

ZH_OBERGERICHT LY130013 vom 6. August 2013

ZH Obergericht, 2013-08-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY130013

FR: ZH_OBERGERICHT LY130013 du 6 août 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LY130013 del 6 agosto 2013

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Oktober 2001. Aus ihrer Ehe sind die beiden Söhne C._____, geboren am tt.mm.2003, und D._____, geboren am tt.mm.2005, hervorgegangen. Seit dem 9. Mai 2008 leben die Parteien getrennt (Urk. 5/2 und 5/4/25). Im Jahr 2008 durchliefen die Parteien ein Eheschutzverfahren vor der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen (Urk. 5/4, Geschäfts-Nr. EE080046), in dessen Rahmen sie am 9. bzw. 12. September 2008 eine Vereinbarung über die Regelung des Getrenntlebens im Sinne von Art. 175 f. ZGB schlossen (Urk. 5/4/20). In der Parteivereinbarung verpflichtete sich der Beklagte, Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Beklagter), der Klägerin, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (fortan Klägerin) an den Unterhalt der beiden Kinder monatlich im Voraus einen Betrag von Fr. 650.00 zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen zu bezahlen. Mit Eheschutzentscheid vom 30. September 2008 wurde die Vereinbarung hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt und das Eheschutzverfahren erledigt (Urk. 5/4/25 S. 3 f.).

E. 1.1

Das vorliegende Massnahmeverfahren betrifft die Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung über die vorsorglichen Massnahmen, die im dem Scheidungsverfahren vorangegangenen Eheschutzverfahren getroffen wurde. Mit der Anhebung eines Scheidungsverfahrens geht die Kompetenz vom Eheschutz- auf das Scheidungsgericht über, wobei die Voraussetzungen für die Änderung einer Eheschutzmassnahme durch das Scheidungsgericht mit denjenigen für die Änderung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens identisch sind (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO). Sowohl das Eheschutzverfahren als auch das Verfahren betreffend Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren unterstehen dem summarischen Verfahren (vgl. § 215 lit. b Ziff. 7 ZPO/ZH bzw. Art. 271 lit. a ZPO; Art. 276 ZPO, Art. 248 lit. d ZPO). Der Vorderrichter hat die allgemeinen Voraussetzungen für die Abänderung eines Eheschutzentscheidendes in Form von vorsorglichen Massnahmen im

- 8 - Scheidungsverfahren, den Zeitpunkt der Abänderung sowie das anwendbare Summarverfahren mit entsprechender Beweismittel- als auch Beweismassbeschränkung zutreffend dargestellt, weswegen vorab darauf verwiesen werden kann (Urk. 2 S. 12-15). Im Weiteren ist präzisierend resp. ergänzend das Folgende anzuführen:

E. 1.2

Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft bzw. vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens können abgeändert werden, wenn die tatsächlichen Verhältnisse, die ihnen zugrunde liegen, sich verändert haben. Erforderlich ist eine wesentliche und dauernde Änderung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen nach

Eintritt der Rechtskraft des Entscheides. Zudem ist eine Neuregelung auch dann zulässig, wenn der Vorderrichter von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist. Auch diesfalls ist eine Neuregelung nur vorzunehmen, wenn von erheblich unzutreffenden Grundlagen ausgegangen wurde resp. der Richter bei der Anordnung der Massnahme wesentliche Tatsachen nicht gekannt hat, von einer Partei getäuscht worden ist oder er die Verhältnisse eindeutig falsch gewürdigt hat (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Februar 2009, 5A_707/2008 E. 3.2.; BSK ZGB I-Isenring/Kessler, 4. Aufl., Basel 2010, N 4 zu Art. 179 ZGB). Eine solche Neuregelung ist sogar zulässig, wenn der korrekte Sachverhalt bei Anwendung der nötigen Sorgfalt auch im ursprünglichen Entscheidzeitpunkt in das Verfahren hätte eingebracht werden können (FamKomm Scheidung-Vetterli, Bd. I, 2. Aufl., Bern 2011, N 3 zu Art. 179 ZGB). Zu beachten ist jedoch, dass aufgrund des dem Gericht vom Gesetzgeber eingeräumten weiten Ermessens im Eheschutz- resp.

Massnahmeverfahren derselbe Prozessstoff unter Umständen von einem anderen Gericht unterschiedlich gewürdigt werden kann. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens muss verhindert werden, dass Abänderungsgesuche nur zur Erstreitung einer anderen und für die streitbereite Partei vorteilhafteren Würdigung angehoben werden, zumal vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich nur für einen begrenzten Zeitraum wirken. Die Wiedererwägung einer früheren eheschutzrichterlichen oder im Massnahmeverfahren getroffenen Anordnung im Rahmen eines Abänderungsverfahrens bloss aufgrund abweichender Würdigung

- 9 - des Prozessstoffes ist daher ausgeschlossen; dass eine frühere Entscheidung unbillig oder unzweckmässig erscheint, vermag eine Änderung grundsätzlich nicht zu rechtfertigen (ZR 78 [1979] Nr. 125; vgl. auch Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, St. Gallen 1995, S. 229 f.). Ferner darf sich die Unrichtigkeit der dem Entscheid zugrunde gelegten Annahmen erst nach dem abzuändernden Entscheid herausstellen, und zwar erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist. Früher bekannte Unrichtigkeiten können und müssen im Rechtsmittelverfahren gerügt und korrigiert werden (BSK ZGB I-Isenring/Kessler, a.a.O., N 4 zu Art. 179 ZGB). Schliesslich ist eine Abänderung ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (Urteil des Bundesgerichtes vom 21. September 2010, 5A_560/2010 E. 3.1 m.w.H.).

E. 2

Die Klägerin machte mit Eingabe vom 30. Januar 2012 die Scheidungsklage gegen den Beklagten am Bezirksgericht Meilen anhängig (Urk. 5/1). Seither stehen sich die Parteien vor dem Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen im Scheidungsverfahren gegenüber. Mit Eingabe vom 21. März 2013 sowie mit Ergänzung vom 3. April 2013 stellte der Beklagte im Scheidungsverfahren einen Antrag auf Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit eingangs genanntem Rechtsbegehren (Urk. 5/87-88). Mit Verfügung vom 22. Mai 2013 wies die Vorinstanz das Massnahmebegehren des Beklagten ab (Urk. 2).

E. 2.1

Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

E. 2.2

Der Beklagte hat mit Eingabe vom 2. Juli 2013 ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 7 S. 2). Da die Gewinnaussichten der Berufung von Anfang an beträchtlich geringer waren als die Verlustrisiken (vgl. vorstehende Erwägungen), ist diese als im armenrechtlichen Sinne aussichtslos anzusehen und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege aus diesem Grund abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO). 3. Der Klägerin ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), dem Beklagten nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 2. Auf das Berufungsbegehren um Aufhebung der mit Verfügung vom 30. September 2008 des Bezirksgerichtes Meilen (EE080046) dem Beklagten auferleten Unterhaltspflicht ex tunc wird nicht eingetreten. 3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

- 20 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 22. Mai 2013 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 3'000.00 festgesetzt. 3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Beklagten auferlegt. 4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage des Doppels von Urk. 1 und 7, sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 2.3

Glaubhaftmachung bedeutet, dass die tatsächlichen Verhältnisse nicht bis in alle Einzelheiten zu klären sind; das Gericht braucht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu sein. Glaubhaftmachung ist jedoch nicht gleichzusetzen mit nachdrücklichem Behaupten. Glaubhaftmachen heisst vielmehr, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine genügende Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen spricht. Plausibilität reicht dafür ebenso wenig wie unbestimmte oder entfernte Möglichkeit (vgl. FamKomm Scheidung-Leuenberger, Bd. I, a.a.O., N 17 zu Art. 276 ZGB; FamPra 2010 S. 705 ff., 706 f.; Beschluss des Kassationsgerichts Zürich vom

E. 3

Mit Eingabe vom 6. Juni 2013 erhob der Beklagte fristgerecht Berufung und stellte die vorstehend aufgeführten Anträge (Urk. 1). Mit Verfügung vom 20. Juni 2013 wurde der Beklagte aufgefordert, seine Wohnadresse zu nennen (Urk. 6). Die aktuelle Wohnadresse in Spanien gab der Beklagte mit Eingabe vom 2. Juli

- 4 - 2013 bekannt (Urk. 7 und 8/1). Gleichzeitig reichte er eine Bestätigung betreffend den Erhalt von Arbeitslosengeld in Spanien ein und stellte ein Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 7 S. 2 und 8/2).

E. 4

Gemäss Art. 310 ZPO kann mit der Berufung unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz geltend gemacht werden sowie die unrichtige Feststellung des für den angefochtenen Entscheid massgeblichen Sachverhaltes. Neue Tatsachen und Beweismittel können nur noch in den Schranken von Art. 317 Abs. 1 ZPO vorgebracht werden. Das Bundesgericht hat die analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO im

Berufungsverfahren abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Gleich verhält es sich, wenn der Prozess der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime unterworfen ist, d.h. insbesondere dort, wo Kinderbelange zu beurteilen sind (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel, welche die Parteien in den Prozess einbringen wollen, müssen die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO erfüllen: Unechte Noven können nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können bis zur Phase der Urteilsberatung nur noch echte Noven vorgebracht werden (BGE 138 III 788 E. 4.2; Hohl, a.a.O., Rz. 1172). Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Mit der Berufungsbegründung ist konkret aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Nicht genügend ist die Begründung, die lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufrieden gibt oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise kritisiert. Die Begründung muss hinreichend genau und

- 5 - eindeutig sein, um von der Berufungsinstanz mühelos verstanden werden zu können. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfecht, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Da schon blosser Verweis auf frühere Aktenstücke die Begründung nicht zu ersetzen vermögen, kann erst recht nicht von der Berufungsinstanz erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten. Die Pflicht zur Begründung gilt auch in Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterliegen. Fehlt eine den oberwähnten Anforderungen entsprechende Begründung überhaupt, ist von Amtes wegen auf die Berufung nicht einzutreten. Ist die Begründung nicht geradezu ungenügend, aber in der Substanz mangelhaft, d.h. beschränkt sie sich auf rudimentäre, pauschale oder oberflächliche Kritik am angefochtenen Entscheid, lässt dies das Eintreten auf die Berufung zwar unberührt, kann sich aber in der materiellen Beurteilung zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken (Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 36 f. zu Art. 311 ZPO mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2012, 5A_438/2012 E. 2.2 und 2.4 sowie BGE 138 III 374 E 4.3.1).

E. 4.1

Der Beklagte beruft sich zunächst darauf, die Eheschutzrichterin habe aufgrund der Aktenlage im Eheschutzverfahren EE080046 von seinen Suchtproblemen, seiner psychischen Krankheit, seiner Sozialhilfeabhängigkeit, seiner Gefängnisaufenthalte und der Tatsache, dass er seit Jahren nicht mehr gearbeitet habe, gewusst. Dem Gericht sei damit bekannt gewesen, dass er nicht in der Lage gewesen sei, Unterhalt zu bezahlen, und sich mit der Verpflichtung zur Zahlung monatlicher Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'300.00 über seine Leistungsfähigkeit hinaus verpflichtet habe. Die Genehmigung der Parteivereinbarung hinsichtlich der Kinderunterhaltsbeiträge sei folglich – angesichts der geltenden Untersuchungs- und Oficialmaxime – rechtswidrig erfolgt, weshalb die

Eheschutzverfügung in Bezug auf den Kinderunterhalt ex tunc aufzuheben sei (Urk. 1 S. 3 f. und 6). 4.2.1. Mit der vorgenannten Berufungsbegründung macht der Beklagte nicht den – von der Vorinstanz geprüften – Abänderungsgrund der dauernden und erheblichen Veränderung der Verhältnisse geltend. Er macht damit aber auch nicht geltend, die Eheschutzrichterin sei von falschen tatsächlichen Annahmen

- 12 - ausgegangen oder sie habe wesentliche Tatsachen nicht gekannt. Der Beklagte bringt nur vor, der Eheschutzrichterin seien seine damaligen Lebensumstände bekannt gewesen. Der Beklagte beruft sich auf eine Verletzung der in Bezug auf die Kinderunterhaltsbeiträge geltenden uneingeschränkten Untersuchungs- und Officialmaxime im Eheschutzverfahren EE080046 (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Im Abänderungsverfahren ist eine solche Rüge der Verletzung von Verfahrensgrundsätzen jedoch ausgeschlossen, weil sie zu einer unzulässigen Wiedererwägung des früheren eheschutzrichterlichen Entscheides führen würde. Bei einer allfälligen Verletzung der Untersuchungs- und Officialmaxime wäre bei entsprechender Auswirkung auf das Verfahren eine dem Entscheid inhärente Fehlerhaftigkeit gegeben, welche sich nicht erst im Nachhinein herausstellt. Sie würde eine vor Ablauf der Rechtsmittelfrist bestehende Unrichtigkeit des Entscheides darstellen. Damit hätte sie im Rechtsmittelverfahren gerügt sowie korrigiert werden können und müssen. Das Abänderungsverfahren kann nicht als Ersatz für ein unterlassenes Rechtsmittel dienen, weshalb das Vorbringen des Beklagten unbehelflich ist und auch keine Aufhebung der Kinderunterhaltsbeiträge ex tunc zu bewirken vermag. 4.2.2. Insofern der Beklagte mit seinen Vorbringen darzulegen beabsichtigt, die Verhältnisse seien von der Eheschutzrichterin eindeutig falsch gewürdigt worden, indem er trotz Leistungsunfähigkeit gemäss Aktenlage zu Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet worden sei, so ist er zunächst darauf hinzuweisen, dass die Parteien durch den Abschluss der Getrenntlebensvereinbarung zugunsten einer raschen Erledigung ihres Streits auf eine restlose Abklärung der tatbeständlichen Grundlagen verzichtet haben, worauf in einem Abänderungsverfahren nicht zurückgekommen werden kann. Überdies ist darauf hinzuweisen, dass die Eheschutzrichterin zwar die Trennungsvereinbarung – da die Vereinbarung der Eltern bloss als gemeinsamer Antrag gilt – hinsichtlich der Kinderbelange zu prüfen und genehmigen hatte, wobei sie alle notwendigen und geeigneten Abklärungen vorzunehmen hatte. Im Rahmen der Pflicht zur Beweisabnahme von Amtes wegen stand ihr jedoch ein weites Ermessen zu und das Sammeln des Prozessstoffes war auch unter Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime in erster Linie Sache der

- 13 - Parteien. Auch bei Kinderbelangen konnte die Eheschutzrichterin auf ihr plausibel erscheinende Aussagen einer Partei abstellen, ohne weitere Beweismittel beizuziehen. Das galt auch unter der Herrschaft der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung, welcher das Eheschutzverfahren unterstand (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 159-180 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998, N 117 zu Art. 176 ZGB; FamPra 2010 S. 785 ff., 791 f.; BSK ZPO-Steck, a.a.O., N 12 und 17 zu Art. 296 ZPO; ZR 79 [1980] Nr. 64; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 323 Anm. 27 und 28). Wie dargelegt (vgl. oben Erw. III.1.2.) ist das Abänderungsverfahren nicht dazu da, die von der Eheschutzrichterin bei der Sammlung sowie der Würdigung des Prozessstoffes an den Tag gelegte Ermessensausübung durch eine abweichende Würdigung umzustossen. Vorliegend ist auch nicht ersichtlich, dass die Eheschutzrichterin die Verhältnisse in einer die Abänderung rechtfertigenden, eindeutig falschen Weise gewürdigt hätte, so dass die Genehmigung der Trennungsvereinbarung hinsichtlich der Kinderbelange mit Verfügung

vom 30. September 2008 als rechtlich nicht haltbar erscheinen würde. Der konventionsweise vereinbarte Kinderunterhalt für die beiden Kinder von monatlich Fr. 650.00 stellt angesichts dessen, dass gegenüber unmündigen Kindern besonders hohe Anforderungen an die Leistungsfähigkeit bzw. die Ausnützung der Erwerbstätigkeit durch den Unterhaltspflichtigen zu stellen sind und insbesondere nicht leichthin auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens verzichtet wird (vgl. Spycher/Hausheer, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, S. 611, Rz. 09.43), einen bescheidenen und minimalen Beitrag dar, dessen Leistung von einem körperlich gesunden, erwachsenen Unterhaltspflichtigen grundsätzlich erwartet werden kann. Zudem war der Beklagte im Eheschutzverfahren anwaltlich beraten und liess durch seinen Rechtsvertreter den Antrag stellen, er sei durch das Gericht zu angemessenen Kinderunterhaltsbeiträgen zu verpflichten (Urk. 5/4/16). Vor der Hauptverhandlung vom 15. September 2008 reichten die Parteien sodann eine Trennungsvereinbarung ein, in welcher sich der Beklagte verpflichtete, der Klägerin an den Unterhalt der beiden Kinder monatlich im Voraus einen Betrag von Fr. 650.00 zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen

- 14 - zu bezahlen (Urk. 5/4/19-20). Anlässlich der Hauptverhandlung gab der Beklagte auf explizite Nachfrage der Einzelrichterin an, nicht zu wissen, ob er nach der Entlassung aus der Untersuchungshaft eine Stelle finden werde, um das zur Bezahlung der Unterhaltsbeiträge notwendige Geld verdienen zu können. Er erklärte jedoch, er würde gerne mehr für die Kinder bezahlen und er werde sich darum bemühen, das notwendige Geld zu verdienen (Prot. EE080046 S. 12 f.; Urk. 5/25 S. 4). Die Information der Sozialbehörde F. _____, dass ihr die Parteien seit längerer Zeit bekannt seien, der Beklagte grosse psychische Probleme habe, regelmässig Betäubungsmittel konsumiere und die Klägerin bis vor kurzem für den Lebensunterhalt der Familie aufgekommen sei, während der Beklagte die Kinderbetreuung übernommen habe, erfolgte in einem Kurzbericht betreffend die Kinderzuteilung sowie Besuchsrechtsregelung (Urk 5/4/13). Rückschlüsse auf eine allfällige Arbeitsunfähigkeit des Beklagten drängten sich nicht auf. Das Vorliegen einer solchen ist vom Beklagten überdies – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird (vgl. unten Erw. III.5.2.2.) – auch nicht glaubhaft dargelegt worden.

E. 4.3

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass die vom Beklagten beantragte Aufhebung der gemäss Eheschutzentscheid vom 30. September 2008 festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge aufgrund dem Entscheid zugrunde gelegenen, unzutreffenden Voraussetzungen nicht in Frage kommt.

E. 5

Da sich die Berufung, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

E. 5.1

Weiter beanstandet der Beklagte an der vorinstanzlichen Abweisung des vorsorglichen Massnahmebegehrens, dass diese mit der Begründung erfolgt sei, die massgebende Veränderung der Verhältnisse sei durch ihn nicht vollständig und rechtsgenügend substantiiert dargelegt worden. Zusammengefasst führt der Beklagte an, unter Geltung der Officialmaxime hätten in Bezug auf offensichtliche und gerichtsnotorische Tatsachen Hinweise auf die Akten genügt (Urk. 1 S. 4 ff.). 5.2.1. Gemäss Entlassungsbefehl des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung, vom 7. März 2013 wurde der Beklagte per 8. März

2013 aus dem vorzeitigen Strafvollzug entlassen und dem Migrationsamt des Kantons Zürich zugeführt (Urk. 5/86). Der Beschuldigte wurde nach Spanien ausgeschafft und lebt heute dort (Urk. 8/1). Zwar gab der Beklagte bereits im Eheschutzverfahren an, er wisse

- 15 - noch nicht, ob er in der Schweiz oder in Spanien leben werde (Prot. EE080046 S. 12). Er hielt sich in der Folge in den Jahren 2008 bis 2012 immer wieder freiwillig, zum Teil für längere Zeit, in Spanien auf. Doch ist eine solche freiwillige Wohnsitzverlegung, welche gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei damit verbundener Einkommenseinbusse resp. erschwerten Stellensuchbedingungen nicht zulasten des Unterhaltsberechtigten gehen und zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens führen kann (FamPra.ch 2008 S. 545 ff., 546 m.w.H.), nicht mit einer unfreiwilligen Wohnsitzveränderung infolge Ausweisung durch das Migrationsamt gleichzusetzen. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ist in der Ausschaffung des Beklagten nach Spanien ein möglicher Abänderungsgrund im Sinne von Art. 179 ZGB zu erblicken. Die Ausschaffung muss aber zu einer wesentlichen und dauernden Änderung der finanziellen Verhältnisse des Beklagten geführt haben. Es muss eine gesamte Unterhaltsberechnung für beide Ehegatten durchgeführt werden. Der Beklagte, welcher die Aufhebung der von ihm geschuldeten Unterhaltsbeiträge verlangt, hat dazu die aktuellen Einkommen und Bedarfspositionen substantiiert darzulegen und glaubhaft zu machen (vgl. oben Erw. III.2.2.). 5.2.2. In der Berufungsschrift gibt der Beklagte die Aktenstücke, auf welchen seine Kritik beruht resp. auf welche sich seine Behauptungen stützen, nicht an. Er verweist in Auseinandersetzung mit dem vorinstanzlichen Entscheid darauf, dem Gericht seien die eigenen Akten bekannt und offensichtliche sowie gerichtsnotorische Tatsachen müssten nicht in aller Breite dargelegt werden (Urk. 1 S. 5). Da der Berufungsschrift des Beklagten dennoch zu entnehmen ist, inwiefern er mit dem angefochtenen Entscheid nicht einverstanden ist und er ihn als fehlerhaft erachtet, vermag die Begründung den Anforderungen von Art. 311 Abs. 1 ZPO (vgl. oben Erw. I.4.) gerade noch zu genügen. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass es selbst unter Geltung der (uneingeschränkten) Untersuchungs- und Officialmaxime nicht Aufgabe des Gerichts sein kann, in den Akten nachzuforschen, ob sich darin allenfalls die aufgestellten Behauptungen stützende Indizien finden lassen. Auch wenn es vorliegend um Kinderunterhaltsbeiträge geht, ist es grundsätzlich am Beklagten, den wesentlichen Sachverhalt, sprich die erhebliche und dauernde Veränderung

- 16 - seiner finanziellen Lage seit dem Eheschutzverfahren, substantiiert darzulegen und glaubhaft zu machen (vgl. oben Erw. III.2.2.). Der Beklagte behauptet, es sei gerichtsnotorisch, dass er nicht fähig sei, für seinen eigenen, geschweige denn den Unterhalt seiner Kinder aufzukommen. Es bestünden für ihn keine über kleinere Lederarbeiten für Privatpersonen hinausgehende, realistische Verdienstmöglichkeiten. Seine jahrelange Erwerbslosigkeit stehe in direktem Zusammenhang zu seiner schweren Persönlichkeitsstörung sowie Polytoxikomanie (Urk. 1 S. 5). Solches ergibt sich jedoch – entgegen der Ansicht des Beklagten – nicht ohne Weiteres aus den vorinstanzlichen Akten und ist nicht gerichtsnotorisch. Gemäss dem in den Vorakten befindlichen forensischen Gutachten von Dr. med. G._____ vom 17. August 2012 wurde beim Beklagten eine deutliche kombinierte Persönlichkeitsstörung (paranoide, narzisstische, dissoziale Anteile, impulsive Anteile vom Borderline-Typus und infantile Anteile) sowie eine Polytoxikomanie mit stetigem Konsum von Cannabis und Nikotin sowie episodischem Konsum von Alkohol, Amphetamin und (versucht) Kokain diagnostiziert (Urk. 5/59/5 S. 34). Die Übernahme von Gutachtensergebnissen aus anderen Verfahren ist zwar möglich,

wenn das Gutachten nicht auf den Einzelfall zugeschnitten ist, sondern sich zu einer abstrakt-wissenschaftlichen Frage äussert (Leu, DIKE ZPO-Komm, St. Gallen 2011, N 18 zu Art. 151). Dies ist in Bezug auf das forensische Gutachten von Dr. med. G._____ jedoch gerade nicht der Fall. Das Gutachten wurde im Hinblick auf die Schuldfähigkeit sowie die Rückfallgefahr des Beklagten und die Anordnung einer Massnahme im Strafverfahren gegen den Beklagten in Auftrag gegeben (Urk. 5/59/4 und 5/59/5 S. 1). Überdies sagt es nichts über eine allfällige Auswirkung der kombinierten Persönlichkeitsstörung und Polytoxikomanie auf die Arbeitsfähigkeit des Beklagten aus. Vielmehr schlägt es die Umsetzung von vier Punkten im Rahmen einer ambulanten Behandlung gemäss Art. 63 StGB vor, wobei unter Punkt drei ein streng und konsequent geregelter "sozialer Aufnahmerraum" nach der Entlassung, das heisst eine geregelte Wohnsituation, ein strukturierter Tagesablauf mit verbindlicher Arbeitstätigkeit, empfohlen wird (Urk. 5/59/5 S. 34). Auch die früher eingeholten Gutachten von Dr. med. H._____ vom 3. Juli 2008 sowie von Dr. med. I._____ vom 17. März 2009 wurden aufgrund spezifischer

- 17 - Fragestellungen im Rahmen einer Strafuntersuchung gegen den Beklagten in Auftrag gegeben und enthalten keine Beantwortung der hier offenen Fragen (Urk. 5/59/14 und 5/59/16). Aus den weiteren Vorbringen des Beklagten, dass gemäss Kontoauszug der Alimentenbevorschussungsstelle im Zeitraum vom 1. September 2009 bis 1. Juni 2013 eine Gesamtschuld von Fr. 60'406.00 aufgelaufen sei, eine Strafanzeige wegen Vernachlässigung der Unterhaltspflicht wohl mangels Möglichkeit des Nachweises der Zahlungsfähigkeit des Beklagten nicht erfolgt sei und es nicht einen einzigen Beleg bezüglich eines nennenswerten Arbeitserlöses seit dem Jahre 2003 gebe (Urk. 1 S. 4 f.), lässt sich weder etwas hinsichtlich seiner Arbeitsfähigkeit noch seiner aktuellen wirtschaftlichen Verhältnisse ableiten. Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, ging der Beklagte selbst immer von seiner Leistungsfähigkeit aus und machte gegenüber dem Gericht sowie Gutachter Angaben zu seinen Arbeitstätigkeiten in den vergangenen Jahren (vgl. Urk. 2 S. 19 mit Hinweis auf Urk. 5/59/5 S. 21, Prot. FE090029 S. 8, Prot. FE110104 S. 8). Hiergegen wendet der Beklagte ein, es sei offensichtlich und aktenkundig, dass er gegenüber dem Gericht sowie Gutachter gelogen habe. Seine Angaben hätten auf Wunschenken oder narzisstisch bedingten Wahnvorstellungen beruht (Urk. 1 S. 6). Inwiefern dies offensichtlich und aktenkundig sein sollte, ist vorliegend nicht ersichtlich und wird vom Beklagten auch nicht weiter dargelegt. Seine aktuellen Einkünfte in Spanien lässt der Beklagte völlig im Dunkeln. Wie häufig und zu welchem Preis der Beklagte die "kleineren Lederarbeiten für Privatpersonen" in SPanien tätig, gibt er nicht an. Mit Eingabe vom 2. Juli 2013 reichte er zwar eine Bestätigung ein, wonach er in Spanien seit dem 13. April 2013 und bis zum 12. Oktober 2013 Arbeitslosengeld in der Höhe von monatlich Euro 426.00 erhält (Urk. 7 und 8/2). Dies stellt eine Tatsache dar, welche er bereits vor Vorinstanz, welche mit Verfügung vom 22. Mai 2013 entschied, hätte vorbringen können. Die Eingabe im Berufungsverfahren erfolgte nach der Berufungsbegründung und im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO verspätet (vgl. oben Erw. I.4.). Eine abschliessende Prüfung der Rechtzeitigkeit kann jedoch vorliegend unterbleiben, da aus besagter Bestätigung ohnehin nichts zugunsten des Beklagten abgeleitet werden kann: Es kann daraus nicht auf eine (teilweise)

- 18 - Arbeitsunfähigkeit des Beklagten geschlossen werden. Im Gegenteil drängt sich der Schluss auf, dass er – da er eine Arbeitslosentschädigung erhält – eine massgebliche Zeit lang in Spanien gearbeitet hat. Darüber hinaus ist auch die Dauerhaftigkeit der

Einkommensveränderung des Beklagten fraglich. Insgesamt gelingt es dem Beklagten nicht, hinreichend glaubhaft zu machen, dass er gänzlich oder teilweise arbeitsunfähig und damit in Bezug auf die Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen leistungsunfähig wäre. Selbst wenn angesichts erschwerter Stellensuchbedingungen aufgrund der Vorstrafen und der schwierigen Wirtschaftslage in Spanien von einem nur bescheidenen Einkommen des Beklagten ausgegangen würde, fehlen seinerseits die massgeblichen Angaben zu seinem Bedarf, um eine gesamte Unterhaltsberechnung durchführen zu können. Der Beklagte macht in seiner Berufungsschrift keinerlei Angaben zu seiner aktuellen Wohnsituation, geschweige denn zu seinen Lebenshaltungskosten in Spanien. Für eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge und die Beurteilung, ob eine wesentliche sowie dauernde Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten ist, fehlen schlichtweg die Berechnungsgrundlagen. Diese hätte der Beklagte substantiiert und glaubhaft vorbringen müssen.

E. 5.3

Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, dass es der Beklagte versäumt hat, substantiierte und glaubhafte Darlegungen zu seinen Lebensumständen, mithin zu seinem aktuellen Einkommen und Bedarf, in Spanien zu machen. Es gelingt ihm damit nicht, die für die Abänderung der Unterhaltsbeiträge erforderliche, wesentliche und dauernde Veränderung seiner finanziellen Verhältnisse seit Festlegung der Kinderunterhaltsbeiträge im Eheschutzverfahren EE080046 glaubhaft zu machen.

E. 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 Entscheid 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.

- 21 - Zürich, 6. August 2013 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die
Gerichtsschreiberin: lic. iur. K. Würsch versandt am: mc

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