

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Beschluss und Urteil vom 10. Juli 2024

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Oktober 2023; Proz. FE220258

Anträge der Klägerin im Massnahmeverfahren:

(act. 5/49 S. 2):

- "1. Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Obergerichts Zürich vom 10. Februar 2023 (Geschäfts-Nr. LE220033-O) sei wie folgt abzuändern:

Der letzte Absatz "Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner seit Oktober 2021 mangels Leistungsfähigkeit keine Kinderunterhaltsbeiträge bezahlen kann" sei zu ersetzen durch folgenden Satz: "Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner von Oktober 2021 bis Ende Dezember 2022 mangels Leistungsfähigkeit keine Kinderunterhaltsbeiträge bezahlen kann. Der Beklagte wird verpflichtet der Klägerin rückwirkend ab Januar 2023 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 1'790.- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, auf den Ersten eines jeden Monats."

2. Der Beklagte sei anzuweisen, das Fahrzeug Mercedes der Klägerin umgehend zu übergeben."

Anträge des Beklagten im Massnahmeverfahren:

(act.5/67 S. 6)

- "1. Auf die Anträge der Klägerin betreffend vorsorgliche Massnahmen sei nicht einzutreten. Eventualiter seien die Anträge abzuweisen.
2. Das Besuchsrecht des Kindsvaters sei ohne weiteren Verzug auf ein teilbegleitetes Besuchsrecht auszuweiten, wobei die Begleitung auf Beginn und Ende des Besuchsrechts zu reduzieren sei.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten der Klägerin."

**Verfügung des Einzelgerichtes
(5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich:**

1. Der Antrag des Beklagten um Verpflichtung der Klägerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses wird abgewiesen.
2. Den Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Der Klägerin wird Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin und dem Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

3. Das Begehren der Klägerin um Abänderung von Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Februar 2023 (Geschäfts-Nr. LE220033-0) wird abgewiesen.
 4. Auf das Begehren der Klägerin um Anweisung des Beklagten auf Herausgabe des Mercedes wird nicht eingetreten.
 5. Auf das Begehren des Beklagten um sofortige Erweiterung des Besuchsrechts auf ein teilbegleitetes Besuchsrecht wird nicht eingetreten.
 6. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
- 7./8. Schriftliche Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung.

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

- "1. Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Oktober 2023 sei aufzuheben.
2. Dispositiv-Ziffer 4 des Urteils des Obergerichts Zürich vom 10. Februar 2023 (Geschäfts-Nr. LE220033-O) sei wie folgt abzuändern:

Der letzte Absatz "Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner seit Oktober 2021 mangels Leistungsfähigkeit keine Kinderunterhaltsbeiträge bezahlen kann" sei zu ersetzen durch folgenden Satz: "Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner von Oktober 2021 bis Ende Dezember 2022 mangels Leistungsfähigkeit keine Kinderunterhaltsbeiträge bezahlen kann. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin rückwirkend ab Januar 2023 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge in der Höhe von CHF 1'050.- zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, auf den Ersten eines jeden Monats."
3. Aufgrund offensichtlicher Uneinbringlichkeit eines Prozesskostenbeitrages beim Berufungsbeklagten sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. Mehrwertsteuer zulasten des Berufungsbeklagten."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 9 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu Lasten der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin.

Prozessuale Anträge:

1. Es sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten einen Prozesskostenbeitrag von CHF 8'000.00 für Anwalts- und Gerichtskosten zu bezahlen.
2. Eventualiter sei dem Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Unterzeichnende als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Erwägungen:

I.

1. A._____ (Klägerin und Berufungsklägerin, fortan Klägerin, Mutter) und B._____ (Beklagter und Berufungsbeklagter, fortan Beklagter) haben am 11. November 2011 geheiratet und sind Eltern des gemeinsamen Sohnes C._____, geb. tt.mm.2019 (act. 5/52). Die seit 1. Februar 2020 getrennt lebenden Parteien (vgl. act. 5/40/63 S. 3) stehen sich seit Mitte April 2022 in einem Scheidungsverfahren vor dem Einzelgericht (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) gegenüber (vgl. act. 5/1). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bildet die strittige Abänderung einer eheschutzrechtlichen Regelung betreffend Kinderunterhalt.

2. Im Rahmen des – dem Scheidungsverfahren vorausgegangenen – Eheschutzverfahrens wurde mit Entscheid der(selben) Vorinstanz vom 17. März 2022 vereinbarungsgemäss der Sohn C._____ unter der gemeinsamen elterlichen Sorge der Parteien belassen und wurde die Obhut der Mutter zugeteilt. Die Teiltrennungsvereinbarung der Parteien wurde in Bezug auf die weiteren Kinder-

belange genehmigt (Kontakte zwischen dem Beklagten und C._____) und im Übrigen wurde davon Vormerk genommen. Sodann wurde die für C._____ bestehende Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB weitergeführt (vgl. act. 5/40/61 und act. 5/40/63). Die übrigen strittigen Nebenfolgen des Getrenntlebens, u.a. die vom Beklagten zu zahlenden Kinderunterhaltsbeiträge für C._____, wurden mit Urteil der Vorinstanz vom 20. Mai 2022 (Geschäfts-Nr. EE200304) entschieden und der Beklagte wurde verpflichtet, der Klägerin für C._____ – soweit für den vorliegenden Fall relevant – ab Oktober 2022 und für die weitere Dauer des Verfahrens Kinderunterhalt (ausschliesslich Barunterhalt) zu bezahlen (act. 5/40/79 S. 64). Im anschliessenden, vom Beklagten angestrebten Berufungsverfahren, stellte das Obergericht mit Entscheid vom 10. Februar 2023 (Geschäfts-Nr. LE220033) die Leistungsunfähigkeit des Beklagten fest, wodurch dessen Unterhaltspflicht ab Oktober 2022 entfiel (act. 5/40/83 S. 32; vgl. im Detail nachstehend Ziff. II.2).

3. Mit Klagebegründung vom 3. April 2023 (act. 5/49) stellte die Klägerin im Rahmen des Scheidungsverfahrens die eingangs wiedergegebenen Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen bzw. Abänderung des vorerwähnten obergerichtlichen Entscheids. Der Beklagte widersetzte sich diesem Begehren mit Klageantwort vom 26. Juni 2023 und stellte eigene, einleitend wiedergegebene Anträge (act. 5/67). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2023 wies die Vorinstanz – soweit für den vorliegenden Fall relevant – den Abänderungsantrag der Klägerin betreffend Kinderunterhalt ab (act. 5/71 = act. 4).

4. Dagegen liess die Klägerin mit Eingabe vom 26. Oktober 2023 rechtzeitig Berufung bei der hiesigen Instanz erheben und den vorstehend wiedergegebenen Antrag stellen (act. 2 S. 2 inkl. Beilagen act. 3/1-5; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 5/72/1). Den Parteien wurde der Eingang der Berufung mit Mitteilung vom 14. November 2023 angezeigt (act. 6/1-2). Mit Verfügung der Kammer vom 6. Dezember 2023 wurde dem Beklagten Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt und es wurde die Prozessleitung delegiert (act. 7). Mit rechtzeitig erstatteter Berufungsantwort vom 19. Dezember 2023 (act. 9 inkl. Beilagen act. 10/1-5) schliesst der Beklagte auf Abweisung der Berufung (zur Rechtzeitigkeit vgl.

act. 8). Der Klägerin ist ein Doppel der Berufungsantwort samt Beilagen (act. 9 und act. 10/1-5) mit vorliegendem Entscheid zuzustellen. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die Unterhaltspflicht des Beklagten gegenüber C._____ (nur Barunterhalt). Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZPO vor (vgl. BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010, E. 1). In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Vor Vorinstanz beantragte die Berufungsklägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 1'790.–, der Berufungsbeklagte die vollumfängliche Abweisung des Massnahmebegehrens. Der vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– ist allein schon unter Berücksichtigung der bisherigen Verfahrensdauer – ohne das Berufungsverfahren – gemäss den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren der Parteien ohne Weiteres geben.

2. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich, begründet und mit Anträgen versehen einzureichen. Diesen Anforderungen genügt die Berufungsschrift. Mit der Berufung 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 Entscheids (vgl. etwa Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, Art. 310 N 10). Bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten gilt der Offizial- und uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Das Gericht entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge (Art. 296 Abs. 3 ZPO). Die Novenschanke von Art. 317 ZPO gilt nicht (vgl. BGer 5A_770/2018 vom 6. März 2019, E. 3.2; BGE 144 III 349, E. 4.2.1).

3. Es kann – um Wiederholungen zu vermeiden – auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren verwiesen werden (act. 4 S. 3 f.).

III.

1.1 Im Eheschutzverfahren wurde der Beklagte mit Entscheid der Vorinstanz vom 20. Mai 2022 verpflichtet, der Klägerin für C._____ ab Februar 2020 bis September 2021 abgestuft in drei Phasen Kinderunterhaltsbeiträge (ausschliesslich Barunterhalt) zu bezahlen (act. 5/40/79 S. 38 ff. und 64). Von Oktober 2021 bis und mit September 2022 ging das Eheschutzgericht von keinem Einkommen des Beklagten aus – er war seit Oktober 2021 ausgesteuert und die rückwirkende Festsetzung eines hypothetischen Einkommens wurde abgelehnt (vgl. act. 5/40/79 S. 22-24). Für diesen Zeitraum hielt das Gericht den Umfang des nicht gedeckten gebührenden Bedarfs von C._____ fest (vgl. act. 5/40/79 Dispositiv-Ziff. 5). Ab 1. Oktober 2022 – unter Gewährung einer viermonatigen Übergangsfrist – rechnete das Eheschutzgericht dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen in Höhe von Fr. 5'300.– monatlich an (act. 5/40/79 S. 25-27) und verpflichtete ihn, der Klägerin für C._____ ab Oktober 2022 und für die weitere Dauer des Verfahrens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'790.– zu bezahlen (act. 5/40/79 Dispositiv-Ziffern 4).

1.2 Dabei ging es – für die im vorliegenden Fall relevante Phase ab Oktober 2022 – von folgenden Grundlagen aus (act. 5/40/79 S. 48):

	Klägerin	C._____	Beklagter	Familie
Einkommen	Fr. 4'115.– (hypothetisch)	Fr. 200.–	Fr. 5'300.– (hypothetisch)	Fr. 9'615.–
abz. Bedarf vor Steuer	- Fr. 3'817.–	- Fr. 1'990.–	- Fr. 3'420.–	- Fr. 9'277.–
	Fr. 298.–	- Fr. 1'790.–	Fr. 1'880.–	Fr. 388.–
Anspruch Barunterhalt		Fr. 1'790.–	- Fr. 1'790.–	
Anspruch Betreuungsunterhalt				
Überschuss	Fr. 298.–		Fr. 90.–	Fr. 388.–
Total Anspruch		Fr. 1'790.–		

2.1 Im anschliessenden Berufungsverfahren schloss das Obergericht (I. Zivilkammer) aufgrund der dem Beklagten ärztlich attestierten 100%igen Arbeitsunfähigkeit ab 2. Mai bis 5. Dezember 2022 auf dessen Leistungsunfähigkeit (auch) für die Zeit ab Oktober 2022 (vgl. act. 5/40/83 S. 22 f.). In Abänderung der Dispositiv-Ziffern 4 und 5 des Eheschutzentscheids vom 20. Mai 2022 stellte das Obergericht mit Urteil vom 10. Februar 2023 (Geschäfts-Nr. LE220033) fest, dass der Beklagte seit Oktober 2021 mangels Leistungsfähigkeit keine Kinderunterhaltsbeiträge bezahlen könne und der gebührende Unterhalt von C._____ ab Oktober 2022 im Umfang von Fr. 1'790.– nicht gedeckt sei (vgl. act. 5/40/83 Dispositiv-Ziff. 1./4 und 1./5).

2.2 Weiter verpflichtete das Obergericht mit Urteil vom 10. Februar 2023 den Beklagten, der Klägerin bis spätestens zum Ende eines jeden Monats ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis für den betreffenden Monat unaufgefordert zuzustellen oder ihr mitzuteilen, sobald er wieder arbeitsfähig sei (act. 5/40/83 Dispositiv-Ziff. 2).

3.1 Die Klägerin machte im Abänderungsbegehren vor Vorinstanz geltend, der Beklagte habe seine Mitteilungspflicht gemäss Urteil des Obergerichts vom 10. Februar 2023 verletzt. Da sie seit dem letzten Arbeitsunfähigkeitszeugnis, das dem Beklagten bis Mitte Dezember 2022 ausgestellt worden sei, diesbezüglich nichts mehr von ihm gehört habe, sei davon auszugehen, dass er seit Januar 2023 wieder vollständig arbeitsfähig sei (act. 5/49 S. 34).

3.2 Der Beklagte hielt diese Begründung für unzureichend. Er bestritt seit Januar 2023 wieder arbeitsfähig zu sein und liess ausführen, seit dem Frühjahr 2023 nicht mehr vollständig arbeitsunfähig zu sein. Im Rahmen der Sozialhilfe sei er vom 22. Mai bis 4. Juni 2023 in einer D._____ beschäftigt gewesen und arbeite für drei Monate befristet weiterhin dort in einem Pensum von "rund 60%" als All-rounder zu einem Stundenlohn von Fr. 26.10 brutto. Die Leistungsfähigkeit für die Bezahlung von Kinderunterhalt sei nicht gegeben (act. 5/67 S. 36 f.). Ein Arztzeugnis, das seine teilweise Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, wurde nicht eingereicht.

4. Die Vorinstanz erwog im angefochtenen Entscheid, die Veränderung der Verhältnisse, welche eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen rechtfertige, müsse sowohl erheblich als auch dauerhaft sein, was von der Klägerin nicht genügend glaubhaft gemacht worden sei. Der Beklagte sei zwar "offenbar wieder in einem beschränkten Umfang arbeitsfähig" und habe im Frühling 2023 für eine Weile in einem 60% Pensum zu einem Lohn von Fr. 26.– brutto pro Stunde gearbeitet. Darin sei jedoch noch keine dauerhafte und auch keine derart erhebliche Veränderung der Verhältnisse zu erblicken, die eine Abänderung der Eheschutzmassnahme rechtfertigen würde. Die erwähnte Arbeitstätigkeit sei "gemäss den Ausführungen des Beklagten" auf drei Monate befristet gewesen, was nicht als dauerhaft gelten könne. Mit einem Lohn von Fr. 26.– brutto pro Stunde dürfte er zudem seinen eigenen Bedarf kaum decken können. Die finanzielle Situation des Beklagten habe sich daher, "auch wenn er nunmehr lediglich noch zu 40% arbeitsunfähig" sei, nicht derart erheblich verändert, dass er in der Lage wäre, Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Das Begehren der Klägerin um Abänderung des obergerichtlichen Urteils vom 10. Februar 2023 sei daher abzuweisen (act. 4 S. 5).

5. Die Klägerin hält diese Begründung für willkürlich. Die Vorinstanz habe zur Frage der Arbeitsunfähigkeit des Beklagten entgegen der von diesem missachteten obergerichtlichen Verpflichtung, seine Arbeitsunfähigkeit monatlich mittels Zeugnissen nachzuweisen, auf dessen unbelegte und unbegründete Behauptung der teilweisen Arbeitsunfähigkeit abgestellt und allein aus dem Umstand, dass er in einem 60% Pensum arbeite, ohne weitere Begründung auf dessen 40%ige Arbeitsunfähigkeit geschlossen (act. 2 S. 6).

Der Beklagte wisse seit dem Eheschutzentscheid der Vorinstanz vom 20. Mai 2022 von seiner grundsätzlichen Unterhaltspflicht gegenüber C._____. Er sei mit Urteil des Obergerichts vom 10. Februar 2023 verpflichtet worden, ihr (der Klägerin) bis spätestens zum Ende eines jeden Monats ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis für den betreffenden Monat unaufgefordert zuzustellen oder ihr mitzuteilen, sobald er wieder arbeitsfähig sei, dies mit der Begründung, dass eine allfällige Verbesserung seines Gesundheitszustandes umgehend im bereits hängigen

Scheidungsverfahren berücksichtigt werden könne. Diese Pflicht habe der Beklagte weder monatlich noch mit Klageantwort vor Vorinstanz erfüllt. Er habe vor Vorinstanz ohne Beleg und ohne weitere Begründung seine Arbeitsfähigkeit ab Januar 2023 bestritten. Da er indes seit Januar 2023 nicht mehr krankgeschrieben und keinerlei Arztzeugnisse eingereicht habe, sei entgegen der Vorinstanz von seiner vollständigen Arbeitsfähigkeit auszugehen. Eine darüberhinausgehende Beweislast für die Arbeitsfähigkeit des Beklagten sei von der Klägerin nicht zu erbringen. Hinweise, dass die Arbeitsfähigkeit des Beklagten nur vorübergehend wäre, fehlten, seien nicht ersichtlich und vom Beklagten auch nicht geltend gemacht. Die Änderung von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit des Beklagten bis Ende Dezember 2022 in eine 100%ige Arbeitsfähigkeit ab Januar 2023 stelle eine erhebliche und dauerhafte Veränderung dar. Diese sei aufgrund der Umstände ausreichend glaubhaft gemacht (act. 2 S. 3-6). Nichts anderes resultiere aus den allgemeinen Beweislastregeln. Der Anspruch von C. _____ auf Unterhaltszahlungen durch den Beklagten sei unbestritten. Lägen Umstände vor, die diese Unterhaltspflicht aufheben oder ihre Durchsetzung hindern würden, wären diese rechtshindernden oder rechtsvernichtenden Tatsachen vom Beklagten zu beweisen, nicht von der Klägerin. Die Darlegung der Sachverhaltselemente betreffend die Arbeitsfähigkeit des Beklagten lägen eindeutig in dessen Herrschaftsbereich und könnten mit zumutbaren Mitteln von der Klägerin gar nicht bewiesen werden. Sie wäre geradezu genötigt, einen Privatdetektiv zu engagieren und eine Überwachung zu installieren, um diesen Beweis zu erbringen, was offenkundig unmöglich sei. Dem Beklagten sei somit seit Anfang Januar 2023 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'300.– anzurechnen, in welcher Höhe es im Eheschutzentscheid vom 20. Mai 2022 bestimmt worden und vom Beklagten im obergerichtlichen Berufungsverfahren unangefochten geblieben sei. Sofern das Gericht sich auf den Standpunkt stellen sollte, dass dem Beklagten das hypothetische Einkommen erst nach einer Übergangszeit anzurechnen sei, so seien mittlerweile zehn Monate verstrichen, was ausreichend sei für die Aufnahme einer 100%igen Arbeitstätigkeit. Der Beklagte habe auch keinerlei Suchbemühungen ins Recht gebracht (act. 2 S. 6 f.). Selbst wenn aufgrund seiner derzeitigen Arbeitstätigkeit von einem tieferen Lohn ausgegangen bzw. bei einem Bruttostundenlohn von Fr.

26.10 ein monatliches Nettoeinkommen von ca. Fr. 4'300.– angenommen würde, könnte er den Barunterhalt von C. _____ immer noch decken (act. 2 S. 8).

6. Der Beklagte hält dem in der Berufungsantwort entgegen, die Klägerin habe es im Abänderungsbegehren vor Vorinstanz versäumt, die wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse darzulegen und glaubhaft zu machen, weshalb ihr Abänderungsbegehren zu Recht abgewiesen worden sei. Sie verkenne, dass es ihr obliege, ihre Begehren und Tatsachenbehauptungen ausreichend darzulegen und zu substantiieren. Substantiiert bestritten werden könnten nur substantiierte Vorbringen, an denen es vorliegend fehle. Unabhängig dieser prozessualen Versäumnisse liege kein Abänderungsrund vor. Der Beklagte sei weder in einem Grad arbeitsfähig, welcher eine Abänderung begründe, noch generiere er ein Einkommen, das eine Abänderung erlauben würde. Es fehle an einer wesentlichen und dauerhaften Veränderung der Situation (act. 9 S. 3 f.). Der Beklagte sei seit November 2018 ohne Arbeitsstelle gewesen und sei seit dem 24. September 2021 ausgesteuert. Heute sei er von der Sozialhilfe abhängig. Seit dem Frühjahr 2023 sei er "nur noch 40 % arbeitsunfähig in einer adaptierten Tätigkeit". In der angestammten Tätigkeit als Consultant sei er zu 100% arbeitsunfähig. Er arbeite seit dem 22. Mai 2023 mit einem Pensum von 60% als Allrounder in der D. _____ E. _____, welche Stelle er im Rahmen der Sozialhilfe bekommen habe. Sein Bruttolohn betrage Fr. 26.10 pro Stunde, woraus zwischen Juni und November 2023 ein Durchschnittslohn von Fr. 2'416.25 resultiert habe (act. 9 S. 4-6). Damit könne er seinen Bedarf von Fr. 3'334.– nicht decken. Mangels Leistungsfähigkeit sei es ihm nicht möglich, Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen. Das Pensum könne er nicht aufstocken, zum einen infolge teilweiser Arbeitsunfähigkeit, zum anderen weil ein Mehrpensum seitens des Arbeitgebers nicht möglich sei (act. 9 S. 10 f.). Seit November 2019 befinde er sich in einer psychotherapeutisch-psychiatrischen Behandlung, welche in der Regel einmal wöchentlich stattfinde. Er habe sich seit November 2022 erneut erfolglos auf Stellen beworben. Dies müsse im Rahmen des Beweismasses der Glaubhaftmachung genügen für den Beweis, dass der Stellenmarkt keine Stelle mit einem Einkommen von Fr. 5'300.– netto für den Beklagten biete (act. 9 S. 6).

7.1.1 Die Rüge der Klägerin, die Vorinstanz habe ihr zu Unrecht die Beweislast für die Arbeitsfähigkeit des Beklagten seit Januar 2023 auferlegt, ist begründet. Sie konnte sich in der vorliegenden Konstellation damit begnügen, die nicht mehr bestehende Arbeitsunfähigkeit bzw. die 100%ige Arbeitsfähigkeit des Beklagten zu behaupten. Wie die Klägerin zu Recht vorträgt, obliegt es dem Beklagten, seine anhaltende Arbeitsunfähigkeit im Sinne einer seine (gerichtlich festgestellte) Unterhaltspflicht aufhebende Tatsache zu beweisen. Deshalb wurde ihm im Urteil des Obergerichts auch die Pflicht auferlegt, seine Arbeitsunfähigkeit mit monatlichen ärztlichen Zeugnissen zu belegen und der Klägerin mitzuteilen, sobald er wieder arbeitsfähig sei, damit eine diesbezügliche Veränderung umgehend im pendenten Scheidungsverfahren berücksichtigt werden könne (act. 5/40/83 S. 23 und Dispositiv-Ziff. 2). Dieser Verpflichtung ist er nicht nachgekommen. Er konnte sich vor Vorinstanz (wie auch im Berufungsverfahren) nicht einfach damit begnügen, die klägerische Behauptung seiner nicht mehr bestehenden Arbeitsunfähigkeit bzw. vollständigen Arbeitsfähigkeit zu bestreiten. Die von ihm pauschal, ohne Begründung und ohne Beleg geltend gemachte teilweise Arbeitsunfähigkeit in einer "adaptierten Tätigkeit" – was er nicht weiter erläuterte – bzw. vollständige Arbeitsunfähigkeit (in der angestammten Tätigkeit als Consultant), hätte er ohne Weiteres mit entsprechenden Zeugnissen belegen können und müssen, wie er es auch im obergerichtlichen Verfahren getan hatte und was schliesslich zur Feststellung seiner Leistungsunfähigkeit und folglich zum Unterbruch seiner Unterhaltspflicht gegenüber C._____ ab Oktober 2022 geführt hatte (vgl. act. 5/40/83 S. 22 f.). Dieser gerichtlichen Verpflichtung ist er unbestritten bis heute nicht nachgekommen. Seine Unterlassung, der Klägerin monatlich Arztzeugnisse zukommen zu lassen, führt dazu, dass die Behauptung der Klägerin, er sei wieder voll arbeitsfähig, als glaubhaft bzw. zutreffend unterstellt werden muss. Es ist daher entgegen der Vorinstanz von einer vollständigen Arbeitsfähigkeit des Beklagten und damit von einer dauerhaften Veränderung auszugehen.

Nichts anderes folgt aus dem Umstand, dass dem Beklagten seine grundsätzliche Unterhaltspflicht gegenüber C._____ bekannt und unbestritten ist. Diese entfiel gemäss Entscheidung des Obergerichts vom 10. Februar 2023 nur aufgrund seiner anhaltenden Arbeitsunfähigkeit und der daraus resultierenden Leistungsun-

fähigkeit ab Oktober 2022. Sofern der Beklagte die Durchsetzbarkeit seiner Unterhaltspflicht zufolge anhaltender Arbeitsunfähigkeit bestreitet, hat er dies, wie die Klägerin zu Recht moniert, nachzuweisen. Der entsprechenden obergerichtlichen Verpflichtung ist er wie gesagt bis heute nicht nachgekommen. Auch aus dem Umstand, dass er eigenen Aussagen zufolge einmal pro Woche in psychotherapeutisch-psychiatrischer Behandlung ist, kann nicht auf eine Beeinträchtigung seiner Arbeitsfähigkeit geschlossen werden. Angesichts seiner Unterlassungen sowie des summarischen Charakters des Verfahrens ist auf die offerierte Zeugen- einvernahme seiner Psychologin sowie das Einholen der gerichtlichen Expertise zur Arbeitsunfähigkeit zu verzichten (vgl. act. 9 S. 6, 9 und 10). Es hätte dem Beklagten obliegen, mit der Berufungsantwort aussagekräftige ärztliche Zeugnisse einzureichen.

7.1.2 Der Beklagte machte geltend, er erziele aktuell ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 2'416.25, welches ihm nicht ermögliche, Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen. Dass ein Netto-Einkommen von Fr. 5'300.– möglich und zumutbar ist, weiss der Beklagte seit dem Eheschutzverfahren. Alles was er dagegen im vorliegenden Berufungsverfahren vorbringt, nämlich, dass die Bewerbungsbemühungen in den letzten Jahren gezeigt hätten, dass er im bisherigen Bereich die Bodenhaftung verloren habe und nicht mehr werde Fuss fassen können, dass ganz grundsätzlich seine Position auf dem Arbeitsmarkt aufgrund der Langzeitarbeitslosigkeit, dem vollen Betreibungsregisterauszug und den Vorstrafen sehr schwierig sei und dass der Arbeitsmarkt im bisherigen Bereich schlicht keine Stelle für ihn biete (act. 9 S. 6 f), wurde bereits im Eheschutzverfahren vorgetragen und geprüft. Diese Argumente wurden verworfen und es wurde ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 5'300.– bei einem 100% Pensum für tatsächlich möglich sowie zumutbar erachtet, was auch im obergerichtlichen Berufungsverfahren Bestand hatte (vgl. 5/40/79 S. 24-26 und act. 5/40/83 S. 16 und 20 f.). Dabei hat es sein Bewenden. Der Beklagte verkennt, dass das Abänderungsverfahren nicht der Überprüfung und Verbesserung des ursprünglichen Entscheids dient. Es ermöglicht keine umfassende Neuurteilung der Rechtslage. Es dürfen nur gerade die veränderten Tatsachen und ihre voraussichtliche Weiterentwicklung, nicht aber die gerichtlichen Feststellungen und Wertungen des früheren Pro-

zesses neu beurteilt werden (vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 3. A. 2023, S. 639 Rz 21 m.w.H.). Aufgrund welcher neuer Tatsachen sich die Chancen des Beklagten auf dem Arbeitsmarkt seit dem Eheschutzverfahren verschlechtert haben sollen und das festgesetzte hypothetische Einkommen nicht mehr erzielbar und zumutbar sein soll, vermochte er nicht glaubhaft darzutun. Daran ändern auch die erstmals in der Berufung in tabellarischer Form geltend gemachten erfolglosen Bewerbungsbemühungen per linkedin für die Zeit von März bis September 2023 (vgl. act. 9 S. 7 f.) allein nichts.

7.1.3 Nach dem Gesagten ist von einer dauerhaften und wesentlichen Veränderung der Verhältnisse auszugehen. Die Berufung ist somit in diesem Punkt gutzuheissen.

7.2 Der Beklagte wusste seit der Rechtskraft des obergerichtlichen Entscheids vom 10. Februar 2023, dass die Festsetzung eines hypothetischen Einkommens Bestand hatte und seine grundsätzliche Unterhaltspflicht gegenüber C._____ nur zufolge der ihm (dem Beklagten) ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit und der daraus resultierenden mangelnden Leistungsfähigkeit ab Oktober 2022 aufgehoben wurde. Auch wusste er von der obergerichtlichen Verpflichtung, seine Arbeitsunfähigkeit unaufgefordert monatlich mittels Arbeitsunfähigkeitszeugnissen zu belegen. Er hat somit ab diesem Zeitpunkt damit rechnen müssen, dass bei Missachtung dieser Verpflichtung bzw. fehlendem Nachweis seiner anhaltenden Arbeitsunfähigkeit von seiner vollständigen Arbeitsfähigkeit auszugehen wäre und er für C._____ Kinderunterhalt zahlen müssen. Es ist daher ab dem auf den obergerichtlichen Entscheid folgenden Monat bzw. ab März 2023 von der vollständigen Arbeitsfähigkeit des Beklagten auszugehen (und nicht wie von der Klägerin beantragt bereits ab Januar 2023). Vor dem Hintergrund des Gesagten rechtfertigt sich im vorliegenden Fall eine ausnahmsweise rückwirkende Anrechnung des im Eheschutzverfahren festgesetzten hypothetischen Einkommens von Fr. 5'300.– netto monatlich, welches dem Beklagten unter Berücksichtigung einer angemessenen Übergangsfrist für die Stellensuche von fünf Monaten ab dem Zeitpunkt der Arbeitsfähigkeit und damit ab August 2023 anzurechnen ist. In diesem Umfang ist die Berufung gutzuheissen.

8. Die Klägerin macht im Berufungsverfahren einen auf Fr. 1'050.– reduzierten Unterhalt für C._____ geltend (act. 2 S. 2). Eine wesentliche und dauerhafte Veränderung im Bedarf von C._____ ist nur in Bezug auf die belegten nunmehr geringeren Wohnkosten (im Eheschutzverfahren Fr. 782.–, neu Fr. 515.–) sowie die Fremdbetreuungskosten (KiTa im Eheschutzverfahren Fr. 640.–, neu Hort Fr. 132.– ab August 2023) gegeben (vgl. act. 2 S. 8, act. 3/2 und act. 3/5, act. 5/40/79 S. 29 f.). Der Unterhalt erscheint daher in der beantragten Höhe als angemessen. Die von der Klägerin geltend gemachte voraussichtliche inskünftige Erhöhung der Hortkosten auf ca. Fr. 500.– zufolge Unterhaltszahlungen (act. 2 S. 8) ist unsubstantiiert und bestritten (act. 9 S. 11). Ob und in welchem Umfang es allenfalls zu einer Erhöhung der Hortkosten kommen wird, kann im vorliegenden Verfahren nicht vorweggenommen werden, weshalb von den aktuell geltend gemachten Kosten auszugehen ist. Daraus erhellt, dass der Beklagte selbst unter Berücksichtigung seines in der Berufung geltend gemachten Bedarfs von Fr. 3'340.– (welcher im Ergebnis nur unwesentlich vom im Eheschutzverfahren festgestellten Bedarf von Fr. 3'420.– abweicht, vgl. vorstehend Ziff. III.1.2 und act. 5/40/79 S. 30) den von der Klägerin beantragten Barunterhalt für C._____ in Höhe von Fr. 1'050.– zu leisten vermag. Zu dessen Zahlung ist er – unter Berücksichtigung der ihm gewährten Übergangsfrist – ab August 2023 zu verpflichten. Ab diesem Zeitpunkt besteht kein Manko mehr.

IV.

1.1 Im vorliegenden Berufungsverfahren stellen beide Parteien ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 2 S. 2; act. 9 S. 2). Diese wurde ihnen einschliesslich unentgeltliche Vertretung von der Vorinstanz bewilligt (act. 4 S. 7 f.). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

1.2 Die Klägerin verweist zur Begründung ihres Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die offensichtliche Uneinbringlichkeit eines Prozesskostenbeitrags des Beklagten und auf ihre Mittellosigkeit (act. 2 S. 2 und

8 f.). Der Beklagte beantragt die Verpflichtung der Klägerin zur Leistung eines Prozesskostenbeitrags, wobei aus seiner Begründung hervorgeht, dass er davon ausgeht, dass die Klägerin diesen aufgrund ihrer finanziellen Lage nicht leisten können. Eventualiter beantragt er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 9 S. 2 und 11 ff.).

1.3.1 Die Klägerin macht geltend verschuldet und mittellos zu sein. Sie erziele aktuell kein ihren monatlichen Bedarf von ca. Fr. 5'000.– deckendes Einkommen (act. 2 S. 8). Wenn auch die Klägerin zu ihren finanziellen Verhältnissen nur pauschal auf die vor Vorinstanz eingereichten Unterlagen verweist (vgl. act. 2 S. 8), was grundsätzlich unzureichend ist, ist ihre Bedürftigkeit offensichtlich. Sie hat seit dem obergerichtlichen Urteil vom Februar 2023 allein für den Lebensunterhalt von C._____ aufkommen müssen und verfügte über keinen Überschuss, aus welchem sie dem Beklagten einen Prozesskostenbeitrag hätte finanzieren können. Mit ihrem monatlichen Einkommen von aktuell rund Fr. 4'200.– netto (vgl. act. 3/5), welches im Rahmen des ihr im Eheschutzverfahren angerechneten hypothetischen Einkommens liegt (vgl. Ziff. III.2.1), ist sie sodann offensichtlich nicht in der Lage, neben den Lebenshaltungskosten die eigenen Anwalts- und Prozesskosten des vorliegenden Verfahrens zu decken. Gemäss vorstehenden Erwägungen waren ihre Berufungsbegehren auch nicht aussichtslos. Des Weiteren erscheint die Bestellung einer rechtskundigen Vertretung als sachlich notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Der Klägerin ist somit auch für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihre Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ist vorzubehalten.

1.3.2 Der Beklagte ist mit dem aktuell erzielten Lohn im Teilzeitpensum in Höhe von durchschnittlich rund Fr. 2'400.– (act. 9 S. 12) ausserstande, neben seinen Lebenshaltungskosten noch Anwalts- und Prozesskosten zu tragen. Zudem wird er mit vorliegendem Entscheid zur Zahlung von Kinderunterhalt für C._____ verpflichtet. Vermögen hat er soweit ersichtlich keines. Seine Bedürftigkeit ist daher auch für das Berufungsverfahren zu bejahen. Es kann sodann nicht gesagt werden, dass seine Begehren von Anfang an aussichtslos gewesen wären. Die

Bestellung einer rechtskundigen Vertretung erscheint sodann auch auf Seiten des Beklagten als sachlich notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO), zumal sich auch die Klägerin anwaltlich vertreten lässt. Sein Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist somit gutzuheissen und sein Rechtsvertreter als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Nachzahlungspflichtig gemäss Art. 123 ZPO ist vorzubehalten.

2.1 Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 3 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden.

2.2 Sind in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess lediglich finanzielle Belange zwischen den Ehegatten strittig, so berechnet sich die Entscheidgebühr nach § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Dabei bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt. Auf Basis der strittigen Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'050.– pro Monat ab (wie beantragt) 1. Januar 2023 und ausgehend von einer schätzungsweisen Dauer des Scheidungsverfahrens bis Ende 2025 beträgt der Streitwert Fr. 37'800.– (36 x Fr. 1'050.–). In Anwendung der genannten Bestimmungen ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 2'200.– festzusetzen.

2.3 Die Klägerin obsiegt im Berufungsverfahren im Grundsatz, unterliegt jedoch in Bezug auf den zeitlichen Beginn der Unterhaltspflicht des Beklagten. Es rechtfertigt sich daher, die Kosten zu 1/4 der Klägerin und zu 3/4 dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind zufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO ist vorzubehalten.

2.4 Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit den entschädigungspflichtigen Beklagten nicht von der Bezahlung der Parteientschädigung an die Klägerin (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Ausgangsgemäss hat er der Klägerin eine auf 1/2 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschä-

digung für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 3, § 9 und § 11 Abs. 1 AnwGebV auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Entsprechend hat der Beklagte der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.– (zzgl. 7,7% MwSt [2023]) zu bezahlen. Da die Parteientschädigung voraussichtlich uneinbringlich ist, ist die unentgeltliche Rechtsvertreterin der Klägerin in diesem Umfang sofort aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO), wobei der Anspruch der Klägerin auf Parteientschädigung mit der Zahlung auf den Kanton übergeht.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten um Leistung eines Prozesskostenbeitrags für das Rechtsmittelverfahren wird abgewiesen.
2. Beiden Parteien wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege einschliesslich unentgeltliche Vertretung bewilligt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO wird vorbehalten.
3. Der Klägerin wird Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Dem Beklagten wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin wird Dispositiv-Ziff. 3 der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 2. Oktober 2023 aufgehoben und werden die Dispositiv-Ziffern 1./4 und 1./5 des Urteils des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 10. Februar 2023 (Geschäfts-Nr. LE220033-O) wie folgt abgeändert (Änderungen kursiv):

4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Kind C._____ nachstehende Unterhaltsbeiträge (ausschliesslich Barunterhalt), zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zu bezahlen:
 - (unverändert);
 - (unverändert);
 - (unverändert);
 - *ab August 2023 und für die weitere Dauer des Verfahrens Fr. 1'050.-;*
(Zahlungsmodalitäten unverändert).

Es wird festgestellt, dass der Gesuchsgegner von Oktober 2021 *bis Ende Juli 2023* mangels Leistungsfähigkeit keine Kinderunterhaltsbeiträge bezahlen kann.
5. Es wird festgehalten, dass der gebührende Unterhalt von C._____ nicht gedeckt ist. Es fehlt monatlich ein Betrag von
 - (unverändert);
 - (unverändert);
 - *Fr. 1'790.- ab Oktober 2022 bis Juli 2023.*
2. Im übrigen Umfang wird die Berufung abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'200.- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin zu einem Viertel und dem Beklagten zu drei Viertel auferlegt, jedoch zufolge der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'000.- zzgl. 7,7 MwST zu bezahlen. Diese Entschädigung wird Rechtsanwältin lic. iur. X._____ direkt aus der Gerichtskasse entrichtet. Der Anspruch der Klägerin auf die Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung an den Kanton über.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von act. 9 und act. 10/1-5, sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Einzelgericht (5. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.
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 rund Fr. 37'800.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. die Gerichtsschreiberin:

MLaw I. Bernheim

versandt am: