

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC230047-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Ersatzrichterin lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiberin MLaw T. Rumpel

Urteil vom 8. April 2024

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils (unentgeltliche Rechtspflege)**

Beschwerde gegen Verfügungen des Einzelgerichtes (8. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 17. Oktober 2023; Proz. FP230106

Erwägungen:

1.

1.1. Die Ehe der Parteien wurde mit Urteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Dezember 2022 – in Genehmigung der Scheidungskonvention vom 16. September 2022 – rechtskräftig geschieden (act. 5/5/211).

1.2. Am 12. September 2023 machte der Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger) am Einzelgericht des Bezirksgerichts Zürich, 8. Abteilung (fortan Vorinstanz), eine Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils anhängig (act. 5/1). Hinsichtlich der Obhuts- und Betreuungsregelung für das gemeinsame Kind C._____, geb. am tt.mm.2011, ersuchte er um vorsorgliche Abänderung (act. 5/1 Rechtsbegehren Ziff. 4). Ebenso beantragte er die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einschliesslich -verbeiständung (act. 5/1 Rechtsbegehren Ziff. 3). Mit Verfügung vom 17. Oktober 2023 wies die Vorinstanz unter anderem das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und setzte ihm Frist zur Bezahlung eines Kostenvorschusses an (act. 3/1 = act. 4 [Aktenexemplar] = act. 5/6).

1.3. Gegen die Abweisung seines Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege reichte der Kläger am 2. November 2023 (Datum Poststempel) eine Beschwerde mit den folgenden Anträgen ein (act. 2 S. 2):

"1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 17. Oktober 2023 im Verfahren FP230106 betreffend unentgeltliche Rechtspflege/Kostenvorschuss sei aufzuheben, und es sei dem Beschwerdeführer für das Abänderungsverfahren des Scheidungsurteils die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten des Kantons Zürich."

1.4. Die vorinstanzlichen Akten (act. 5/1-7), einschliesslich Beizugsakten des Scheidungsverfahrens (act. 5/5/1-236), wurden beigezogen. Auf weitere prozessleitende Schritte ist zu verzichten, da sich die Sache als spruchreif erweist und die

Beklagte und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte) durch den angefochtenen Entscheid nicht beschwert ist (BGE 139 III 334 E. 4.2). Zur Kenntnisnahme sind ihr mit dem vorliegenden Entscheid die Doppel von act. 2 und act. 3/1-2 zuzustellen.

2.

2.1. Gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 17. Oktober 2023, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen und eine Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt wurde, steht das Rechtsmittel der Beschwerde zur Verfügung (Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO i.V. m. Art. 121 ZPO und Art. 103 ZPO). Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach Art. 319 ff. ZPO. Gerügt werden kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2.2. Der Kläger reichte die Beschwerde rechtzeitig, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als zuständige Rechtsmittelinstanz ein (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO; act. 2; vgl. act. 5/7/1 zur Rechtzeitigkeit). Es ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie mittellos ist und ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos erscheint. Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, umfasst die unentgeltliche Rechtspflege auch die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Art. 117 ZPO; Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). In Übereinstimmung mit der Vorinstanz gelten Rechtsbegehren als aussichtslos, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und daher kaum als ernsthaft zu bezeichnen sind. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder die Gewinnaussichten nur wenig geringer sind als die Verlustgefahren. Ob genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt

sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (BGE 142 III 138 E. 5.1). Bei familienrechtlichen Prozessen ist die Kammer zurückhaltend mit der Bejahung der Aussichtslosigkeit, insbesondere wenn es um die elterliche Sorge, Obhut oder Betreuung geht (OGer ZH PC160049 vom 17. Januar 2017 E. 7; PQ220056 vom 27. September 2022 E. V./2.2). Können die Prozesschancen nicht ohne umfangreiche rechtliche Abklärungen beurteilt werden, so spricht dies – schon wegen des anwendbaren summarischen Verfahrens (Art. 119 Abs. 3) – gegen die Aussichtslosigkeit. Dass keine gefestigte Bundesgerichtspraxis besteht oder dass diese von der Lehre gewichtig kritisiert wird, spricht ebenfalls gegen die Aussichtslosigkeit (KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 3. Aufl. 2021, Art. 117 N 34a).

Im Abänderungsverfahren bezüglich der Obhutsregelung ist vorausgesetzt, dass erhebliche neue Umstände vorliegen und die Abänderung aus Gründen des Kindeswohls geboten ist (BGer 5A_1023/2017 vom 15. August 2018 E. 4.1). Beim Kindesunterhalt verlangt das Gesetz für eine Abänderung eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse (Art. 286 Abs. 2 ZGB).

3.2. Die Vorinstanz wies das Gesuch des Klägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege mit der Begründung ab, dass die Abänderungsklage als aussichtslos bezeichnet werden müsse. Sie erwog im Wesentlichen, dass mit Bezug auf den Antrag auf Anordnung der alternierenden Obhut mit hälftiger Betreuung in Abänderung des Scheidungsurteils nicht ersichtlich sei, dass eine Abänderung aus Gründen des Kindeswohls geboten sei. Eine Erweiterung des Besuchsrechts zu einer (vom Kläger beantragten) hälftigen Betreuung könne nicht mit dem Kindeswohl vereinbar sein, wenn bereits die Erweiterung des Besuchsrechts auf den Mittwochnachmittag mit Übernachtung zu den vom Kläger geschilderten Problemen geführt haben solle. Zum Abänderungsbegehren betreffend den Kindesunterhalt erwog die Vorinstanz, dass Formulare für das RAV den Beweis für ausreichende Suchbemühungen nicht erbringen würden, zumal die Ergebnisse der Bewerbungen sich nicht ersehen liessen und auch nicht dargetan worden seien. Ebenso dürfte eine Abänderung nach derzeitigem Aktenstand dem *caput controversum* entgegenstehen. Denn dem Kläger sei bereits im obergerichtlich bestätig-

ten Eheschutzurteil im Jahr 2018 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'700.– unter Prüfung der persönlichen Arbeitsbemühungen angerechnet worden. Daraufhin habe er auch im Rahmen des Scheidungsverfahrens, als er Sozialhilfe bezogen und geltend gemacht habe, sich um eine Arbeitsstelle zu bemühen, der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in der Höhe von Fr. 5'700.– in der Scheidungsvereinbarung zugestimmt (act. 4 E. 2.2.3).

3.3. Der Kläger bringt in seiner Beschwerde zur Aussichtslosigkeit des Antrags auf Abänderung der Obhuts- und Betreuungsregelung vor, er habe – entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen – nicht geltend gemacht, dass die Ausdehnung der Betreuung zu Problemen geführt habe, sondern dass die Mittwochsbetreuung nicht eingehalten worden sei. Die Installierung der Mittwochsbetreuung sei erfolgt, um den Kontakt des Kindes zum Kläger auszudehnen und damit Unterstützung in der Schule erhalten könne. Infolge Unterbindung der väterlichen Mittwochsbetreuung durch die Beklagte erhalte C._____ die nötige Unterstützung in der Schule nicht, was zu schulischen Problemen und einer Verschlechterung des Sozialverhaltens geführt habe. Entsprechend mache er geltend, dass sein Ausschluss von der Betreuung zu massiven Problemen geführt habe, welche behoben werden könnten, wenn er (der Kläger) C._____ mehr betreuen würde. Es sei naheliegend, mehr Betreuung zu fordern, wenn die erwähnten Probleme eingetreten seien, weil die Beklagte die Betreuung durch ihn verhindere. Ein Eingreifen zum Wohl von C._____ sei unbedingt notwendig und der Antrag auf Ausdehnung der väterlichen Betreuung nicht aussichtslos (act. 2 Rz. 5 ff.).

Im Weiteren ist der Kläger betreffend die Aussichtslosigkeit des Antrags auf Abänderung der Unterhaltspflicht einerseits der Ansicht, dass im Urteil als Basis der Unterhaltsberechnung ein Einkommen von Fr. 5'700.– mit der Bemerkung "hypothetisch" festgesetzt worden sei. Dies bedeute, dass er so viel verdienen würde, wenn er sich genügend anstrenge. Folglich stehe das Einkommen fest, von dem ausgegangen werde. Zudem wäre es auch nicht aussichtslos, die Rechtsprechung des Bundesgerichts über das Caput controversum generell in Frage zu stellen. Auch wenn die Vergleichsbasis vergleichsweise festgesetzt werde, habe man eine Vergleichsbasis, die als Referenzgrösse für die Abänderung diene. Es

mangle nicht an einer Referenzgrösse. Da das Bundesgericht auch davon ausgehe, dass auf Zahlen, welche im ursprünglichen Urteil festgehalten würden, im Abänderungsverfahren als Referenz abzustellen sei, wenn diese nicht stimmen würden, sei sein Standpunkt aufgrund der widersprüchlichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht aussichtslos (act. 2 Rz. 21 f.). Andererseits führt er an, dass es nicht aussichtslos sei, wenn er sich nun – anders als in früheren Verfahren – auf den Standpunkt stelle, seit der Scheidung den Beweis erbracht zu haben, dass es ihm nicht möglich sei, eine Anstellung zu finden. Es sei ihm im Abänderungsverfahren gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (mit Verweis auf BGer 5A_337/2022 vom 8. November 2022 E. 3.2) der Nachweis zu erlauben, dass er den ihm zugemuteten Verdienst trotz aller Anstrengungen nicht zu erreichen vermocht habe, womit das Verfahren nicht aussichtslos erscheine (act. 2 Rz. 27 f.). Es liege in der Natur der Sache, dass die Antworten auf die Bewerbungen erst nach Abschluss der Kontrollphase eingingen, weshalb der arbeitslosen Person nichts anderes übrig bleibe, als die Bewerbung im Formular als noch offen zu bezeichnen. Die Bewerbungen und Ergebnisse würden vom RAV überprüft, womit eine staatliche Kontrolle der Arbeitsbemühungen bestehe. Da der Kläger in der Klageschrift ausgeführt habe, keine Anstellung gefunden zu haben, sei das Ergebnis der Suchbemühungen bekannt. Seine diesbezüglichen Vorbringen seien in diesem Stadium des Verfahrens insbesondere unter Geltung der Untersuchungsmaxime ausreichend. Ihm stehe die Möglichkeit offen, seine Bewerbungsunterlagen und die Antworten potentieller Arbeitgeber einzureichen, wenn das Gericht dies für nötig erachte. Die eingereichten Unterlagen liessen es zumindest als möglich erscheinen, dass er trotz aller möglichen Suchbemühungen – auch unter Mehrleistungen (17 Bewerbungen pro Monat) – keine Anstellung habe finden können, weshalb die Sache nicht als aussichtslos bezeichnet werden könne (act. 2 Rz. 23 ff.).

3.4. Zur Aussichtslosigkeit des Abänderungsbegehrens der Obhuts- und Betreuungsregelung ist festzuhalten, dass die Vorinstanz gestützt auf die in der Klage geschilderten Umstände erwog, dass die Vorbringen des Klägers keine für das Kindeswohl gebotene Neuregelung der Obhuts- und Betreuungsregelung zu begründen vermögen, die verlangte Abänderung also jedenfalls nicht (wie erfor-

derlich) aus Gründen des Kindeswohls geboten wäre (act. 4 E. 2.2.3.1). Der Kläger bringt in seiner Beschwerde zwar vor, dass es aus Sicht des Kindeswohls geboten sei, die von ihm genannten Probleme zu beseitigen (act. 2 Rz. 17), jedoch ohne sich inhaltlich mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz hinreichend auseinanderzusetzen. Vielmehr wiederholt er weitgehend seine bereits vor Vorinstanz gemachten Vorbringen. Mit Blick auf die Ausführungen des Klägers in seiner Klage ist nicht ersichtlich, inwiefern das Kindeswohl die vom Kläger verlangte Anordnung der alternierenden Obhut mit hälftiger Betreuung anstelle der geltenden Regelung (Betreuung durch den Kläger jedes zweite Wochenende sowie jeweils Mittwoch nach Schulschluss bis Donnerstagmorgen Schulbeginn bzw. 09:00 Uhr an schulfreien Tagen) und folglich eine derart ausgedehntere Betreuung durch den Kläger gebieten würde. Zumindest aus heutiger Sicht und auf Grundlage der Klage erscheint der konkret zu überprüfende Antrag des Klägers auf Anordnung der alternierenden Obhut mit hälftiger Betreuung – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – als aussichtslos. Entgegen den Ausführungen des Klägers unerheblich ist daher, ob die grundsätzliche Ausdehnung der väterlichen Betreuung (nicht) aussichtslos wäre.

Beim Abänderungsbegehren zum Kindesunterhalt geht die Vorinstanz in erster Linie davon aus, dass die eingereichten Formulare für das RAV den Beweis für ausreichende Suchbemühungen nicht erbringen würden, zumal die Ergebnisse der Bewerbungen sich nicht ersehen liessen und auch nicht dargetan worden seien (act. 4 E. 2.2.3). Der Kläger hält wie gesehen dagegen, dass ihm der Nachweis des nicht zu erreichenden Verdienstes zu erlauben sei, wobei aus den eingereichten – und im jetzigen Verfahrensstadium genügenden – Unterlagen hervor gehe, dass er trotz aller Anstrengungen und unter Mehrleistungen keine Anstellung habe finden können. Die Argumentation des Klägers verfängt nicht. Mit Blick auf die Formulare für das RAV wird ersichtlich (vgl. act. 3/6), dass es sich bei nicht wenigen Bewerbungen um aussichtslose Bewerbungen handelt (vgl. insbes. Bewerbungen für Führungspositionen oder bei den Medien), die möglicherweise für das RAV ausreichen, jedoch nicht helfen bei der Darlegung genügender Suchbemühungen in zivilrechtlichem Sinne. Hinzu kommt, dass das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zum jetzigen Zeitpunkt bzw. vor Fortführung des Ab-

änderungsverfahrens zu behandeln ist und daher allfällige Noven, die vom Kläger auch erwähnt werden, nicht massgebend sind für die Beurteilung der (fehlenden) Aussichtslosigkeit. Zusammenfassend fehlt es aufgrund des Gesagten beim Abänderungsbegehren betreffend den Kindesunterhalt an der Darlegung genügender Suchbemühungen, weshalb die Vorinstanz dieses zu Recht abgelehnt hat. Es ist im Weiteren darauf hinzuweisen, dass der Kläger seine Abänderungsklage vom 12. September 2023 bereits sehr kurze Zeit nach Abschluss des Scheidungsverfahrens mit Scheidungsurteil vom 7. Dezember 2022 stellte, womit sich die Frage stellt, ob – insbesondere bei Geltendmachung der Unmöglichkeit eine Anstellung zu finden – bereits veränderte Verhältnisse vorliegen können.

Zu den Erwägungen der Vorinstanz, wonach einer Abänderung gemäss derzeitigem Aktenstand das *caput controversum* entgegenstehen dürfte, bleibt Folgendes festzuhalten: Aus der genehmigten Scheidungsvereinbarung, wo von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen wurde, kann nicht *per se* gefolgert werden, dass die Parteien mit dieser dem Streit ein Ende setzen wollten und daher in jedem Fall ein *caput controversum* vorliegt. Dies gilt in der vorliegenden Konstellation umso mehr, als sich der Kläger im Eheschutzverfahren gegen das festgesetzte hypothetische Einkommen wehrte, wobei das Obergericht in der Folge die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in der Höhe von Fr. 5'700.– bestätigte (vgl. Beschluss und Urteil OGer ZH LE180028 vom 20. Dezember 2018 E. III.G.1). Einerseits stimmte der Kläger der Vereinbarung im Scheidungsverfahren möglicherweise im Wissen darum zu, dass es bei einem gerichtlichen Entscheid wiederum gleich herauskommen dürfte. Andererseits ist nicht ausser Acht zu lassen, dass es sich oftmals um gerichtliche Vorschläge handelt und die Parteien unter Geltung der Untersuchungs- und Officialmaxime in Kinderbelangen bei Vereinbarungen nicht frei sind. Im Ergebnis kann vorliegend aufgrund des bereits Gesagten offen bleiben, ob es sich um ein *caput controversum* handelt oder nicht.

3.5. Zusammenfassend kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass sich die Anträge des Klägers als aussichtslos erweisen, was zur Abweisung des Ge-

suchs um unentgeltliche Rechtspflege führen musste und die Beschwerdeabweisung zur Folge hat.

3.6. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die klägerischen Vorbringen auch zur Bejahung der Mittellosigkeit nicht ausgereicht hätten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelten Sozialhilfebezüger nicht per se als mittellos, sondern nur, wenn die eingereichten Unterlagen umfassende Aufschlüsse über die finanziellen Verhältnisse der gesuchstellenden Person geben (BGE 149 III 67 E. 11.4.1). Die vom Kläger vor Vorinstanz eingereichte Bestätigung über den Bezug von Sozialhilfeleistungen allein (vgl. act. 5/3/7) genügt folglich nicht, wobei überdies die Bestätigung vom April 2023 datiert und bei Gesuchseinreichung im September 2023 nicht mehr aktuell war.

4.

4.1. Im Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind gemäss Art. 119 Abs. 6 ZPO im Grundsatz keine Gerichtskosten zu erheben. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist diese Bestimmung auf das kantonale Beschwerdeverfahren jedoch nicht anwendbar (BGE 137 III 470 E. 6.5), weshalb für das vorliegende Verfahren Kosten zu erheben sind. Ausgangsgemäss wird der Kläger für das vorliegende Verfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.2. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2, § 2 lit. a, c und d sowie § 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 300.– festzusetzen. Unter den gegebenen Umständen sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen; dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil ihr keine zu entschädigenden Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.– festgesetzt.
3. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage von Doppeln der Beschwerdeschrift samt Beilagenverzeichnis und Beilagen (act. 2 und 3/1-2), sowie unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

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 T. Rumpel

versandt am: