

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC120004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

## Beschluss und Urteil vom 24. Februar 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung / Abänderung vorsorgliche Massnahmen**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 4. Januar 2012; Proz. FE100140**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Parteien haben am tt. September 2007 in C.\_\_\_\_\_ geheiratet und sind Eltern des am tt.mm. 2007 geborenen Kindes D.\_\_\_\_\_ (act. 4/13/3). Mit gemeinsamen Scheidungsbegehren machten die Parteien das Scheidungsverfahren am 6. Juli 2010 beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon anhängig (act. 4/1). Am 29. September 2010 wurde die Anhörung und Hauptverhandlung durchgeführt. Dabei schlossen die Parteien eine Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens. Ausgehend von einem hypothetischen Einkommen der Beschwerdeführerin in Höhe von Fr. 3'500.-- wurde diese verpflichtet, dem Beschwerdegegner an die Kosten der Erziehung des gemeinsamen Kindes einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 200.-- zu bezahlen (act. 4/11-12).

2. Am 10. August 2011 wurde die Hauptverhandlung fortgesetzt. Anlässlich dieser Verhandlung stellte die Beschwerdeführerin einen sinngemässen Antrag auf Abänderung der vereinbarten vorsorglichen Massnahmen, indem sie verlangte, sie sei von der Verpflichtung zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen zu entbinden (act. 4/26 S. 10). Mit Eingabe vom 21. September 2011 begründete und dokumentierte die Beschwerdeführerin diesen Antrag (act. 4/34-35). Der Beschwerdegegner beantragte die Abweisung dieses Antrages (act. 4/45). Mit Verfügung vom 4. Januar 2012 wies das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon das Begehren der Beschwerdeführerin ab (act. 3 = act. 4/52 = act. 5).

3. Hiegegen erhob die Beschwerdeführerin am 16. Januar 2012 rechtzeitig Berufung, die als Beschwerde entgegenzunehmen ist (vgl. E. II.2 nachfolgend). Sie beantragt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das vorinstanzlich gestellte Begehren um Abänderung der vorsorglichen Massnahme gutzuheissen (act. 2). Gleichzeitig stellte sie ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4). Auf das Einholen einer Beschwerdeantwort wurde verzichtet (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Die Eröffnung des angefochtenen Entscheides erfolgte nach dem 1. Januar 2011 und somit nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich daher nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Kommt die schweizerische ZPO zur Anwendung, so sind auch die neuen kantonalen Ausführungsgesetze, wie das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG) und die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV), anzuwenden. Der angefochtene Entscheid in der Sache selbst ist aber im Lichte der bisher geltenden Rechtsgrundlagen, insbesondere der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH), dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und der aArt. 135-149 ZGB zu prüfen.

2.1 Nach der Praxis der Kammer wird ein unrichtig bezeichnetes Rechtsmittel ohne Weiteres mit dem richtigen Namen bezeichnet und nach den richtigen Regeln behandelt (OGerZH NQ110026 vom 23. Juni 2011). Die Beschwerdeführerin erhob vorliegend Berufung. Gegen einen erstinstanzlichen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen ist jedoch Beschwerde zu erheben, wenn die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.-- nicht erreicht wird (Art. 308 Abs. 2 und Art. 319 lit. a ZPO). Für die Streitwertgrenze massgebend sind die zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren betreffend die umstrittene vorsorgliche Massnahme (ZK ZPO-REETZ/THEILER, Art. 308 N 39 und N 41).

2.2 Die der beantragten Abänderung zugrunde liegende Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 29. September 2010 verpflichtet die Beschwerdeführerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens, dem Beschwerdegegner für die Kosten der Erziehung des gemeinsamen Kindes einen monatlichen Betrag von Fr. 200.-- zu bezahlen (act. 4/11-12). Vor Vorinstanz lag die Entbindung der Beschwerdeführerin von dieser Verpflichtung im Streit (act. 4/26 S. 10).

Der massgebliche Streitwert beträgt unter Berücksichtigung des strittigen Unterhaltsbeitrags in Höhe von Fr. 200.-- pro Monat und einer geschätzten Verfahrensdauer von drei Jahren somit Fr. 7'200.--. Die Streitwertgrenze von Fr. 10'000.-- wird damit nicht erreicht, weshalb das als Berufung bezeichnete Rechtsmittel als Beschwerde zu behandeln ist.

3.1 Einer Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, ist die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Art. 117 ZPO).

3.2 Aus den vorinstanzlichen Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin kein eigenes Einkommen erzielt und gegenwärtig von Verwandten und der Sozialhilfe unterstützt wird (act. 4/27/4). Ein bloss fiktives (hypothetisches) Einkommen ist im Rahmen der Bedürftigkeit nicht zu berücksichtigen (ZK ZPO-EMMEL, Art. 117 N 4). Die Beschwerdeführerin gilt damit ohne Weiteres als mittellos im Sinne von Art. 117 ZPO. Überdies erscheint das Rechtsmittelverfahren nicht von vornherein als aussichtslos, weshalb der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 118 Abs. 1 lit. a-b ZPO zu gewähren und Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen ist.

### III.

1. Gemäss aArt. 137 Abs. 2 ZGB sind für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Auf das Eheschutzverfahren gemäss Art. 172 ff. ZGB finden die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von §§ 204 ff. ZPO/ZH Anwendung (§ 215 lit. b Ziff. 7 ZPO/ZH). Zudem gelten gemäss § 204 ZPO/ZH für das summarische Verfahren die vorstehenden Teile der ZPO/ZH sinngemäss, soweit nichts anderes bestimmt wird. Die Beweismittel sind ferner beschränkt (§ 209 Abs. 1 ZPO/ZH) und die tatsächlichen Verhältnisse sind nicht bis in alle Einzelheiten zu klären; es genügt deren Glaubhaftmachung. Dies bedeutet, dass das Gericht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu sein braucht (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozess-

ordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 148 N 8). Glaubhaftmachung ist jedoch nicht gleichzusetzen mit nachdrücklichem Behaupten. Glaubhaftmachen heisst vielmehr, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der fraglichen Tatsache spricht. Ungenügend sind bloss unbestimmte oder entfernte Möglichkeiten. Die genaue Abklärung des Sachverhalts bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 110 N 5). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. Betreffend vermögensrechtliche Belange der Ehegatten gilt im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen die Dispositionsmaxime; für die Ermittlung des Sachverhalts der Untersuchungsgrundsatz (ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 42).

2. Für die Voraussetzungen der Abänderung von vorsorglichen Massnahmen kann – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 5 S. 3 f.).

3. Die Vorinstanz wies das Gesuch der Beschwerdeführerin im Wesentlichen mit der Begründung ab, die Beschwerdeführerin vermöge nicht glaubhaft zu machen, dass sich die getroffene Annahme, sie könne ein hypothetisches Einkommen von Fr. 3'500.-- erzielen, als falsch erweise. Im Einzelnen erwog sie, es sei nicht ersichtlich, inwiefern das gemeinsame Kind die Chancen der Beschwerdeführerin auf dem Arbeitsmarkt beeinträchtigen solle, zumal es gegenwärtig beim Vater untergebracht sei. Zudem bedeute nicht, dass die Beschwerdeführerin auch bei fehlender abgeschlossener Ausbildung nicht eine niedrig qualifizierte Arbeit finden könne. An dieser Tatsache würden auch die eingereichten Absagen auf Bewerbungen, von denen zahlreiche von vornherein als eher aussichtslos erscheinen würden, nichts ändern. Es erscheine zudem fraglich, warum sich die Beschwerdeführerin nicht auf Stellen in der Pflege, der Kinderbetreuung, im Gastgewerbe, als Reinigungskraft oder als Hilfskraft bei einem Grossverteiler beworben habe (act. 5 S. 4 f.).

4.1 Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, die Vorinstanz verkenne, dass sie weder über eine gute schulische Ausbildung noch über eine Berufsausbildung verfüge. Mit diesem Hintergrund sei es ihr nicht möglich eine Arbeitsstelle

zu finden, mit welcher sie Fr. 3'500.-- erzielen könne. Das sei willkürlich, unrealistisch und utopisch. Es gebe zudem keine beliebige Anzahl solcher Stellen, wie sie die Vorinstanz vorschlage, und bei diesen würde man nicht Fr. 3'500.--, was über dem gesetzlichen Mindestlohn liege, verdienen (act. 2 S. 4 f.). Absurd sei auch, dass die Vorinstanz ihr einen Beruf in der Kinderbetreuung vorschlage, während sie der Beschwerdeführerin vorwerfe, sie sei nicht im Stande ihr eigenes Kind zu betreuen (act. 2 S. 5). Weiter rügt die Beschwerdeführerin zusammengefasst, die Vorinstanz habe sich nicht mit den eingereichten Stellenbewerbungen, der Leistungsfähigkeit sowie der Lebenssituation der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt und es unterlassen, die von ihr als Zeugin offerierte Sozialarbeiterin des Sozialamtes F. \_\_\_\_\_ zu befragen (act. 2 S. 5 f.). Die Beschwerdeführerin verfüge über einen Arbeitswillen, was sie während des absolvierten Programms des Arbeitslosenamtes gezeigt habe. Sie habe sich auch im Baunebengewerbe beworben, wo die Aussicht auf eine Stelle am grössten sei (act. 2 S. 5 f.). Ferner sei der Umstand des Kindes zu berücksichtigen. Indem die Vorinstanz das nicht getan habe, sei sie bereits davon ausgegangen, dass das Kind beim Beschwerdegegner verbleiben werde (act. 2 S. 6).

4.2 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin hat sich die Vorinstanz in Erwägung II.4.2 des angefochtenen Entscheides mit den von der Beschwerdeführerin eingereichten Stellenbewerbungen auseinandergesetzt (act. 5 S. 4 f.). Auffällig ist, dass sich die Bewerbungen überwiegend auf eine Lehrstelle und nicht auf eine volle Stelle beziehen (act. 4/35/4/3, 4, 6-8, 10-11, 14, 16, 18, 20, 23-24, 26-35). Darüber hinaus waren die avisierten Vollstellen solche als Kleidungs- und Sportartikelverkäuferin (act. 4/35/4/1-2, 4-5, 15, 19), Malerin (act. 4/35/4/9, 12-13, 17), Bodenlegerin (act. 4/35/4/21-22, 25) und Carrossierin (act. 4/35/4/36), welche Erfahrung, wenn nicht gar eine berufliche Ausbildung, voraussetzen. Über eine entsprechende Ausbildung oder Erfahrung verfügt die Beschwerdeführerin in diesen Bereichen bekanntermassen nicht, zumal auch ihre Tätigkeit als Allrounderin in der Holzwerkstatt und der Naturschutzpflege lediglich im Rahmen des Beschäftigungsprogramms des E. \_\_\_\_\_ stattgefunden hat (vgl. act. 4/35/5). Dementsprechend nicht nachvollziehbar und im Übrigen von der Beschwerdeführerin auch nicht weiter begründet ist ihre Behauptung, die Aussicht

auf eine Stelle sei im Baunebengewerbe am grössten, weshalb eine Auseinandersetzung mit diesem Argument unterbleiben kann. Die Absagen waren voraussehbar und die Bewerbungen sind nicht als realistisch zu qualifizieren. Die Vorinstanz hält in der Folge zutreffend fest, dass die eingereichten Unterlagen sich von vornherein nicht eignen, glaubhaft zu machen, es sei der Beschwerdeführerin nicht möglich eine Arbeitsstelle zu finden; weitergehende Ausführungen sind nicht notwendig.

4.3 Dem Lebenslauf der Beschwerdeführerin ist zu entnehmen, dass sie sich nach der obligatorischen Schulzeit im sozialen Bereich weitergebildet (Sozialjahr Schulung & Beratung) sowie Pflegepraktika, diverse Familienpraktika und ein Praktikum als Kleinkinderzieherin absolviert hat (act. 4/35/3). Dementsprechend verfügt die Beschwerdeführerin zumindest in diesen Bereichen bereits über gewisse Erfahrungen, die ihr den Einstieg in die entsprechende Arbeitswelt erleichtern dürften. Zudem ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass es auf dem Markt auch Stellen gibt, die keine Ausbildung oder spezifische Erfahrung voraussetzen, wie beispielsweise Tätigkeiten in bestimmten Bereichen des Gastgewerbes, als Reinigungskraft oder als Hilfskraft bei einem Grossverteiler. Dass dem nicht so ist, hat die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht.

4.4 Insgesamt erscheint es fraglich, warum sich die Beschwerdeführerin nicht für eine Stelle im sozialen Bereich oder für andere Stellen, welche keine Erfahrungen voraussetzen, beworben hat. Mit den Worten der Beschwerdeführerin könnte auch gefragt werden, ob sie sich deshalb nicht im Bereich der Kleinkinderziehung beworben hat, weil sie sich das selber nicht zutraut. Auch wenn sich das Arbeitszeugnis für die Teilnahme der Beschwerdeführerin am Beschäftigungsprogramm des E. \_\_\_\_\_ in Bezug auf ihre Motivation zwar positiv äussert (act. 4/35/5), lässt sich ein konkreter Arbeitswille und damit die fehlende Möglichkeit eine Arbeitsstelle zu finden aus den unqualifizierten Bewerbungen gerade nicht erkennen – im Gegenteil. Daran vermöchten auch die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Aussagen der Sozialarbeiterin nichts ändern. Dementsprechend kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, die Beschwerdeführerin

habe eine Änderung der Verhältnisse bzw. eine falsche Annahme in Bezug auf die Arbeitsmöglichkeit nicht glaubhaft gemacht.

4.5 Inwiefern die tatsächliche Leistungs- und Lebenssituation damit nicht berücksichtigt wird, ist nicht ersichtlich. Dass bei der Beschwerdeführerin psychische Probleme vorhanden sind, die ihr das Arbeiten verunmöglichen würden, wird darüber hinaus nur behauptet und in keiner Weise substantiiert. Im Weiteren irrt die Beschwerdeführerin, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, mit der Nichtberücksichtigung des Kindes präjudiziere die Vorinstanz den Entscheid über die Obhut zuteilung. Tatsache ist, dass sich das Kind gegenwärtig in der Obhut des Beschwerdeführers befindet und die Beschwerdeführerin keine Betreuungspflichten treffen, die es ihr verunmöglichen oder erschweren würden, vollzeit oder generell flexibel arbeitstätig zu sein. Das Kind schränkt ihre momentanen Arbeitsmöglichkeiten nicht ein, weshalb es bei der vorliegenden Beurteilung nicht zu berücksichtigen ist. Wenn sich das bei einer anderen Zuteilung der Obhut über das Kind ändern würde, namentlich wenn die Obhut der Beschwerdeführerin zugesprochen werden sollte, so wäre dies in einem allenfalls dann neu einzuleitenden Abänderungsverfahren zu beurteilen.

4.6 Vor dem Hintergrund fehlender geeigneter Bewerbungsbemühungen kann schliesslich auch die Frage unbeantwortet bleiben, ob mit einer Stelle, wie sie die Vorinstanz als Möglichkeit aufzählt, überhaupt Fr. 3'500.-- netto erzielt werden können. Es könnte das dann eine Rolle spielen, wenn die Beschwerdeführerin ihre Arbeitsmöglichkeiten konkret ausschöpfte und dennoch den festgesetzten Betrag nicht erreichte. Es ist aber bereits darauf hinzuweisen, dass die Kammer in der bisherigen Praxis grosse Anstrengungen unterhaltspflichtiger Eltern verlangt. Bisher traf es immer die Väter, aber es gilt nicht weniger auch für eine Mutter wie die Beschwerdeführerin.

5. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

#### IV.

1. Ausgangsgemäss sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einem Streitwert in Höhe von Fr. 7'200.-- ist die Entscheidgebühr in Anwendung von §§ 4 Abs. 1, 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 800.-- festzusetzen und zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen.

2. Mangels entstandener Umtriebe ist dem Beschwerdegegner keine Parteientschädigung zuzusprechen. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin wird für das Beschwerdeverfahren nach Vorlage seiner Honorarnote mit separatem Beschluss zu entschädigen sein.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Der Beschwerdeführerin wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil.

#### **Sodann wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5. Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, wird nach Vorlage seiner Honorarnote mit separatem Beschluss entschädigt werden.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Fr. 7'200.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: