

# ZH\_OBERGERICHT LE160034 vom 23. September 2016

ZH Obergericht, 2016-09-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE160034](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE160034)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE160034 du 23 septembre 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LE160034 del 23 settembre 2016

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Januar 2012 in Brasilien und die Gesuchs- gegnerin und Berufungsbeklagte (nachfolgend Gesuchsgegnerin) zog in der Fol- ge zum Gesuchsteller und Berufungskläger (nachfolgend Gesuchsteller) in die Schweiz. Anfang 2014 zog die Gesuchsgegnerin ihren vorehelichen Sohn C. \_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2004, in die Schweiz nach. Mit Eingabe vom 12. Ja- nuar 2015 machte die Gesuchsgegnerin bei der Vorinstanz ein Eheschutzgesuch anhängig (Urk. 4/1). Anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 3. Februar 2015 konnte eine Teilvereinbarung über die Trennungsfolgen geschlossen werden (Urk. 4/16). Strittig blieben der Unterhalt und die Anordnung eines Kontakt- und Rayonverbotes. Mit Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 6. Februar 2015 wurde das Getrenntleben geregelt und die Teilvereinbarung der Parteien vom 3. Februar 2015 vorgemerkt. Dabei wurde der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegne- rin an ihren Unterhalt monatlich Fr. 1'640.– zu bezahlen (Urk. 4/33, Dispositivziffer

### E. 5

des Urteils). Gegen diesen Entscheid erhob der Gesuchsteller Berufung und beantragte die teilweise Aufhebung von Dispositivziffer 5 (Urk. 4/36 E. I/3). Mit Ur- teil vom 23. Oktober 2015 hiess die Kammer die Berufung teilweise gut und ver- pflichtete den Gesuchsteller zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen ab Juni 2015 bis 31. Januar 2016 von monatlich Fr. 1'640.– und hernach und für die Dauer des Getrenntlebens von Fr. 1'040.– (Urk. 4/36, Dispositivziffer 1 des Urteils). 2. Mit Eingabe vom 3. Februar 2016 begehrte der Gesuchsteller die Abände- rung des obergerichtlichen Entscheids vom 23. Oktober 2015 und verlangte die Aufhebung seiner Verpflichtung zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen (Urk. 1 S. 1). Das vorinstanzliche Verfahren wurde in der Folge auf entsprechenden An- - 6 - trag des Gesuchstellers schriftlich durchgeführt (vgl. Urk. 15 E. 2.3). Der Prozess- verlauf vor Vorinstanz kann deren Urteil entnommen werden (Urk. 15 E. 1). Mit Urteil vom 26. Mai 2016 wies die Vorinstanz das Gesuch des Gesuchstellers um Abänderung des Eheschutzurteils der Kammer vom 23. Oktober 2015 ab. Aus- gangsgemäss auferlegte sie ihm die Gerichtskosten und verpflichtete ihn, die Ge- suchsgegnerin für das vorinstanzliche Verfahren zu entschädigen (Urk. 15, Dis- positivziffern 1, 3 und 4 des Urteils). Mit Verfügung gleichen Datums bewilligte sie das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechts- pflege und wies jenes des Gesuchstellers ab (Urk. 15, Dispositivziffern 1 und 2 der Verfügung). 3. Der Gesuchsteller erhob mit Eingabe vom 8. Juni 2016 innert Frist Berufung gegen das Urteil sowie Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz und stellte die einleitend wiedergegebenen Anträge. Zusätzlich ersuchte er in pro- zessualer Hinsicht sowohl für das Berufungs- als auch für das Beschwerdeverfah- ren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 14 S. 1 f. und Urk. 27/14 S. 2). Die Berufungsantwort der Gesuchsgegnerin datiert vom 1. Juli 2016 (Urk. 19). Am 15. Juli

2016 reichte der Gesuchsteller eine Stellungnahme zur Berufungsantwort (Urk. 24) ein, welche der Gesuchsgegnerin zugestellt wurde (Urk. 26). II. 1. Für die Beschwerde des Gesuchstellers gegen die Verfügung vom 26. Mai 2016 wurde ein separates Beschwerdeverfahren angelegt (RE160007). Da sowohl die Berufung als auch die Beschwerde die gleiche Sache betreffen, sind die beiden Verfahren nunmehr in Anwendung von Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen, das Beschwerdeverfahren als dadurch erledigt abzuschreiben und unter dem vorliegenden Geschäft weiterzuführen. Die Akten des Beschwerdeverfahrens sind als Urkunde 27 zu den Akten des Berufungsverfahrens zu nehmen. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz wird verzichtet (Art. 324 ZPO).

- 7 - 2.1 Neue Tatsachen können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Der im vorliegenden Verfahren geltende Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 272 ZPO) ändert daran nichts (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 138 III 788 E. 4.2). 2.2 Gemäss Art. 326 ZPO ist das Vorbringen von neuen Anträgen, Tatsachenbehauptungen oder Beweismitteln im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen. III. 1. Der Gesuchsteller beantragte vor Vorinstanz die Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Gesuchsgegnerin. Er begründete sein Abänderungsbegehren mit seinem weggefallenen Einkommen. Seine in Portugal wohnhafte Mutter sei pflegebedürftig. Sie könne weder gehen noch selber essen oder duschen. Da der Nachbar, welcher die Mutter bisher versorgt habe, die Pflege der Mutter nicht weiterführen könne und er der Einzige sei, der diese Aufgabe übernehmen könne, habe er sich entschlossen, seine Arbeitsstelle in der Schweiz sowie seine Wohnung aufzugeben und in seine Heimat zurückzukehren, um seine Mutter zu pflegen. Aufgrund seines Wegzuges habe er sein Einkommen im Umfang von Fr. 4'879.– verloren. Er werde in Portugal versuchen, eine Teilzeitstelle zu finden, die er mit der Aufgabe, seine Mutter zu pflegen, vereinbaren könne. Aufgrund des tiefen Lohnniveaus werde er, sollte es ihm gelingen eine Teilzeitstelle zu finden, nicht mehr als ca. Fr. 300.– pro Monat verdienen. Es würden veränderte Verhältnisse vorliegen, welche dauernd seien, da er die Pflege der Mutter für mindestens ein Jahr übernommen habe (Urk. 1 S. 2 f.: vgl. auch Urk. 15 E. 3.1 und 3.3). 2. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen Eheschutzmassnahmen abgeändert werden können (Urk. 15 E. 3.4 f.). Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden. Eine Abänderung ist ausgeschlossen,

- 8 - wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt wurde (BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2009, E. 3 mit Hinweisen, publ. in FamPra.ch 2007 S. 373). Das Verhalten muss nicht zwingend widerrechtlich sein, auch ein bloss eigenmächtiges Handeln kann eine Abänderung ausschliessen. Ist die Einkommensverminderung beispielsweise auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung eines Ehegatten zurückzuführen, so ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich; der Ehegatte soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheids selber tragen und nicht auf den anderen abwälzen können (BGer 5C.163/2001 vom 18. Oktober 2001, E. 2.c mit weiteren Hinweisen; 5A\_9/2009 vom 4. Februar 2009, E. 3; BGE 121 III 297 E. 3.b; OGer ZH LY130006 vom 10.07.2013, E. 5.d). 3.1 Mit Urteil der Kammer vom 23. Oktober 2015 wurde die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers ab 1. Juni 2015 auf monatlich Fr. 1'640.– und ab 1. Februar 2016 auf Fr. 1'040.– festgesetzt. Ausgegangen wurde dabei von einem Einkommen des Gesuchstellers

von Fr. 4'879.– (Urk. 36 E. II/3.c sowie Dispositivziffer 1 des Urteils). Der Gesuchsteller hat sein Arbeitsverhältnis gekündigt und damit dieses Einkommen aufgegeben, um nach Portugal zu gehen. Wird ein bestehendes Einkommen durch eigenmächtiges Verhalten reduziert, kann diese Reduktion nicht berücksichtigt werden. Ein eigenmächtiges Verhalten liegt dann vor, wenn keine sachlichen Gründe für die Reduktion bestehen. Damit ist in der Folge zu prüfen, ob der Gesuchsteller sachliche Gründe für die Kündigung und den Wegzug nach Portugal glaubhaft machen konnte. Nachdem nämlich feststeht, dass der Gesuchsteller sein Erwerbseinkommen selber reduziert hat, kann der von ihm vor Vorinstanz noch vertretenen Ansicht, wonach er lediglich die veränderten Verhältnisse glaubhaft zu machen habe und nicht etwa die Notwendigkeit seiner Rückkehr nach Portugal (Urk. 11 S. 3), nicht gefolgt werden. Vielmehr lag es, nachdem die Gesuchsgegnerin geltend machte, der Gesuchsteller habe sein Einkommen absichtlich vermindert (Urk. 7 S. 6), am Gesuchsteller, sachliche Gründe für seinen diesbezüglichen Entschluss darzulegen.

- 9 - 3.2 Als Grund für seinen Wegzug nach Portugal brachte der Gesuchsteller vor Vorinstanz vor, als Einziger die Pflege seiner Mutter übernehmen zu können (Urk. 1 S. 2). Er wolle für seine Mutter da sein (Urk. 11 S. 3). Diese Begründung erachtete die Vorinstanz als unglaubhaft. Sie ging davon aus, dass der Gesuchsteller seine Leistungsfähigkeit einseitig und ohne Not reduziert habe. Es handle sich um eine selbstverschuldete Arbeitslosigkeit, welche darauf abziele, von der Pflicht zur Leistung von Unterhaltszahlungen an die Gesuchsgegnerin befreit zu werden (Urk. 15 E. 3.8). Damit glaubt sie dem Gesuchsteller nicht, dass er seine Arbeitsstelle aufgab, um sich um seine Mutter zu kümmern. Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers vertritt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid dagegen nicht generell die Auffassung, dass ein Verschulden vorliege, wenn ein Sohn (als Unterhaltspflichtiger) seine Arbeit kündigt, um die Mutter zu betreuen (vgl. Urk. 14 S. 5). Vielmehr sieht die Vorinstanz im konkreten Fall ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, indem sie davon ausgeht, dass der Gesuchsteller mit seinem Wegzug nach Portugal erreichen wollte, keinen Unterhalt zahlen zu müssen. Auf die diesbezüglichen Argumente der Vorinstanz ist in der Folge näher einzugehen. 3.3.1 a) Zunächst erwog die Vorinstanz, der Gesuchsteller habe nicht glaubhaft machen können, dass es seiner Mutter tatsächlich so schlecht gehe, dass sie auf unbestimmte Zeit rund um die Uhr betreut werden müsse. Insbesondere habe er auch nicht glaubhaft dargelegt, dass er als Einziger diese Aufgabe übernehmen könne. Daran ändere auch die von ihm eingereichte ärztliche Bescheinigung nichts, stehe darin doch lediglich, dass der Gesuchsteller eine vorübergehende Abwesenheitserlaubnis brauche, um für seine Mutter zu sorgen. Die Bescheinigung beinhalte nur sehr vage Angaben über die Gründe, weshalb seine Mutter nicht mehr in der Lage sein solle, für sich selbst zu sorgen. Sie genüge jedenfalls nicht, um glaubhaft zu machen, dass die Mutter auf Hilfe angewiesen sei und der Gesuchsteller der Einzige sei, der ihr helfen könne (Urk. 15 E. 3.8). b) Hiergegen wendet der Gesuchsteller ein, aus dem Arzzeugnis ergebe sich, dass die Mutter nicht mehr für sich alleine sorgen könne und dass sie zudem

- 10 - eine Begleitung für die Arztbesuche benötige. Warum das Zeugnis nicht genügen solle, um genau dies glaubhaft zu machen, was darin stehe, sei nicht ersichtlich und werde von der Vorinstanz nicht begründet. Die Vorinstanz bringe keine Einwendungen gegen das Zeugnis an sich vor und lege nicht dar, weshalb für das Vorhandensein der geltend gemachten Tatsache eine weniger grosse Wahrscheinlichkeit spreche als für das Gegenteil (Urk. 14 S. 6 f.). c) Der Gesuchsteller behauptete vor Vorinstanz, seine Mutter sei pflege-

bedürftig und bisher von einem Nachbarn gepflegt worden. Zunächst ist festzuhalten, dass die Behauptung des Gesuchstellers, wonach ein Nachbar sich bisher um die Mutter gekümmert habe, unbelegt blieb. Er gab an, seine Mutter könne weder alleine gehen noch essen noch duschen. Weitere Angaben zur von der Mutter benötigten Hilfe machte er nicht. Insbesondere zeigte er nicht auf, wie er die Mutter zur Zeit betreut. Er macht keine Ausführungen zum konkreten Tagesablauf oder dazu, welche Hilfeleistungen er im Detail (kochen, waschen, putzen, etc.) wann leistet. Angesichts dessen, dass er bereits vor Ort ist, wäre ihm dies jedoch ohne Weiteres möglich gewesen. Auch wurde vom Gesuchsteller nicht dargelegt, wie hoch der Betreuungsaufwand des Nachbarn gewesen sein soll bzw. wie der Nachbar die Mutter unterstützt haben will. Er äussert sich damit nicht dazu, welcher Art Betreuung die Mutter bedarf. Dies ergibt sich auch aus der ärztlichen Bescheinigung nicht. In der übersetzten Bescheinigung (Urk. 3/B1) wird lediglich festgehalten, dass der Gesuchsteller eine vorübergehende Abwesenheits-erlaubnis benötige, um für seine 82jährige Mutter zu sorgen, "da sie auf Hilfe angewiesen ist, denn sie ist nicht mehr in der Lage für sich selbst zu sorgen (sie lebt alleine). Sie muss zu ihren Arztbesuchen begleitet werden, denn sie leidet an Rheuma-, Herzerkrankungen, Atmungsschwierigkeiten und Diabetes Typhus II. Ihr Sohn ist der Einzige der ihr dabei helfen kann." Der Arzt erklärt damit nicht, dass die Mutter des Gesuchstellers nicht gehen, essen und duschen könne. Zwar ergeht aus der Bescheinigung, dass die Mutter Hilfe benötige; keine Anhaltspunkte liefert sie jedoch in Bezug auf die Art und Weise sowie den Umfang der benötigten Hilfestellung. Wie die Gesuchsgegnerin zutreffend bemerkt (Urk. 7 S. 5; Urk. 19 S. 7), wird in der Bescheinigung lediglich klar zum Ausdruck gebracht,

- 11 - dass die Mutter zu Arztbesuchen begleitet werden müsse. Damit ergeht aus der Bescheinigung nicht, dass die Mutter des Gesuchstellers auf eine umfassende Betreuung angewiesen wäre. Vielmehr bleibt die Art und Weise sowie der Umfang der von der Mutter angeblich benötigten Pflege unsubstantiiert. Nur ergänzend sei zur Bescheinigung bemerkt, dass der Passus, wonach der Sohn der Einzige sein soll, der ihr "dabei helfen" könne, irritiert. Bei dieser Bemerkung handelt es sich nicht um eine solche medizinischer Art, vielmehr scheint sie auf die Argumentation des Gesuchstellers zugeschnitten, was gewisse Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Bescheinigung an sich hervorruft. Jedenfalls hätte aber der Umstand, dass eine Patientin weder alleine essen noch duschen noch gehen kann, wohl Eingang in eine ärztliche Bescheinigung gefunden, handelt es sich dabei doch um gravierende gesundheitliche Einschränkungen, welche Handlungsbedarf auslösen (in diesem Sinne auch die Gesuchsgegnerin Urk. 19 Ziff. 2.4). Vor diesem Hintergrund und da mangels hinreichender Behauptung unbekannt blieb, welcher Art Betreuung die Mutter überhaupt bedarf, ist – wie dies die Vorinstanz bereits zutreffend erwog – nicht glaubhaft, dass es der Mutter des Gesuchstellers tatsächlich so schlecht geht, dass sie auf unbestimmte Zeit rund um die Uhr betreut werden muss. Es ist keine Pflegebedürftigkeit im vom Gesuchsteller behaupteten Ausmass plausibel gemacht. Im Zusammenhang mit den von der Gesuchsgegnerin eingereichten Ausdrucken aus dem Facebook-Account des Gesuchstellers, mit welchen sie aufzuzeigen sucht, dass die Mutter des Gesuchstellers keiner Betreuung bedürfe (vgl. Urk. 19 Ziff. 2.2), erklärt dieser, dass es sich bei der abgebildeten Person nicht um seine Mutter, sondern um deren Schwester handle (Urk. 24). Ob dem so ist, kann vor dem Hintergrund, dass die vom Gesuchsteller behauptete Pflegebedürftigkeit seiner Mutter ohnehin nicht glaubhaft ist, offen bleiben. Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass ein Vergleich der sich in den vorinstanzlichen Akten befindlichen Fotos der Mutter des Gesuchstellers (Urk. 8/2-6) und der neu eingereichten

Fotos (Urk. 21/4) an der Behauptung des Gesuchstellers, es handle sich nicht um seine Mutter, zweifeln lässt. Dies einerseits deshalb, weil die Anwesenheit der Tante des Gesuchstellers bisher kein Thema war und die Ähnlichkeit der sich auf den

- 12 - Fotos befindlichen Personen andererseits selbst für Geschwister als auffällig erscheint. 3.3.2 a) Die Vorinstanz fügte weiter an, der Gesuchsteller habe insbesondere nicht glaubhaft machen können, dass er als Einziger die Pflege der Mutter übernehmen könne. Mit keinem Wort habe er erwähnt, dass seine Schwester in der Nähe der Mutter wohne. Erst nachdem die Gesuchsgegnerin in ihrer Stellungnahme zum Abänderungsgesuch geltend gemacht habe, dass seine Schwester gegenüber der Mutter wohne und dieser sowohl früher als auch heute geholfen habe, wenn sie Hilfe gebraucht habe bzw. brauche, habe der Gesuchsteller erklärt, es sei richtig, dass seine Schwester in der Nähe der Mutter wohne und dieser auch helfe. Damit – so die Vorinstanz weiter – sei insbesondere die Darstellung des Gesuchstellers, wonach er der Einzige sei, der sich um die Mutter kümmern könne, als unglaublich widerlegt (Urk. 15 E. 3.8). b) Der Gesuchsteller kritisiert, die Vorinstanz habe zu hohe Anforderungen an das Glaubhaftmachen gestellt und zudem sein rechtliches Gehör verletzt. Er habe in der Klagebegründung ausgeführt, dass früher ein Nachbar die Pflege der Mutter übernommen habe. Dieser habe ihm aber nunmehr gemeldet, die Pflege nicht mehr übernehmen zu können. Daraus zeige sich, dass die Schwester sich schon früher kaum um die Mutter kümmern könne, sonst hätte nicht ein Nachbar diese Aufgabe übernommen. Seine Schwester könne nach wie vor nur einen kleinen Betreuungsanteil übernehmen, wie er dies bereits vor Vorinstanz ausgeführt habe. Sie sei 55jährig und habe eine eigene Familie und fahre zudem nicht Auto. Sie könne somit insbesondere die Mutter nicht zum Arzt fahren. Wenn die Tatsache, dass der Betreuungsanteil der Schwester nur klein gewesen sei, berücksichtigt werde, habe er alles Notwendige getan, um glaubhaft zu machen, dass er als Einziger zur Verfügung stehe, um die Mutter zu betreuen (Urk. 14 S. 6). c) Wie bereits ausgeführt, hat der Gesuchsteller nicht dargelegt, welche Art Betreuung seine Mutter benötigt. Auch ist nicht bekannt, welche Betreuung oder Hilfeleistung der Nachbar bisher erbracht haben soll. Dass ein Nachbar die

- 13 - Mutter bisher gepflegt haben soll, wurde von der Gesuchsgegnerin bestritten (Urk. 7 S. 5) und blieb unbelegt. Der Gesuchsteller nannte nicht einmal den Namen dieses Nachbarn. Eine Pflegebedürftigkeit, welche eine rund-um-die-Uhr-Betreuung des Gesuchstellers von Nöten machen würde, ist nicht glaubhaft (vgl. vorstehend E. III/3.3.1.c). Zwar ist die Mutter gemäss Bescheinigung auf gewisse Hilfe angewiesen, welcher Art blieb jedoch – mit Ausnahme der Begleitung zu Arztbesuchen – unbekannt. Damit konnte aber keine Unterstützungsbedürftigkeit glaubhaft gemacht werden, welche einen sachlichen Grund für den Wegzug des Gesuchstellers nach Portugal und damit die Vernachlässigung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Gesuchsgegnerin rechtfertigen würde. Es ist nicht glaubhaft, dass der Gesuchsteller als Einziger die Mutter im Alltag unterstützen kann bzw. wurde mit anderen Worten nicht glaubhaft gemacht, dass es zur Unterstützung der Mutter der Anwesenheit des Gesuchstellers in Portugal bedarf. Immerhin wohnt die Schwester des Gesuchstellers in der Nähe der Mutter. In Bezug auf seine Schwester führte der Gesuchsteller vor Vorinstanz aber lediglich aus, dass diese über keine ausreichende Kapazität verfüge, um jeden Tag für alltägliche Handreichungen präsent zu sein und Hilfe zu leisten (Urk. 11 S. 3). Seine hierzu im Berufungsverfahren neu eingebrachten Ausführungen, wonach die Schwester 55jährig sei, eine eigene Familie habe und über kein Auto verfüge, sind unzulässig, da sie bereits vor Vorinstanz hätten vorgebracht werden

können (vgl. vorstehend E. II/3.1). Lediglich aus dem Umstand, dass die Pflege der Mutter vorher durch einen Nachbarn erfolgt sei, was – wie bereits erwähnt – bestritten wurde und unbelegt blieb, kann nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass die Schwester des Gesuchstellers die Mutter nicht ausreichend unterstützen kann. Die fehlende diesbezügliche Kapazität stellt eine Behauptung des Gesuchstellers dar, welche wiederum unbelegt blieb. Auch wurde nicht ausgeführt, weshalb für die Unterstützung der Mutter nicht auch auf die Hilfe Dritter, wie einer der Spitex entsprechenden Institution in Portugal, zurückgegriffen werden kann. Folglich konnte der Gesuchsteller – selbst wenn von einer gewissen Unterstützungsbedürftigkeit der Mutter ausgegangen würde – nicht glaubhaft machen, dass seine Anwesenheit in Portugal notwendig ist.

- 14 - 3.3.3 Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass völlig unklar blieb, welcher Art Betreuung bzw. Pflege die Mutter des Gesuchstellers bedarf. Eine Pflegebedürftigkeit im vom Gesuchsteller behaupteten Ausmass liegt nicht vor. Auch eine geringfügigere Unterstützungsbedürftigkeit konnte mangels ausreichender Behauptungen nicht glaubhaft gemacht werden. Vor diesem Hintergrund kann die Betreuung der Mutter jedoch keinen sachlichen Grund für die Kündigung und den Wegzug aus der Schweiz darstellen. Dies umso weniger, als die Schwester unbestrittenermassen in der Nähe der Mutter wohnt und nicht glaubhaft ist, dass diese die Mutter im Alltag nicht unterstützen kann. Damit ist aber auch nicht glaubhaft, dass die Mutter des Gesuchstellers einer Pflege bedarf, die die Anwesenheit des Gesuchstellers in Portugal bedingt. Der Umstand, dass die Mutter anscheinend zum Arzt gefahren werden muss, reicht hierzu jedenfalls nicht aus. Da nicht glaubhaft ist, dass die Mutter des Gesuchstellers auf die Pflege und Hilfe des Gesuchstellers angewiesen ist, erübrigen sich denn auch weitere Ausführungen zur vom Gesuchsteller geltend gemachten Unterstützungspflicht gemäss Art. 272 ZGB. Es wurde nicht glaubhaft gemacht, dass die Mutter des Gesuchstellers seinen Beistand benötigt. Da sich sowohl die Mutter des Gesuchstellers wie auch er selber momentan in Portugal befinden und beide portugiesische Staatsangehörige sind, wäre ohnehin fraglich, ob diese Bestimmung zwischen dem Gesuchsteller und seiner Mutter überhaupt zur Anwendung gelangen würde. Jedenfalls steht es dem Gesuchsteller nicht frei, ohne Notwendigkeit die Pflege seiner Mutter der Unterhaltsverpflichtung der Gesuchsgegnerin gegenüber vorzuziehen. Die Berechtigung, sich um seine Mutter zu kümmern (vgl. Urk. 14 S. 4) kann, soweit die Erfüllung der Unterhaltspflicht weiterhin zumutbar ist, dieser damit nicht entgegenstehen (vgl. dazu auch nachfolgend E. III/4). 3.3.4 a) Die Vorinstanz erachtete die Ausführungen der Gesuchsgegnerin, wonach sich der Gesuchsteller im Eheschutzverfahren bis zum Schluss gegen die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an sie gewehrt habe, schon als durch das Berufungsverfahren als solches belegt, in welchem es nur noch um die Unterhaltsbeiträge an die Gesuchsgegnerin gegangen sei. Die Behauptung der Gesuchsgegnerin, wonach der Gesuchsteller den rechtskräftigen Entscheid der Kammer nicht

- 15 - erfülle und keinen Unterhalt bezahle, sei unbestritten geblieben. Dies lasse auch die Behauptung der Gesuchsgegnerin, der Gesuchsteller habe im Verfahren mehrfach damit gedroht, er würde keinen Rappen Unterhalt zahlen und eher nach Portugal zurückkehren, als glaubhaft erscheinen. Der Gesuchsteller habe somit seine Leistungsfähigkeit einseitig und ohne Not reduziert. Er könne nicht glaubhaft machen, dass er sein Einkommen unfreiwillig verloren habe. Es handle sich um selbstverschuldete Arbeitslosigkeit seitens des Gesuchstellers, welche darauf abziele, von der Pflicht zur Leistung von Unterhaltszahlungen an die Gesuchsgegnerin befreit zu werden. Dieses Verhalten sei als

rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren (Urk. 15 E. 3.8). b) Zu diesen Erwägungen äussert sich der Gesuchsteller in seiner Berufungsschrift nicht konkret. Er weist lediglich darauf hin, dass die Abänderungsklage nicht deshalb rechtsmissbräuchlich sein könne, weil damit das Ziel verfolgt werde, keine Alimente zu bezahlen (Urk. 14 S. 5). Die Vorinstanz erachtete nicht den Umstand als rechtsmissbräuchlich, dass sich der Gesuchsteller bemühte, möglichst wenig oder keine Unterhaltsbeiträge zahlen zu müssen (so der Gesuchsteller in Urk. 14 S. 5), sondern dass er hierzu seine Leistungsfähigkeit eigenmächtig reduziert habe. Die Schilderung der Gesuchsgegnerin, wonach der Gesuchsteller im Eheschutzverfahren mehrfach damit gedroht habe, er werde keinen Rappen Unterhalt zahlen und eher nach Portugal zurückkehren (Urk. 7 S. 4), blieben im vorinstanzlichen Verfahren unbestritten (vgl. Urk. 11). Nachdem er damit weder vor Vorinstanz noch im Berufungsverfahren bestreitet, die entsprechenden Äusserungen getätigt zu haben, ist darauf abzustellen. Damit erscheint aber die Behauptung des Gesuchstellers, sein Anliegen sei in erster Linie, für seine Mutter da zu sein, und nicht, die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchsgegnerin zu vermeiden (Urk. 11 S. 3), nicht glaubhaft. Dagegen spricht, wie bereits die Vorinstanz ausführte (Urk. 15 E. 3.8), auch der zeitliche Ablauf der Geschehnisse. Es mutet tatsächlich verdächtig an, dass der Gesuchsteller weniger als einen Monat nach Zustellung des Entscheids der Kammer bereits seinen (angedrohten) Wegzug nach Portugal zu planen begann. Auch der Umstand, dass er an der obergerichtlichen Vergleichsverhandlung ausgeführt haben will,

- 16 - dass es seiner Mutter schlecht gehe und er möglicherweise die Schweiz verlassen und nach Portugal gehen müsse, um seine Mutter zu pflegen (Urk. 11 S. 2), vermag den Verdacht, dass er die Betreuung seiner Mutter lediglich vorgeschoben hat, nicht zu beseitigen. Vielmehr kann unter Berücksichtigung aller Umstände und da kein sachlicher Grund für den Wegzug nach Portugal glaubhaft gemacht werden konnte, davon ausgegangen werden, dass der Gesuchsteller seine Arbeitsstelle kündigte und nach Portugal ging, weil er seine Leistungsfähigkeit reduzieren und damit erreichen wollte, keine Unterhaltsbeiträge an die Gesuchsgegnerin mehr leisten zu müssen. 4. Nachdem der Gesuchsteller weder die Pflegebedürftigkeit seiner Mutter noch die Notwendigkeit einer Betreuung durch ihn persönlich glaubhaft machen konnte, sondern vielmehr davon auszugehen ist, dass er seine Leistungsfähigkeit reduzierte, um sich seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Gesuchsgegnerin zu entziehen, ist übereinstimmend mit der Vorinstanz festzuhalten, dass es sich bei der Reduktion der Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers um ein eigenmächtiges, rechtsmissbräuchliches Verhalten handelt, welches keinen Abänderungsgrund darstellt. Daran kann auch der Hinweis des Gesuchstellers auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den im Vergleich zum Ehegattenunterhalt erhöhten Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft beim Kinderunterhalt (Urk. 14 S. 3) nichts ändern. Es mangelt vorliegend an einem Abänderungsgrund. Der Gesuchsteller hat die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheids selber zu tragen und kann diese nicht auf die Gesuchsgegnerin abwälzen. In Bezug auf die vom Gesuchsteller angerufenen verfassungsmässigen Rechte der Niederlassungsfreiheit sowie seines Rechts auf Familie (vgl. Urk. 14 S. 3 f. und 7) bleibt darauf hinzuweisen, dass es nicht im Belieben des Gesuchstellers steht, zu entscheiden, seinen Wohnsitz ohne sachliche Gründe nach Portugal zu verlegen und damit sein Einkommen zu reduzieren mit dem Resultat, dass er keine Unterhaltszahlungen mehr leisten kann. Ein (an sich zulässiger) Wegzug ins Ausland hat bei bestehender Unterhaltspflicht dann unberücksichtigt zu bleiben, wenn dem Unterhaltspflichtigen ein Verdienst in der Schweiz zumutbar wäre. Erscheint ein Verbleib

in

- 17 - der Schweiz zumutbar, liegt bei Anrechnung eines hypothetischen Schweizer Einkommens bei Wegzug ins Ausland – entgegen der Ansicht des Gesuchstellers (Urk. 14 S. 7) – in der Regel keine Verletzung verfassungsmässiger Rechte vor (vgl. BGer 5A\_513/2012 vom 17. Oktober 2012, E. 4). Der Gesuchsteller entschied sich dazu, nach Portugal zu ziehen. Dieser Entscheid erfolgte – wie dargelegt – einseitig und ohne sachliche Gründe. Dass und insbesondere weshalb ihm ein Verbleiben in der Schweiz nicht zugemutet werden könne, macht er – neben seiner geltend gemachten Unterstützungspflicht gegenüber seiner Mutter – nicht geltend. Er verweist hierzu lediglich pauschal auf sein Recht auf Familie sowie auf die Niederlassungsfreiheit (Urk. 14 S. 4 f. und 7). Wie bereits ausgeführt, werden verfassungsmässige Rechte jedoch nicht beeinträchtigt, sofern dem Unterhaltsverpflichteten ein Verbleib in der Schweiz zumutbar ist. Auf diese Rechtsprechung verweist der Gesuchsteller selber auch (vgl. Urk. 24 S. 2). Entgegen seiner Ansicht ist ihm die Rückkehr in die Schweiz jedoch zumutbar. Er war gemäss seinen eigenen Ausführungen über dreissig Jahre in der Schweiz. Es ist davon auszugehen, dass er hier verwurzelt ist. Dafür spricht auch der Umstand, dass er im April 2016 anscheinend bereits wieder in der Schweiz war und die Pflege der Mutter einstweilen nur für (mindestens) ein Jahr übernommen haben will (vgl. Urk. 1 S. 3; Urk. 3/2). Auch erklärte er nicht, generell in seiner Heimat leben zu wollen. Gründe dafür, weshalb ihm ein Verbleib in der Schweiz und damit die Erfüllung seiner Unterhaltspflicht nicht zugemutet werden kann, sind nicht ersichtlich. Dementsprechend ist die Berufung des Gesuchstellers abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

### **E. 5.1**

Der Gesuchsteller beantragt mit seiner Beschwerdeschrift vom 8. Juni 2016 schliesslich die Aufhebung der angefochtenen Verfügung betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Abänderungsklage sei nicht aussichtslos. Die Vorinstanz verkenne, dass er die Arbeitslosigkeit zwar eigenmächtig, jedoch nicht verschuldet herbeigeführt habe. Seine Klage sei rechtlich auf Art. 272 ZGB, auf Art. 10, Art. 13 und Art. 14 BV sowie auf Art. 8 EMRK abgestützt. Aufgrund dieser Rechtsgrundlagen könne nicht gesagt werden, dass die Gewinnaussichten beträchtlich geringer seien als die Verlustgefahren. Auch ein selbstzah-

- 18 - lender Ehemann hätte in der gegebenen Situation den Prozess gewagt (Urk. 27/14 S. 4 f.).

### **E. 5.2**

Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, wies der Vorderrichter das Abänderungsbegehren des Gesuchstellers zutreffend ab. Wie bereits dargelegt, reduzierte der Gesuchsteller seine Leistungsfähigkeit nicht nur eigenmächtig und ohne Vorliegen von sachlichen Gründen, sondern er gab sein Einkommen gar rechtsmissbräuchlich auf, weshalb von Beginn an kein Abänderungsgrund gegeben war. Die Gewinnaussichten für sein Abänderungsbegehren waren bereits bei Prozessbeginn geringer als die Verlustgefahren und sind daher als aussichtslos zu bezeichnen (Art. 117 lit. b ZPO). Folglich ist die Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen. IV. 1. Schliesslich ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden. 2.1 Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung

des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) auf Fr. 3'000.– festzusetzen. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten vollständig dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2.2 Als Folge der Kostenverteilung hat der Gesuchsteller die Gesuchsgegnerin für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und 3, § 11 und § 13 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom

## E. 8

September 2010 [AnwGebV]) ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin eine volle Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist ein Mehrwertsteuerzusatz von 8%, Fr. 120.–, geschuldet. Die Parteientschädigung ist voraussichtlich uneinbringlich, zumal der Gesuchsteller vorliegend wegen Aussichtslosigkeit zwar nicht im Armenrecht pro-

- 19 - zessiert (vgl. sogleich nachfolgend E. IV/3.2.2), ihm jedoch im dem vorliegenden Verfahren vorgegangenen Eheschutzverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt wurde (EE150004-I sowie LE150026, Urk. 4/33 S. 21 und Urk. 4/36 E. I/3) und er momentan kein Einkommen erzielt (Urk. 14 S. 2 und 8). Deshalb ist die Parteientschädigung dem Rechtsvertreter der Gesuchsgegnerin aus der Gerichtskasse zu bezahlen, unter Legalzession des Anspruchs gegenüber dem Gesuchsteller auf den Kanton (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO). 3.1 Beide Parteien ersuchen für das Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 14 S. 2; Urk. 19 S. 2), der Gesuchsteller sodann auch für das Beschwerdeverfahren (Urk. 27/14 S. 2). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO) sowie die gerichtliche Bestellung eines Rechtsbeistandes zur Wahrung der Rechte der gesuchstellenden Person notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). 3.2.1 Der Gesuchsteller begründet seine Armenrechtsgesuche damit, über keine finanziellen Mittel zu verfügen, um neben seinem Lebensunterhalt Gerichts- und Anwaltskosten zu bezahlen. Er sei auf einen rechtlichen Beistand angewiesen und seine Berufung bzw. Beschwerde sei nicht aussichtslos. Er könne sich insbesondere auf Art. 272 ZGB und Art. 10, 13 und 14 BV sowie auf Art. 8 EMRK berufen. Er mache achtenswerte Beweggründe, nämlich die Erfüllung von Familien- und moralischen Pflichten gegenüber seiner Mutter geltend. Bei Fragen des Rechtsmissbrauches bestehe ein grosser Ermessensspielraum, und es lasse sich selten klar voraussagen, wie ein Gericht entscheiden werde. Somit könne davon ausgegangen werden, dass auch ein durchschnittlicher Selbstzahler den Berufungs- bzw. Beschwerdeprozess wagen würde (Urk. 14 S. 7 f. sowie Urk. 27/14 S. 5). 3.2.2 Nachdem dargelegt wurde, dass das Abänderungsbegehren des Gesuchstellers von Beginn an aussichtslos war, hat dies auch für die Berufung sowie die Beschwerde zu gelten. Folglich sind seine Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungs- wie auch für das Beschwerdeverfahren abzuweisen.

- 20 - 3.3.1 In Bezug auf ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege führt die Gesuchstellerin aus, von der Sozialhilfe abhängig zu sein; dies nicht zuletzt, da der Gesuchsteller noch nie Unterhalt bezahlt habe und vor der Einkommenspfändung die Arbeit gekündigt und nach Portugal gegangen sei. Sie sei auf einen rechtlichen Beistand angewiesen (Urk. 19 S. 3). 3.3.2 Die Gerichtskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens werden vollumfänglich dem Gesuchsteller auferlegt. Sodann wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin eine volle Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. vorstehend E. IV/2.2).

Damit ist das Gesuch der Gesuchsgegnerin um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos und abzuschreiben (Art. 242 ZPO). Unter Hinweis auf Art. 122 Abs. 2 ZPO ist ihr Gesuch um Bestellung von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand trotz zugesprochener voller Parteientschädigung zu behandeln. Der Gesuchsgegnerin wurde im ersten Eheschutzverfahren sowohl im erst- als auch im zweitinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt (EE150004-I sowie LE150026, Urk. 4/33 S. 21 und Urk. 4/36 E. I/3). Auch im vorinstanzlichen Verfahren wurde ihr Armenrechtsgesuch bewilligt (Urk. 15, Dispositivziffer 2 der Verfügung). Ihre finanzielle Situation hat sich seither nicht verbessert (vgl. Urk. 21/3 und Urk. 8/1). Gemäss obigen Erwägungen waren ihre Begehren zudem nicht aussichtslos. Auch kann nicht gesagt werden, dass die anwaltliche Vertretung zur Wahrung ihrer Rechte nicht notwendig gewesen wäre. Der Gesuchsgegnerin ist damit auch für das Berufungsverfahren Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Es wird beschlossen: 1. Die Gesuche des Gesuchstellers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungs- und Beschwerdeverfahren werden abgewiesen.

- 21 - 2. Das Gesuch der Gesuchsgegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben. 3. Der Gesuchsgegnerin wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Die Berufung und Beschwerde werden abgewiesen und das Urteil und die Verfügung des Bezirksgerichts Uster vom 26. Mai 2016 bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller auferlegt. 4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchsgegnerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– zu bezahlen. Diese Parteientschädigung wird Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ direkt aus der Gerichtskasse bezahlt. Der Anspruch der Gesuchsgegnerin geht in diesem Umfang auf den Kanton über. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

- 22 - 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 23. September 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. P. Knoblauch versandt am: mc

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.