

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY190004-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichter lic. iur. et phil. D. Glur und Obergerichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Nagel

Beschluss und Urteil vom 4. März 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 31. Januar 2019; Proz. FP180009

Rechtsbegehren:

"Es seien die in der Klageschrift vom 12. Juli 2018 gestellten Anträge:

«Es sei das Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 16. Mai 2017 (Geschäfts-Nr. FE170033-H/U1) wie folgt abzuändern:

1. *Es sei das Dispositiv Ziffer 3 (Obhut) aufzuheben beziehungsweise wie folgt abzuändern: "Der Sohn C._____, geboren am tt.mm.2015, sei unter die geteilte Obhut der Parteien zu stellen."*
2. *Es sei das Dispositiv Ziffer 4 Ziffer 3 lit. a (Kinderunterhalt) aufzuheben beziehungsweise abzuändern: "Der Vater verpflichtet sich, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Sohnes folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen: Barunterhalt CHF 720 und Betreuungsunterhalt CHF 740."*
3. *Es sei das Dispositiv Ziffer 4 Ziffer 5 (Nachehelicher Unterhalt) aufzuheben.»*

als vorsorgliche Massnahme ab Datum der vorliegenden Eingabe bis Rechtskraft eines Abänderungsurteil zu verfügen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Verfügung des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 31. Januar 2018:

- "1. Das Massnahmegesuch des Klägers vom 16. August 2018 wird abgewiesen.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten."
- 3.-4. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 2 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 31. Januar 2019 sei aufzuheben.
2. Es sei vorsorglich per sofort und bis zu einem rechtsgültigen Entscheid in der Hauptsache anzuordnen:

Es seien die in der Klageschrift vom 12. Juli 2018 gestellten Anträge:

1. Der Sohn C._____, geboren am tt.mm.2015, sei unter die geteilte Obhut der Parteien zu stellen.
2. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Sohnes folgende monatlichen Unterhaltsbeiträge zu bezahlen: bis 31. August 2019: Barunterhalt CHF 600 und Betreuungsunterhalt CHF 272.50 und ab 1. September 2019: Barunterhalt CHF 840 und Betreuungsunterhalt CHF 272.50.
3. Der nacheheliche Unterhalt sei in Anwendung der Konkubinatssklausel aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Prozessualer Antrag des Klägers (act. 2 S. 3):

"Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person der Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien heirateten am tt. Dezember 2014 (act. 6/5/4). Sie sind die Eltern des gemeinsamen Sohns C._____, geboren am tt.mm.2015. Mit Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 16. Mai 2017 wurde die Ehe der Parteien geschieden. C._____ wurde unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen. Die Obhut wurde der Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) zugeteilt, und die Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen wurde genehmigt (act. 6/5/17).

1.2. Am 12. Juli 2018 reichte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) beim Bezirksgericht Pfäffikon (fortan Vorinstanz) eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 16. Mai 2017 ein (act. 6/1). Am tt.mm.2018 kam D._____, der Sohn des Klägers und dessen neuen Partnerin E._____, zur Welt (act. 6/28/1). In der Folge reichte der Kläger am 16. August 2018 ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit den eingangs wiedergegebenen Begehren ein (act. 6/14). Die mündliche Verhandlung fand am 29. Oktober 2018 statt (Prot. Vi. S. 7 ff.). Mit Verfügung vom 31. Januar 2019 wies die Vorinstanz das Gesuch des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (act. 5 = act. 6/3).

1.3. Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 12. Februar 2019 rechtzeitig (vgl. act. 6/33/1) Berufung mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsmittelanträgen (act. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1–33). Eine Berufungsantwort ist nicht einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Der Beklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufungsschrift samt Beilagen zuzustellen.

2. Prozessuale Vorbemerkungen

2.1. Auf streitige Verfahren betreffend die Abänderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen finden die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss Anwendung (Art. 284 Abs. 3 ZPO). Es gelten demnach die Art. 274–283 und Art. 290–293 ZPO. Das Gericht trifft die nötigen vorsorglichen Massnahmen; die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Das Gericht entscheidet im summarischen Verfahren (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 248 lit. d ZPO), die Art. 252 ff. ZPO gelten subsidiär (ZK ZPO-SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, 3. Aufl. 2016, Art. 276 N 41). Soweit Anordnungen über ein Kind zu treffen sind, erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und es ist weder von Parteienanträgen abhängig noch an solche gebunden (uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und Oficialmaxime, Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

2.2. Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle darf sich die Rechtsmittelinstanz allerdings eine gewisse Zurückhaltung auferlegen (vgl. etwa BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10). Es gilt die Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheids im Einzelnen auseinanderzusetzen und darzulegen hat, was am angefochtenen Entscheid falsch ist. Eine lediglich allgemein geübte Kritik am vorinstanzlichen Entscheid genügt ebenso wenig, wie das blosse Verweisen auf die Akten oder das Wiederholen der bereits vorinstanzlich gemachten Ausführungen. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 4).

2.3.1. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Art. 317 Abs. 1 ZPO regelt die Voraussetzungen abschliessend, unter denen Noven ausnahmsweise vorgebracht werden können, ohne danach zu differenzieren, ob ein Verfahren in den Anwendungsbereich der Verhandlungs- oder der Untersuchungsmaxime fällt. In Kinderbelangen können Noven jedoch, sofern sie nicht gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig sind, von der Kammer insoweit zur Kenntnis genommen werden, als dadurch auf wesentliche Sachverhalte hingewiesen wird, denen im Rahmen der Pflicht zur Sachverhaltserforschung von Amtes wegen mit eigenen Untersuchungen nachzugehen wäre (vgl. zum Ganzen OGer ZH LY160019 vom 21. Juli 2016, E. 2.2.1.2. m.w.H.).

2.3.2. Der Kläger reicht diverse neue Unterlagen ins Recht, ohne darzulegen, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO erfüllt sind. Unterlagen die erst

nach dem erstinstanzlichen Entscheid vom 31. Januar 2019 entstanden sind, sind im Berufungsverfahren zu berücksichtigen (so etwa der Lohnausweis 2018 [act. 4/12]). Das Gutachten des Kantonsspitals Winterthur datiert hingegen vom 19. November 2018 (act. 4/3) und die Whatsapp Kommunikation vom 6. September 2018 (act. 4/5) bzw. 13. Dezember 2018 (act. 4/6). Weshalb der Kläger diese Unterlagen nicht bereits vor Vorinstanz einreichte, legt er nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Da der Kläger aber – unter anderem gestützt auf diese Belege – behauptet, es liege eine Kindeswohlgefährdung vor (act. 2 Rz. 15 ff.), sind die eingereichten Unterlagen aufgrund der im vorliegenden Verfahren geltenden Pflicht zur Sachverhaltserforschung – soweit nötig – zu berücksichtigen.

3. Obhutszuteilung

3.1. Der Kläger verlangt, C._____ sei vorsorglich unter die geteilte Obhut der Parteien zu stellen (act. 2 S. 2).

3.2.1. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt voraus, dass diese nötig, geeignet und verhältnismässig sind (ZK ZPO-KOBEL, a.a.O., Art. 276 N 8). Es muss also ein Bedürfnis für die Anordnung solcher Massnahmen ausgewiesen werden. Ein solches wird verneint, wenn die Verhältnisse bereits angemessen geregelt sind (vgl. FamKomm Scheidung/LEUENBERGER, 3. Aufl. 2017, Anh. ZPO Art. 276 N 4), es sei denn, die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich erheblich und dauernd geändert, so dass die geltende Regelung für die Dauer des Verfahrens nicht mehr angemessen erscheint. Davon ist aber nur im Ausnahmefall auszugehen, weil im Abänderungsprozess bereits ein im ordentlichen Verfahren ergangenes rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliegt, welches die Verhältnisse bereits vollständig und dauerhaft regelt (OGer SO, ZKNIB.2006.122 vom 13. April 2007, in: FamPra.ch 2009, S. 777 ff., S. 779).

3.2.2. Geht es um die Zuteilung der Obhut über ein Kind, ist also davon auszugehen, dass im Rahmen eines Abänderungsverfahrens eine bereits im Scheidungsurteil getroffene Obhutsregelung nur dann nicht mehr angemessen erscheint und eine vorsorgliche Neuregelung bedingt, wenn das Wohl des Kindes eine andere Ordnung gebietet bzw. das Wohl des Kindes unter der geltenden Re-

gelung als gefährdet erscheint. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass zugunsten des Kindes grundsätzlich eine gewisse Stabilität der Lebensumstände zu erhalten und ein schädliches Hin und Her zu vermeiden ist (BGer 5P.84/2006 vom 3. Mai 2006 E. 4.1). Bei der Beurteilung der für die Obhutszuteilung massgebenden Kriterien verfügt das Sachgericht über ein grosses Ermessen (BGer 5A_693/2010 vom 29. Dezember 2010 E. 2.2.1, m.w.H.).

Auf Begehren eines Elternteils regelt das Gericht die Zuteilung der elterlichen Sorge neu, wenn dies wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist (Art. 134 Abs. 1 ZGB). Eine Umteilung des Sorge- und Obhutsrechts setzt somit nebst veränderten Verhältnissen voraus, dass die Umteilung in dem Sinn zwingend nötig ist, als die aktuellen Lebensumstände dem Kindeswohl mehr schaden als ihre Neuordnung und die damit verbundene Kontinuitätsunterbrechung der Erziehung schaden würde (BGer 5A_63/2011 vom 1. Juni 2011 E. 2.4.1). Die Veränderung der Verhältnisse muss die Änderung der Sorge- bzw. Obhutsregelung zwingend gebieten (BGer 5A_105/2012 vom 9. März 2012 E. 2.3).

3.3. Die Vorinstanz erwog, der Kläger stelle die gleichen Anträge wie in der Hauptsache. Über besondere Umstände und insbesondere eine zeitliche Dringlichkeit habe er sich nicht ausgelassen. Vielmehr verweise er pauschal auf eine "markante Dringlichkeit", die sich insbesondere aus der vom 11. September 2018 auf den 29. Oktober 2018 verschobenen, mündlichen Verhandlung ergeben solle. Angesichts dessen könne es dem Kläger zugemutet werden, den Entscheid in der Hauptsache mit üblichem Beweisverfahren abzuwarten. Eine Dringlichkeit und sonstige besondere Umstände lägen nicht vor, was zur Abweisung des Massnahmebegehrens führe. Hinzu komme, dass auch positive Prozessaussichten zu verneinen seien. So bestehe im Rahmen vorsorglicher Massnahmen kein Anlass, von der im Scheidungsurteil getroffenen und seit dem 2. Juli 2016 praktizierten Obhutsregelung abzuweichen. Es würden sich weder aus den Akten noch aus den ausführlichen Vorbringen der Parteien Anhaltspunkte ergeben, die auf eine konkrete Gefährdung des Kindeswohls schliessen liessen. Zwar pflegten die Parteien unterschiedliche Erziehungsstile, doch wahrten beide genügend die Interes-

sen von C._____. Die Obhut sei folglich bei der Beklagten zu belassen und das Massnahmebegehren abzuweisen (act. 5 E. 3.2 f.).

3.4.1. Dagegen wendet der Kläger zunächst ein, die Vorinstanz habe die Dringlichkeit zu Unrecht verneint. Sie habe verkannt, dass die einzelnen Prozessabschnitte lange dauerten. So sei die ursprünglich auf den 11. September 2018 angesetzte Verhandlung um sieben Wochen verschoben worden und danach habe es weitere 13 Wochen bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung gedauert. Ein weiteres Zuwarten bis zum Entscheid der Vorinstanz in der Hauptsache sei nicht mehr zumutbar, zumal die Vorinstanz andeute, dass die Hauptsachenprognose zu seinen Ungunsten ausfalle. Sollte sich dies bewahrheiten, habe er gute Chancen, dagegen erfolgreich ein Rechtsmittel einzulegen. Es sei jedoch mit weiteren Zeitverzögerungen zu rechnen, bis sich das Obergericht mit der Angelegenheit befassen könne (act. 2 Rz. 10 f.).

3.4.2. Der Kläger übersieht, dass sich die Vorinstanz mit dem Argument der Verfahrensdauer bereits auseinandersetzte und eine besondere Dringlichkeit verneinte. Tatsächlich ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verschiebung einer Verhandlung um sieben Wochen eine besondere Dringlichkeit zu begründen vermöchte oder zu einer übermässigen Verfahrensdauer führte. Mit welchen weiteren Zeitverzögerungen zu rechnen ist, legte der Kläger sodann nicht dar und ist auch nicht ersichtlich. Allein aus der Verfahrensdauer ergibt sich daher keine Notwendigkeit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

3.5.1. Weiter wendet sich der Kläger gegen die Annahme der Vorinstanz, dass die im Scheidungsurteil getroffene und seit dem 2. Juli 2016 praktizierte Obhutsregelung angemessen erscheint. Er macht geltend, bereits vor Vorinstanz zum Ausdruck gebracht zu haben, dass C._____ immer weine, wenn er sich von ihm verabschieden müsse. Dies sei in letzter Zeit häufig vorgekommen (act. 2 Rz. 12 f.). Es bestehe keine Einigkeit in Bezug auf die Betreuung des Sohnes. Er lehne ab, dass C._____ künftig vermehrt fremdbetreut werden soll. Seine Partnerin sei bereit und fähig, den Jungen zu betreuen. Er mache sich grosse Sorgen, dass die Entwicklung von C._____ beeinträchtigt werde, wenn die Beklagte hauptsächlich für die Betreuung zuständig sei. Entgegen der Auffassung der Vor-

instanz sei fraglich, ob nicht eine Kindswohlgefährdung vorliege. Schon die tränenreichen Abschiedsszenen liessen darauf schliessen, dass sich C. _____ bei der Beklagten und ihrem Lebenspartner nicht wohl fühle. Zudem habe er ja auch bereits ausgeführt, dass die Beklagte und ihr Lebenspartner häufig Restaurants besuchten, die nicht kindgerecht seien (act. 2 Rz. 14 f.). Als gravierend anzusehen sei, dass C. _____ offensichtlich Entwicklungsrückstände aufweise, die wohl auf mangelnde Aufmerksamkeit der Beklagten bei der Betreuung und Erziehung zurückzuführen seien. Es liege eine Spracherwerbsstörung vor, welche nun dazu geführt habe, dass C. _____ für ein Jahr zurückgestellt werde (act. 2 Rz. 16 f.). Die verzögerte sprachliche Entwicklung sei ihm bereits seit längerem aufgefallen und er habe die Beklagte gebeten, konkrete Massnahmen zu ergreifen. Die Beklagte blocke aber stets ab (act. 2 Rz. 19). Insgesamt entstehe der Eindruck, die Beklagte sei aufgrund der neuen Lebenssituation (Ausdehnung des Arbeitspensums, neuer Lebenspartner) weniger fähig oder bereit, C. _____s Sprachvermögen adäquat zu fördern. Er und seine Lebenspartnerin seien hingegen in der Lage, dies zu tun (act. 2 Rz. 22 ff.). Durch die Anordnung der geteilten Obhut werde sicher gestellt, dass der Kläger angemessen zum Wohl von C. _____ Einfluss nehmen könne (act. 2 Rz. 29).

3.5.2. Wie die Vorinstanz zutreffend festhielt, besteht eine angemessene Obhutsregelung, welche seit dem 2. Juli 2016 praktiziert wird und mit Scheidungsurteil vom 16. Mai 2017 gerichtlich genehmigt wurde (vgl. act. 6/5/17). Dass C. _____ bei Weiterführung dieser Regelung während der Dauer des Abänderungsverfahrens gefährdet wäre, ist – entgegen den Ausführungen des Klägers – nicht ersichtlich. Es ist zwar bedauerlich, dass es zu tränenreichen Abschiedsszenen kommt. Dies kommt bei Kinder getrennt lebender Elternteile aber häufig vor und ist kein Anzeichen für eine unzweckmässige Regelung. Eine Gefährdung des Kindswohls, die eine vorsorgliche Neuregelung der Obhut gebieten würde, lässt sich darin nicht erkennen. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, inwiefern sich die vom Kläger geschilderten Abschiedsszenen durch eine geteilte Obhut verhindern liessen. Was die Befürchtung der Ausdehnung der Fremdbetreuung anbelangt, behauptet der Kläger nicht, dass eine solche bereits erfolgt oder konkret geplant ist. Auch in den Akten finden sich keine Anhaltspunkte dafür. Ein Grund

für eine vorsorgliche Umteilung der Obhut stellt dies jedenfalls ebenso wenig dar, wie die geltend gemachten Restaurantbesuche. In diesem Zusammenhang vom Vorliegen einer Kindeswohlgefährdung zu sprechen, entbehrt der Grundlage.

Schliesslich gebietet auch die diagnostizierte Spracherwerbsstörung keine vorsorgliche Umteilung der Obhut. Einerseits ist nicht ersichtlich, inwiefern die geteilte Obhut einen Einfluss auf die sprachliche Entwicklung C.____s hätte. Zudem legt der Kläger nicht dar, inwiefern er die sprachliche Entwicklung C.____s besser fördern könnte als die Beklagte. Andererseits wurden – soweit ersichtlich – bereits die notwendigen und von der Logopädin empfohlenen Massnahmen zur Förderung C.____s ergriffen und C.____ zur logopädischen Therapie angemeldet (vgl. act. 4/3; act. 4/6). Entgegen den Ausführungen des Klägers ergibt sich aus den Akten auch nicht, dass die Beklagte abblockte, als es um die Ergreifung von Massnahmen gegen die verzögerte Sprachentwicklung ging. Der Kläger reicht eine unvollständige Whatsapp Kommunikation vom 6. September 2018 ein (act. 4/5). Ausgehend von den Ausführungen des Klägers handelt es sich dabei um den Chat-Verlauf zwischen den Parteien. Daraus geht hervor, dass die Sprachprobleme vom Kläger angesprochen wurden. Die Antwort der Beklagten fehlt indes (vgl. act. 4/5). Am 30. Oktober 2018 fand dann bereits die pädaudiologische (vgl. act. 4/3 S. 3) und am 12. November 2018 die logopädische Abklärung C.____s statt (act. 4/3), woraufhin C.____ zur logopädischen Therapie angemeldet wurde. Massnahmen wurden somit umgehend ergriffen.

3.6. Nach dem Gesagten erscheint die im Scheidungsurteil getroffene Obhutsregelung nach wie vor angemessen. Anhaltspunkte dafür, dass das Wohl C.____s eine vorsorgliche Neuregelung der Obhut gebieten würde, liegen nicht vor. Damit sind die Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht erfüllt, die Berufung des Klägers ist diesbezüglich abzuweisen.

3.7. Es bleibt anzufügen, dass der eingereichte Chatverlauf wie auch die weiteren Vorbringen des Klägers, wonach er über wichtige Termine nicht informiert worden sei, auf Kommunikationsprobleme der Parteien hindeuten, welche nicht über die Anordnung der geteilten Obhut gelöst werden können. Sowohl das Ergreifen von sprachfördernden Massnahmen als auch die Einschulung bzw. Rück-

stellung sind Teil der elterlichen Sorge und werden durch die Obhutszuteilung nicht tangiert. Die elterliche Sorge steht den Parteien gemeinsam zu. Entsprechend haben sie sie gemeinsam auszuüben, was bedeutet, dass die Beklagte den Kläger über wichtige Termine des Sohnes zu informieren hat und Entscheide über schulische und gesundheitliche Belange gemeinsam zu treffen sind. Dies gilt sowohl bei geteilter Obhut als auch bei alleiniger Obhut der Beklagten.

4. Unterhaltsbeiträge

4.1. Der Kläger macht geltend, aufgrund einer finanziellen Notlage nicht mehr in der Lage zu sein, die monatlichen Alimentenzahlungen in voller Höhe an die Beklagte leisten zu können und verlangt eine vorsorgliche Abänderung der Unterhaltsbeiträge (act. 2 Rz. 33).

4.2. Wie bereits erwähnt sind die Hürden für vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess hoch, da bereits ein rechtskräftiges Urteil vorliegt (siehe hier vor E. 3.2.1). Bei der vorsorglichen Abänderung von Unterhaltsbeiträgen muss eine für die Abänderung erforderliche erhebliche Veränderung der Verhältnisse (Art. 134 Abs. 2 ZGB in Verbindung mit Art. 286 Abs. 2 ZGB), mithin eine positive Hauptsachenprognose vorliegen. Darüber hinaus bedarf es eines zeitlich dringenden Bedürfnisses und einer Rechtfertigung aufgrund besonderer Umstände, was allenfalls zu bejahen ist, wenn der Unterhaltsschuldner angesichts seiner klaren wirtschaftlichen Situation ausserstande ist, ohne schwerwiegende Nachteile die Zahlung während des Abänderungsverfahrens auszurichten und die Abänderung der anderen Partei schon während des Verfahrens zugemutet werden kann (vgl. dazu etwa BGer 5P.269/2004 vom 3. November 2004 E. 2; 5P.349/2001 vom 6. November 2001 E. 4, und BGE 118 II 228 E. 3; siehe auch OGer ZH LY150052 vom 21. Januar 2016 E. B.1. m.w.H.).

4.3. Die Vorinstanz verneinte sowohl die Dringlichkeit der Abänderung (act. 5 E. 3.2.) als auch die positive Hauptsachenprognose. Sie erwog, der Kläger verdiene Fr. 8'228.– pro Monat, was mehr sei als noch im Scheidungsverfahren. Diesem Einkommen seien die der Scheidung zugrunde gelegten Bedarfswerte gegenüberzustellen, um den Überschuss zu bestimmen. Beim Kläger sei von einem

Bedarf von Fr. 3'046.– bis 31. August 2019 auszugehen. Der Unterhalt für den Sohn D. _____ betrage Fr. 1'396.– und setze sich aus Fr. 549.20 Bar- und Fr. 846.80 Betreuungsunterhalt zusammen. Ausgehend von diesen Zahlen resultiere ein monatlicher Überschuss von Fr. 91.–. Eine erhebliche Veränderung der Umstände zu Lasten des Klägers sei damit nicht glaubhaft gemacht (act. 5 E. 7.2. ff.). Dem Kläger könne daher zugemutet werden, den Entscheid in der Hauptsache abzuwarten (act. 5 E. 9).

4.4.1. Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz sei von einem falschen Einkommen ausgegangen. Aus dem aktuellen Lohnausweis ergebe sich ein Nettoeinkommen von Fr. 7'913.25 (act. 2 Rz. 47).

Die Vorinstanz ging von einem monatlichen Nettoeinkommen des Klägers von Fr. 8'228.– aus (act. 5 E. 7.2.).

Aus dem vom Kläger eingereichten Lohnausweis geht hervor, dass sein Nettoeinkommen im Jahr 2018 Fr. 94'959.– zuzüglich Fr. 3'600.– Pauschalspesen betrug (act. 4/12). Spesenentschädigungen zählen zum anrechenbaren Nettoeinkommen, soweit diese nicht Auslagen ersetzen, die bei der Berufsausübung tatsächlich entstehen; andernfalls ist der Spesenersatz unabhängig von der arbeitsvertraglichen Regelung als Lohnbestandteil zu behandeln. Die Behauptungs- und Beweis- bzw. Glaubhaftmachungslast liegt bei demjenigen Elternteil, welcher entsprechende, als "Spesen" bezeichnete Vergütungen erhält (BGer 5A_373/2007 vom 30. Oktober 2007, E. 3.2; 5D_167/2008 vom 13. Januar 2009, E. 5; 5A_340/2008 vom 12. August 2008, E. 2.3; 5A_58/2011 vom 6. Juni 2011, E 2.3.1; FamKomm Scheidung/VETTERLI, a.a.O., Art. 176 ZGB N 32). Der Kläger hätte darzulegen gehabt, welche Auslagen diesen Vergütungen konkret gegenüberstehen. Ausführungen dazu fehlen aber, obwohl die Beklagte die Anrechnung der Pauschalspesen vor Vorinstanz verlangte (act. 6/24 S. 10). Entsprechend ist von einem monatlichen Nettoeinkommen des Klägers von Fr. 8'213.– ([Fr. 94'959.– + Fr. 3'600.–] : 12) auszugehen (act. 4/12).

4.4.2. Die vorinstanzliche Berechnung seines Bedarfs bestritt der Kläger nicht. Entsprechend ist von einem Bedarf des Klägers von Fr. 3'046.– auszugehen (vgl. act. 5 E. 7.3).

4.4.3. Der Kläger beanstandet indes, die Vorinstanz sei von zu leistenden Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'369.– bzw. ab 2028 von Fr. 1'596.– für den Sohn D._____ ausgegangen. Mit diesen Beträgen könne der Bedarf von D._____ aber nicht abgedeckt werden. Die Zürcher Kinderkostentabelle gehe bei einem Einzelkind von eins bis sechs Jahren von Gesamtkosten in der Höhe von Fr. 1'235.– aus. Ab einem Alter von sieben Jahren erhöhe sich der Betrag auf Fr. 1'485.– und ab 13 Jahren auf Fr. 1'785.– (act. 2 Rz. 49).

Die Vorinstanz legte die Berechnung des Unterhaltsbeitrages für den Sohn D._____ detailliert dar. So setzt sich der Betrag aus Barunterhalt in der Höhe von Fr. 549.20 (Grundbetrag Fr. 400.–, Wohn- und Nebenkosten Fr. 289.–, Krankenkasse Fr. 60.20, abzgl. Fr. 200.– Kinderzulagen) und Betreuungsunterhalt von Fr. 846.80 (Grundbetrag Fr. 500.–, Wohnkosten Fr. 18.–, Krankenkasse Fr. 278.80 und Kommunikation Fr. 50.–) zusammen. Die einzelnen Position blieben unangefochten. Insbesondere machte der Kläger nicht geltend, dass gewisse Positionen zu tief sind oder zu Unrecht nicht berücksichtigt wurden.

Da der Kläger mit dem pauschalen Verweis auf die Zürcher Kinderkostentabelle nicht rechtsgenügend darlegt, inwiefern der Bedarf von D._____ durch die angerechneten Unterhaltsbeiträge ungedeckt bleibt und dies auch nicht ersichtlich ist, bleibt es bei der vorinstanzlichen Berechnung.

4.4.4. Dem Einkommen des Klägers von Fr. 8'213.– steht nach dem Gesagten ein Bedarf des Klägers von Fr. 3'046.– gegenüber. Aus dem verbleibenden Überschuss von Fr. 5'167.– vermag der Kläger die Unterhaltsbeiträge für C._____ von Fr. 3'345.–, für D._____ von Fr. 1'396.– und für die Beklagte von Fr. 350.– zu bezahlen und es verbleibt ihm ein Überschuss von Fr. 76.–. Vor diesem Hintergrund ist nicht von prekären wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen, welche eine vorsorgliche Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge gebieten würden. Vielmehr ist der Kläger ohne weiteres in der Lage, die Unterhaltsbeiträge auch wäh-

rend des Abänderungsverfahrens weiter zu bezahlen, weshalb es ihm zuzumuten ist, den Entscheid in der Hauptsache abzuwarten.

4.5. Eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beklagten – wie sie der Kläger behauptet – betrifft die Hauptsachenprognose. Da es hier aber bereits an der Dringlichkeit des Begehrens fehlt, ist auf die entsprechenden Vorbringen des Klägers nicht weiter einzugehen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Der Kläger stellt für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, erweist sich die Berufung als aussichtslos. Dieses Gesuch ist daher abzuweisen, ohne dass die finanziellen Verhältnisse des Klägers zu prüfen wären (Ar. 117 ZPO).

5.2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Eine Abweichung von diesem Grundsatz gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO ist weder angemessen noch könnten der Beklagten, welche sich gar nicht zur Berufung äussern musste und konnte, irgendwelche Kosten in diesem Zusammenhang auferlegt werden.

5.3. Grundlage für die Festsetzung der Entscheidgebühr bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (vgl. § 2 Abs. 1 GebV OG i.V.m. Art. 96 ZPO). Da vorliegend die Regelung der Obhut im Zentrum steht, liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Ausgangspunkt der Kostenberechnung für das Berufungsverfahren ist § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 6 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 GebV OG, wonach die Gebühr grundsätzlich nach den für die Vorinstanz geltenden Bestimmungen bemessen wird und bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– beträgt. Das Verfahren erweist sich als wenig aufwändig, weshalb die Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung von § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen ist.

5.4. Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: Dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, da ihr keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Klägers und Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 31. Januar 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und dem Kläger und Berufungskläger auferlegt.
3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2 samt Beilagen, sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Nagel

versandt am: