alleine) nicht zielführend sein. Insbesondere bereits deshalb nicht, weil es wie dargelegt nicht an den Gerichten ist, den Sachverhalt für eine Abänderung der Ehegattenunterhaltsbeiträge zusammenzutragen, geschweige denn ge-

stützt darauf von Amtes wegen weitere Abklärungen zu tätigen. Daran ändert nichts, dass der Kläger offenbar bereits wegen Vernachlässigung seiner Unterhaltspflichten verurteilt wurde und der Rechtsvertreter des Klägers in der Berufung dafür hält, "[...] Konsequenterweise müsste [auch] für die Zeit von Februar bis September 2018 ein ergänzendes [Straf-]Verfahren [gegen seinen Mandanten] durchgeführt werden (unbestrittenermassen hat der Kläger auch in diesem Zeitraum das formell rechtskräftige Urteil mit der sehr hohen Alimentenpflicht missachtet)" (vgl. act. 2 S. 14 Rz. 5). Es liegt selbst dann nicht an den Gerichten, für die Abänderung bzw. Streichung der Ehegattenunterhaltsbeiträge besorgt zu sein, wenn dem Kläger eine weitere Verurteilung drohte. Dasselbe gilt im übrigen auch für den Einwand, er habe kein Geld (mehr), um eine Buchhaltung verfassen zu lassen und sei selber auch nicht in der Lage, dies zu tun (vgl. act. 2 S. 4 Rz. 1.3).

Soweit der Rechtsvertreter des Klägers ebenfalls wiederholt vorbringt, es gehe nicht an, vom Kläger materiell den Beweis zu fordern, dass er nicht mehr so viel wie früher verdiene, nur weil dieser in einem Gebiet tätig sei, in welchem *normalerweise* Provisionen fliessen würden, und dieser könne diesen negativen Beweis nie führen (vgl. act. 2 S. 11 Rz. 5), ist er auf die entsprechenden Erwägungen im Entscheid der Kammer vom 23. Januar 2017 im Verfahren mit der Geschäfts-Nr. LY160043 S. 17 f. E. 4.2.2. hinzuweisen. Die Kammer setzte sich in jenem Verfahren des Klägers bereits eingehend mit diesem Vorbringen (ein negativer Einkommensbeweis sei praktisch unmöglich zu führen) auseinander und entkräftete dieses.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1 Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1-3 sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) die Entscheidunggebühr auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

3.2 Die Kosten sind dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (vgl. Art. 106 ZPO). Der Kläger beantragt "für das vorliegende Beschwerdeverfahren" die Ge-

währung der unentgeltlichen "Prozessführung" und führt namentlich aus, weshalb er ohne juristische Unterstützung nicht in der Lage sei, den Prozess selber zu führen (vgl. act. 2 S. 2). Soweit er damit die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung oder der unentgeltlichen Rechtspflege auch für das Berufungsverfahren beantragen wollte, wäre dieses Gesuch von vornherein wegen Aussichtslosigkeit abzuweisen, zumal die Berufung wie gezeigt offensichtlich unzulässig ist (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Es kann daher offen bleiben, ob darauf überhaupt einzutreten wäre.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung oder der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
3. Die Eingabe des Klägers vom 1. Oktober 2018 (act. 8) wird mit den Beilagen (act. 9/1-2) an die Vorinstanz zurückgeschickt. Kopien bleiben bei den Akten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und dem Kläger auferlegt.
5. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels der Berufungsschrift (act. 2), sowie unter Beilage von act. 8 und act. 9/1-2 an das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Dietikon, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse.

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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: