

ZH_OBERGERICHT LY110026 vom 12. Februar 2013

ZH Obergericht, 2013-02-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY110026

FR: ZH_OBERGERICHT LY110026 du 12 février 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LY110026 del 12 febbraio 2013

Erwägungen

E. 1

Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Gemäss deren Übergangsbestimmungen untersteht das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht der Schweizerischen Zivilprozessordnung (vgl. Art. 404 ZPO). Die Vorinstanz

- 5 - hatte dagegen noch die Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) und des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH) sowie die Verfahrensvorschriften von Art. 135 bis 149 ZGB in der bis 31. Dezember 2010 gültigen Fassung anzuwenden. Soweit im Berufungsverfahren Rügen verfahrensrechtlicher Natur erhoben werden, ist zu deren Beurteilung ebenso das bisherige Prozessrecht heranzuziehen.

E. 2

Die vorliegende Auseinandersetzung betrifft die gerichtliche Änderung von Massnahmen im Sinne von Art. 179 ZGB. Ein formell rechtskräftiger Eheschutzentscheid bleibt grundsätzlich auch während der Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens in Kraft. Ist der Scheidungsprozess bereits hängig, lässt sich eine Abänderung bestehender Eheschutzmassnahmen nur auf dem Wege einer vom Scheidungsrichter als Massnahmerichter gestützt auf Art. 137 Abs. 2 aZGB beziehungsweise Art. 276 ZPO zu treffenden vorsorglichen Massnahme erwirken. Gemäss dem vorinstanzlich formulierten Rechtsbegehren hat der Gesuchsteller mit der vorliegend zu behandelnden Abänderungsklage die Herabsetzung sowohl der Kinder- wie auch der Ehegattenunterhaltsbeiträge angestrebt (Vi Urk. 86 S. 1). Wie bereits erwähnt, hat die Vorinstanz diesem Gesuch bezüglich der ehelichen Unterhaltsbeiträge teilweise entsprochen (Urk. 2 S. 16 Dispositiv-Ziffer 2). In Bezug auf den Kindesunterhalt hat sie das Abänderungsbegehren des Gesuchstellers im Ergebnis abgewiesen, indem der Unterhaltsbeitrag für die Tochter C._____ von Fr. 1'500.- zuzüglich allfälliger Kinderbeziehungsweise Ausbildungszulagen unverändert gelassen wurde (Urk. 2 S. 17 Dispositiv-Ziffer 3). Da der Gesuchsteller den vorinstanzlichen Entscheid nicht angefochten hat und die Gesuchstellerin sich mit ihrer Berufung ausschliesslich gegen die Verminderung der ihr persönlich zustehenden Unterhaltsbeiträge zur Wehr setzt, liegen die Kinderunterhaltsbeiträge vor Obergericht nicht mehr im Streit. Von keiner Seite angefochten wurde zudem, dass die Vorinstanz für das Massnahmeverfahren eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'400.- erhoben hat (Urk. 2 S. 17 Dispositiv-Ziffer 4). Es ist daher vorzumerken, dass die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 18. Juli 2011 in Rechtskraft erwachsen sind.

E. 2.1

Für das Berufungsverfahren stellt die Gesuchstellerin zudem ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). Soweit die Gesuchstellerin im vorliegenden Berufungsverfahren keine Gerichtskosten zu tragen hat (vgl. nachstehende Erwägung V.), erweist sich dieses Gesuch von vornherein als hinfällig. Da eine allfällige Parteientschädigung im Falle ihrer Uneinbringlichkeit dem Vertreter der unentgeltlich prozessierenden Partei aus der Staatskasse zu leisten wäre (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO), wird der Antrag auf Beigabe einer unentgeltlichen Rechtsvertretung dagegen nicht gegenstandslos. Gemäss Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege umfasst nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO auch die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes, wenn dies zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist.

- 17 - Als bedürftig gilt, wer die erforderlichen Gerichts- und Parteikosten nur bezahlen kann, indem er die Mittel heranzieht, die er eigentlich zur Deckung des Grundbedarfs für sich und seine Familie benötigt (BGE 128 I 225 E. 2.5.1; BGer vom 1. Juli 2009, 4D_30/2009 E. 5.1). Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtssuchenden. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGE 120 Ia 18 E. 3a; BGE 124 I 2 E. 2a, je mit Hinweisen). Dabei sind namentlich einem Grundeigentümer alle Möglichkeiten der Beschaffung flüssiger Mittel durch Veräusserung, Vermietung nicht vermieteter Räumlichkeiten oder Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekendarlehens zumutbar und vorrangig gegenüber dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (vgl. Bühler, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, Bern 2012, N 84 zu Art. 117 ZPO).

E. 2.2

Die Gesuchstellerin ist hälftige Miteigentümerin der Liegenschaft "H. _____ - Strasse ..." in I. _____ (Vi Urk. 48). Der Verkehrswert der Liegenschaft beläuft sich gemäss einer im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren veranlassten Schätzung auf Fr. 1'172'000.- (Prot. I S. 49; Vi Urk. 62; Vi Urk. 63; Vi Urk. 70). Dass diese Verkehrswertschätzung zu hoch ausgefallen sei, behauptet die Gesuchstellerin nicht. Das Grundstück ist mit einer Hypothek von insgesamt Fr. 610'000.- belastet (Vi Urk. 114/3; Urk. 29/1). Folglich sind im Liegenschafteneigentum der Gesuchstellerin beträchtliche finanzielle Mittel gebunden, welche zur Deckung der im vorliegenden Berufungsverfahren anfallenden Prozesskosten jedenfalls bei Weitem ausreichen. Bevor für die Führung eines Gerichtsverfahrens öffentliche Mittel bereit zu stellen sind, hat jede Partei dafür zunächst sämtliche eigenen Hilfsmittel auszuschöpfen. Unterlässt es eine Prozesspartei, die für die Bestreitung der Prozesskosten nötigen Rücklagen zu tätigen, kann dies nicht dazu führen, dass ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen wäre, weil mit der Einleitung des Prozesses jede Partei damit rechnen muss, kostenpflichtig zu werden und von ihr - soweit sie dazu wirtschaftlich in der Lage ist - die Bildung entsprechender Reserven erwartet werden darf. Diese Grundsätze lassen sich willkürfrei auf im Eigentum einer Partei befindliche Grundstücke übertragen. Die Gesuchstellerin legt selber nicht dar, dass und aus welchen Gründen eine weitere hypothekarische

- 18 - Belehnung nicht möglich oder nicht zumutbar wäre. Dass auf der Gesamtliegenschaft bereits ein Grundpfand errichtet wurde, verunmöglicht die Aufnahme eines Kredits

unter Verpfändung des Miteigentumsanteils nicht (BSK ZGB II-Trauffer, N 8 zu Art. 800 ZGB). Aus den Akten ergibt sich zwar, dass der Miteigentumsanteil des Gesuchstellers im Verlauf eines gegen ihn eingeleiteten Betreibungsverfahrens gepfändet wurde (Vi Urk. 86 S. 2; Urk. 19/3; Urk. 29/1). Die Verfügbarkeit des Miteigentumsanteils der Gesuchstellerin wird jedoch auch dadurch nicht beschränkt. Weitere konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich die Erhöhung der Hypothek in dem für die Prozessfinanzierung benötigten Umfang nicht bewerkstelligen liesse, liegen nicht vor. Daher hat die Gesuchstellerin nicht sämtliche eigenen Mittel zur Aufbringung der Gerichts- und Anwaltskosten ausgeschöpft und kann insofern nicht als mittellos gelten. Ihr Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren ist abzuweisen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist. V. Abschliessend sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu regeln. Die Berufung der Gesuchstellerin war gutzuheissen, soweit sie sich gegen die von der Vorinstanz angeordnete Modifikation der ehelichen Unterhaltsverpflichtung gerichtet hat. Da der Gesuchsteller damit mit seinem Massnahmebegehren vollständig unterliegt, sind ihm in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 5 des angefochtenen Urteils die gesamten Kosten des vorinstanzlichen Massnahmeverfahrens aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH), wobei diese Kosten infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das vorinstanzliche Verfahren unter Vorbehalt der in § 92 ZPO/ZH statuierten Nachzahlungspflicht einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Berufung der Gesuchstellerin ist damit auch bezüglich der vorinstanzlichen Kostenverteilung gutzuheissen. Da derjenige Teil der Rechtsmittelanträge der Gesuchstellerin, auf den nicht einzutreten war, nur einen vernachlässigbaren Verfahrensaufwand verursacht hat, wird der Gesuchsteller für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ein Gesuch um Gewährung

- 19 - der unentgeltlichen Rechtspflege hat der Gesuchsteller für das Rechtsmittelverfahren nicht gestellt (vgl. Art. 119 Abs. 5 ZPO). Es wird beschlossen:

E. 3

Aufl., Zürich 1997, N 1 zu Art. 68 ZPO/ZH; anders nun Art. 105 Abs. 2 ZPO, vgl. BSK ZPO-Rüegg, N 2 zu Art. 105 ZPO). Ob die Vorinstanz deshalb gehalten gewesen wäre, bezüglich des Massnahmeverfahrens eine Entschädigungsregelung zu treffen, braucht an dieser Stelle nicht näher abgeklärt zu werden. Weil die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung grundsätzlich ein reformatorisches Rechtsmittel ist, hat das Rechtsbegehren regelmässig einen präzisen

- 7 - Antrag zur Sache zu enthalten. Dabei sind Anträge auf Geldforderungen wie eine Prozessentschädigung zu beziffern, jedenfalls soweit der Berufungsbegründung nicht entnommen werden kann, auf welchen Betrag der Berufungskläger eine Geldleistung festgesetzt wissen will (vgl. BGE 137 III 619 E. 4.3). Wenn die Gesuchstellerin in ihren Berufungsanträgen pauschal beantragt, die Entschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren seien ausgangsgemäss neu zu verlegen, genügt sie diesen Anforderungen nicht. Das fehlende geldmässige Rechtsbegehren lässt sich auch nicht aus dem Inhalt der Berufungsbegründung erschliessen. Auf die Berufung der Gesuchstellerin kann demnach in Bezug auf die Zuspreehung einer Prozessentschädigung für das vorinstanzliche Verfahren ebenfalls nicht eingetreten werden.

E. 3.1

Sein neuerliches Unterhaltsherabsetzungsgesuch hat der Gesuchsteller zur Hauptsache wiederum mit einer wesentlichen und dauerhaften Reduktion seiner

- 10 - Erwerbseinkünfte begründet. Unter teilweise wörtlicher Zitierung von Teilen seiner Rekurschrift an das Obergericht im Rahmen des vorherigen Abänderungsverfahrens machte der Gesuchsteller zusammenfassend geltend, er verdiene seit November 2008 überhaupt nichts mehr. Die G. _____ S.r.l. habe seit November 2008 das Agentenhonorar nicht mehr bezahlt und der entsprechende Agenturvertrag sei auf Ende April 2009 aufgelöst worden. Er habe sich erfolglos bemüht, die ... Lieferanten der G. _____ S.r.l. zu übernehmen und rechne nicht mehr damit, die E. _____ GmbH nochmals aufleben zu lassen. Die E. _____ GmbH sei vielmehr am Ende und werde baldmöglichst aufgelöst. Als ehemaliger Selbstständigerwerbender habe er keinen Anspruch auf Arbeitslosenunterstützung. Er habe sich intensiv, bislang aber erfolglos um Arbeit bemüht. Die einzig ihm verbleibende Einkommensquelle seien die Erträge aus der Vermietung des Einfamilienhauses in I. _____. Da jedoch aussergewöhnlich hohe Kosten von Fr. 14'535.20 zu bezahlen gewesen seien, sei auch diese Einkommensquelle versiegt. Er habe leben können, weil er von seiner Mutter Darlehen zur Bestreitung seines Unterhalts erhalten habe. Vermögen, welches er für seinen Unterhalt anzehren könnte, habe er unter Vorbehalt des gepfändeten Miteigentumsanteils an der Liegenschaft in I. _____ keines. Wenn er aber - so die Schlussfolgerung des Gesuchstellers - kein Einkommen und kein Vermögen habe, könne er nicht verpflichtet werden, Unterhaltsbeiträge zu bezahlen (Vi Urk. 86 S. 1 ff.).

E. 3.2

Mit den soeben zusammengefassten Vorbringen und der darin behaupteten Veränderung der Einkommenslage hat sich die Vorinstanz im angefochtenen Urteil einlässlich auseinandergesetzt. Sie befasste sich dabei zuerst mit den Einkünften aus der Tätigkeit des Gesuchstellers für die E. _____ GmbH und hielt fest, dass die dazu eingereichten Unterlagen nach wie vor unvollständig seien. Der gerichtlichen Editions Aufforderung sei der Gesuchsteller unter Angabe unplausibler Gründe nur unzureichend nachgekommen. Der Gesuchsteller habe keinen einzigen Beleg zu seiner Geschäftstätigkeit eingereicht, obwohl er anlässlich einer Verhandlung im Dezember 2009 angegeben habe, über solche zu verfügen. Aus den Akten seien sodann mehrere Hinweise ersichtlich, dass der Gesuchsteller nach wie vor Geschäftstätigkeiten unterhalte, die auch eines Firmenkontos bedürften und buchhalterisch festzuhalten seien. So habe der Gesuchsteller gegen-

- 11 - über der J. _____ des Kantons Zürich bescheinigt, dass er das ganze Jahr 2010 bei der E. _____ GmbH beschäftigt gewesen sei. Obwohl die E. _____ GmbH nach Angaben des Gesuchstellers inaktiv gewesen sein soll, seien zudem Cablecom-Gebühren über das Firmenkonto bezahlt worden und darauf Vergütungen der J. _____ des Kantons Zürich eingegangen. Das Verhalten des Gesuchstellers könne nicht anders beurteilt werden, als dass er grundsätzlich nicht gewillt sei, über die E. _____ GmbH lückenlos Auskunft zu geben. Schliesslich nähere auch der Umstand, dass er seit dem Jahre 2009 keine Steuererklärungen für die E. _____ GmbH mehr einreiche und keine Buchhaltung mehr erstelle, den Verdacht, dass über die E. _____ GmbH Zahlungsströme fliessen, die nicht offengelegt werden sollten (Urk. 3 S. 11 ff.).

E. 4

Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese Einschränkungen bei der Vorbringung von Noven können aufgrund der anwendbaren Prozessmaximen entfallen. Die für Kinderbelange geltende Officialmaxime (Art. 296 Abs. 1 ZPO) gebietet den Gerichten, neue Tatsachen und Beweismittel (echte und unechte Noven) bis zur Urteilsberatung und in allen Instanzen zu berücksichtigen (van de Graaf, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkomentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 4 zu Art. 296 ZPO). Im vorliegenden Berufungsverfahren sind einzig die zwischen den Ehegatten persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge umstritten. Dieser Streitpunkt unterliegt der Dispositionsmaxime, weshalb diesbezüglich kein über Art. 317 ZPO hinausgehendes Novenrecht besteht, auch wenn Art. 272 ZPO dem Gericht die Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen vorschreibt. Eine analoge (sinngemässe) Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren ist abzulehnen, nachdem der im bundesrätlichen Entwurf enthaltene Verweis auf das erstinstanzliche Novenrecht in den parlamentarischen Beratungen durch eine eigenständige Regelung ersetzt wurde, die für Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz keine Ausnahme vorsieht (vgl. BGE 138 III 626 f. E. 2.2). Nach Art. 57 ZPO wendet das Gericht das Recht schliesslich von Amtes wegen an. Die Rechtsmittelinstanz ist folglich bei der Rechtsanwendung weder an die in den

- 8 - Parteieingaben geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann ein Rechtsmittel aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und kann es auch mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (Hurni, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, Bern 2012, N 21 zu Art. 57 ZPO; vgl. auch BGE 133 III 249 E. 1.4.1).

E. 4.1

Gegen das Ergebnis der vorinstanzlichen Beweiswürdigung betreffend das Einkommen aus der E._____ GmbH wendet der Gesuchsteller im Berufungsverfahren nichts ein. Bereits damit steht unangefochten fest, dass die Vorinstanz zur Überzeugung gelangen durfte, der Gesuchsteller habe seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht umfassend dargestellt. In rechtlicher Hinsicht erwog die Vorinstanz sodann, aufgrund der fehlenden Angaben müsse dem Gesuchsteller hypothetisch zumindest das angerechnet werden, was er bei entsprechenden Anstrengungen hätte an Einkommen erzielen können. Es könne - fuhr die Vorinstanz fort - davon ausgegangen werden, dass es dem Gesuchsteller als erfolgreicher Verkäufer mit jahrelanger Berufserfahrung im Provisionsbereich möglich gewesen wäre und nach wie vor möglich sei, ein monatliches Einkommen von rund Fr. 8'500.- bis Fr. 9'000.- zu generieren. Ferner rechnete die Vorinstanz dem Gesuchsteller Mieteinnahmen aus der Liegenschaft in I._____ im Betrag von Fr. 1'420.- pro Monat an und verzichtete auf die Berücksichtigung derjenigen Beiträge aus der E._____ GmbH in der Höhe von Fr. 1'842.05, welche früher aus steuertechnischen Gründen als Lohn der Gesuchstellerin deklariert worden waren. Insgesamt veranschlagte die Vorinstanz das anrechenbare Einkommen des Gesuchstellers auf rund Fr. 10'000.- pro Monat (Urk. 2 S. 13 ff.). Die Gesuchstellerin erhebt und begründet in ihrer Berufung mehrere Rügen gegen diese Einkommensermittlung. Nebst anderem macht sie geltend, der Gesuchsteller habe sich nun über Jahre hinweg geweigert, über seine effektiven Einkommens- und

- 12 - Vermögensverhältnisse umfassend Auskunft zu erteilen. Die Vorinstanz habe zu Recht festgestellt, dass der Gesuchsteller nach wie vor Geschäftstätigkeiten unterhalte,

ohne diese allerdings offen zu legen. Nach dem Dafürhalten der Gesuchstellerin rechtfertigt es sich unter diesen Umständen nicht, den Unterhaltsbeitrag ohne klare und nachvollziehbare Begründung zu reduzieren (Urk. 1 S. 8 f.).

E. 4.2

Die notwendigen vorsorglichen Massnahmen trifft das Gericht in einem Verfahren summarischer Natur. Das summarische Verfahren nach zürcherischem Prozessrecht zeichnet sich durch geringere Anforderungen an die Beweisstrenge beziehungsweise Beweisintensität aus. Die tatsächlichen Verhältnisse sind damit nicht bis in alle Einzelheiten zu klären, vielmehr genügt deren Glaubhaftmachung. Art. 8 ZGB kommt daher in seinem eigentlichen Ausmass nicht zum Tragen (BGE 118 II 377 E. 3). Die Grundregel, wonach jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, die aus ihr Rechte ableitet, gilt mutatis mutandis auch in summarischen Verfahren, freilich mit der Abweichung, dass es nicht um einen eigentlichen Beweis, sondern um Glaubhaftmachung geht (BGer vom 21. Juni 2012, 5A_299/2012 E. 3.1.2). Wie die Gesuchstellerin zutreffend hervorhebt (Urk. 1 S. 8) und vom Gesuchsteller nicht in Frage gestellt wurde, war es an ihm als Abänderungskläger, eine wesentliche und dauerhafte Einkommensverminderung glaubhaft zu machen. Dies ist dem Gesuchsteller - wie die Vorinstanz unangefochten festgestellt hat - nicht gelungen. Wie hoch das Einkommen des Gesuchstellers tatsächlich war beziehungsweise ist, kann wegen der nicht vollständigen Dokumentation und den bereits von der Vorinstanz im Einzelnen aufgezeigten Ungereimtheiten in seinen Vorbringen nicht abschliessend eruiert werden. Der Gesuchsteller hat es insbesondere unterlassen, die vollständigen Bankunterlagen zum Geschäftskonto der E._____ GmbH einzureichen. Dadurch hat er die Überprüfung seiner zentralen Behauptungen verunmöglicht, die E._____ GmbH sei seit der Beendigung der Zusammenarbeit mit der G._____ S.r.l. geschäftlich nicht mehr aktiv und er verdiene deshalb wesentlich weniger beziehungsweise gar nichts mehr mit der Tätigkeit für die Gesellschaft.

E. 4.3

In Anbetracht der beweisrechtlichen Ausgangslage hat der Gesuchsteller die Folgen der misslungenen Glaubhaftmachung einer Reduktion des Erwerbsein-

- 13 -
kommens zu tragen. Es wäre daher angezeigt gewesen, dass die Vorinstanz aus ihren sachverhaltsbezogenen Erwägungen die Konsequenzen gezogen und davon ausgegangen wäre, dass der Gesuchsteller aus der geschäftlichen Tätigkeit der E._____ GmbH nach wie vor das ihm vom Obergericht im ersten Abänderungsprozess angerechnete Einkommen von rund Fr. 14'800.- pro Monat erzielt. In rechtlicher Hinsicht erweckt der vorinstanzliche Entscheid jedenfalls insofern Bedenken, als stattdessen auf die Rechtsfigur des hypothetischen Einkommens zurückgegriffen wurde. Dem unterhaltspflichtigen Ehegatten darf hypothetisch ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen angerechnet werden, wenn ihm eine entsprechende Einkommenssteigerung tatsächlich möglich sowie auch zumutbar ist (vgl. statt vieler BGE 128 III 5 f. E. 4a). Wie schon aus dieser Umschreibung erhellt, zeichnet sich das hypothetische Einkommen gerade dadurch aus, dass nicht auf den realen Erwerb abgestellt wird. Im Abänderungsverfahren stellt sich die Frage nach einem hypothetischen Einkommen daher erst, wenn zumindest die tatbeständlichen Grundlagen dafür erstellt sind, dass die in den vorangegangenen Prozessen erhobenen und der Unterhaltsregelung zugrunde gelegten Einkünfte nicht mehr erzielt werden. Im

vorliegenden Fall hat der Gesuchsteller indessen gerade nicht belegen können, dass er tatsächlich nicht mehr dasjenige Einkommen erwirtschaftet, welches das Obergericht des Kantons Zürich in seinem das vorherige Unterhaltsherabsetzungsbegehren des Gesuchstellers abweisenden Entscheid vom 5. März 2010 ermittelt hat. Mithin hat der Gesuchsteller nicht rechtsgenügend dargetan, dass sich die hinsichtlich des Einkommens für jeden Beschluss des Obergerichts massgeblichen tatsächlichen Prämissen wesentlich und dauerhaft verändert oder sich nachträglich als unrichtig erwiesen hätten. Es bestand damit weder Grund noch Veranlassung, um die von mehreren Gerichtsinstanzen als für die Unterhaltsberechnung relevant bezeichnete finanzielle Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers durch eine hypothetische Berechnung seines Erwerbseinkommens zu ersetzen.

E. 4.4

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass mangels Glaubhaftmachung des Gegenteiles weiterhin anzunehmen ist, der Gesuchsteller generiere aus der Geschäftsführertätigkeit für die E._____ GmbH unverändert das zuvor angerechnete Einkommen in der Höhe von rund Fr. 14'800.– pro Monat. Dass die Vorinstanz im

- 14 - Weiteren befand, der aus steuertechnischen Gründen deklarierte Lohn der Gesuchstellerin könne dem Gesuchsteller nicht mehr angerechnet werden (Urk. 2 S. 14), ändert daran nichts. Diese Bezüge wurden nämlich schon im Beschluss des Obergerichts vom 5. März 2010 nicht mehr berücksichtigt (Akten Bezirksgericht Horgen Prozess-Nr. EE060043 Urk. 40 S. 16). Wesentliche Veränderungen der Verhältnisse hat der Gesuchsteller schliesslich in Bezug auf seine Liegenschaftenerträge geltend gemacht. Die entsprechenden Ausführungen (vgl. Vi Urk. 86 S. 4 f. und S. 10) hat der Gesuchsteller allerdings bereits im vorherigen Abänderungsverfahren vorgetragen. Mit seinen Argumenten hat sich das Obergericht seinerzeit auseinandergesetzt und dabei festgehalten, der Gesuchsteller erziele Mietzinseinnahmen in der Höhe von mindestens Fr. 1'000.– pro Monat (Akten Bezirksgericht Horgen Prozess-Nr. EE060043 Urk. 40 S. 17). In seinem erneuten Abänderungsbegehren hätte der Gesuchsteller bei dieser Tatsachengrundlage anknüpfen und eine erhebliche Verminderung der Erträge nachweisen müssen. Dass die ihm zufließenden Einnahmen aus der Vermietung der Liegenschaft im massgeblichen Zeitpunkt tatsächlich geringer waren, als es das Obergericht angenommen hatte, wurde vom Gesuchsteller nicht substantiiert behauptet und erst recht nicht belegt. Eine beachtliche Verhältnisänderung ist damit auch unter diesem Aspekt nicht glaubhaft gemacht. Ob die Liegenschaftenerträge - wie die Vorinstanz (Urk. 2 S. 14) und mit ihr die Gesuchstellerin (Urk. 1 S. 7; vgl. auch Urk. 28) annehmen - demgegenüber höher sind, kann dahin gestellt bleiben. Schliesslich ist auf Seiten des Gesuchstellers auch nicht von einer erheblichen Bedarfserhöhung auszugehen. Denn seine Lebenshaltungskosten hat der Gesuchsteller für den hier relevanten Zeitraum (ab Stellung des Abänderungsbegehrens im März 2010) auf Fr. 3'799.– beziffert (Vi Urk. 86 S. 2), was nicht nur nicht mehr, sondern sogar weniger ist als der Bedarf von rund Fr. 5'600.–, den das Obergericht in seinem Beschluss vom 5. März 2010 zuerkannt hat (Akten Bezirksgericht Horgen Prozess-Nr. EE080132 Urk. 40 S. 20). Auf die Vorbringen der Gesuchstellerin zu den Lebenskosten des Gesuchstellers (Urk. 1 S. 7) näher einzugehen, erübrigt sich. Andere Veränderungen in den wirtschaftlichen Verhältnissen hat der Gesuchsteller vor Vorinstanz nicht substantiiert behauptet.

E. 5

Nach den vorstehenden Erwägungen hat der Gesuchsteller vor Vorinstanz in Bezug auf keinen der massgeblichen Unterhaltsberechnungsfaktoren eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse dargetan. Damit mangelt es an der alternativen Voraussetzung, welche die Abänderung der Eheschutzmassnahmen rechtfertigen könnte. Vielmehr steht bei diesem Ergebnis die formelle Rechtskraft des früheren Unterhaltsentscheides einer Abänderung entgegen. In diesem Sinne erweist sich die Rüge der Gesuchstellerin als begründet. Die Berufung ist gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und Dispositiv-Ziffer 2 des Urteils des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 18. Juli 2011 ist aufzuheben. Das Begehren des Gesuchstellers vom 17. März 2010 um Reduktion seiner eheschutzrichterlich festgelegten Unterhaltsverpflichtungen ist - nachdem bereits die Vorinstanz dem Gesuchsteller die Herabsetzung der für die Tochter C._____ geschuldeten Unterhaltsbeiträge rechtskräftig verwehrt hat (vgl. Erwägung II./2 hier vor) - mangels Vorliegens eines rechtserheblichen Abänderungsgrundes auch bezüglich des Ehegattenunterhalts abzuweisen. Die von der Gesuchstellerin zusätzlich vorgebrachten Beanstandungen sind nicht mehr zu erörtern.

IV. 1. Die Gesuchstellerin beantragt in prozessualer Hinsicht zunächst, es sei ihr der sie vertretende Rechtsanwalt auch im Berufungsverfahren als Vertreter im Sinne von Art. 69 ZPO zu bestellen (Urk. 1 S. 2). Ist eine Partei offensichtlich nicht im Stande, den Prozess selbst zu führen, so kann das Gericht sie auffordern, eine Vertreterin oder einen Vertreter zu beauftragen. Leistet die Partei innert der angesetzten Frist keine Folge, so bestellt ihr das Gericht eine Vertretung (Art. 69 Abs. 1 ZPO). Mit Verfügung vom 9. Juni 2010 hat die Vorinstanz Rechtsanwältin lic. iur. X._____ gestützt auf den inhaltlich mit Art. 69 ZPO weitgehend identischen § 29 Abs. 2 ZPO/ZH zum Rechtsbeistand der Gesuchstellerin bestellt (Urk. 75). Wird aufgrund festgestellter Postulationsunfähigkeit einer Partei vom Gericht ein Vertreter bestellt, sind von der betreffenden Partei danach persönlich vorgenommene Prozesshandlungen nicht ohne Weiteres beachtlich (BSK ZPO-Tenchio, N 21 zu Art. 69 ZPO; Domej, in: Oberhammer [Hrsg.], Kurzkom-

- 16 - mentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2010, N 11 zu Art. 69 ZPO). Der gerichtlich bestellte Vertreter hat die Interessen der Partei im Prozess sachkundig, engagiert sowie effektiv wahrzunehmen und damit mitunter auch ein Rechtsmittel gegen einen zu deren Ungunsten ausgefallenen Entscheid zu ergreifen. Deshalb wirkt die in einem Prozess angeordnete Vertretung nach Art. 69 ZPO auch für ein damit zusammenhängendes Rechtsmittelverfahren. Müsste ein solcher Vertreter erst noch bestellt werden, wäre für die unbeholfene Partei eine wirksame Prozessführung nicht gewährleistet, was sich mit dem Schutzgedanken der gerichtlichen Bestellung eines Vertreters nicht vertragen würde. Die Schweizerische Zivilprozessordnung sieht denn auch nicht vor, dass die Voraussetzungen für die Anordnung einer gerichtlichen Vertretung im Rechtsmittelverfahren stets und ganz allgemein neu zu überprüfen wären. Bis zu einem allenfalls abweichenden Entscheid der Rechtsmittelinstanz ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin weiterhin im Sinne von Art. 69 ZPO von dem von ihr mandatierten Rechtsanwalt (vgl. Urk. 4) vertreten wird. Es liegen indessen keine Hinweise dafür vor, dass die Gesuchstellerin nunmehr selber zur gehörigen Führung der Sache imstande wäre. Demnach ist das Gesuch der Gesuchstellerin, es sei ihr für das Berufungsverfahren gestützt auf Art. 69 ZPO ein Rechtsvertreter zu bestellen, als gegenstandslos abzuschreiben.

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