

# ZH\_OBERGERICHT LY190001 vom 3. April 2019

ZH Obergericht, 2019-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY190001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY190001)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY190001 du 3 avril 2019

IT: ZH\_OBERGERICHT LY190001 del 3 aprile 2019

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Januar 2007. Sie haben zwei gemeinsame Kinder: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2008, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2012. Seit dem 21. Dezember 2017 stehen die Parteien vor Vorinstanz im Scheidungs- verfahren. Für die Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessgeschichte sei auf die Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (Urk. 2 S. 4 ff.). Zuvor führ- ten die Parteien ein Eheschutzverfahren, das mit Urteil der erkennenden Kammer vom 12. Dezember 2017 abgeschlossen wurde (Urk. 8/4/86). Darin wurde unter anderem die geteilte Obhut der Parteien für die Kinder C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ mit wechselnder Betreuung angeordnet sowie die Unterhaltsleistungen für die Kinder und den Beklagten festgesetzt (vgl. Dispositiv-Auszug vorstehend). In teilweiser Abänderung dieses Urteils vom 12. Dezember 2017 erliess die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. Dezember 2018 den eingangs angeführten Entscheid betref- fend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 2 S. 32 f.).

### E. 2

Dagegen erhob die Klägerin am 17. Januar 2019 innert Frist Berufung mit den einleitend wiedergegebenen Anträgen (Urk. 1 S. 2; Urk. 8/65/2). Ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 21. Januar 2019 abgewiesen (Urk. 5). Die Berufungsantwort datiert vom 15. Februar 2019 (Urk. 11), die Stellungnahme der Klägerin dazu vom 27. Februar 2019 (Urk. 15). Letztere wurde der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Prot. S. 5). Am 11. März 2019 reichte der Rechtsvertreter des Beklagten seine Kostennote ein (Urk. 19). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

- 6 -

### E. 3

Einkommen Klägerin

#### E. 3.1

Die Vorinstanz erwog, im Entscheid der erkennenden Kammer vom 12. Dezember 2017 sei von einem Einkommen der Klägerin von monatlich netto Fr. 7'650.– (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen) aufgrund einer 80%- Anstellung am E.\_\_\_\_\_-Spital ausgegangen worden. Die Klägerin habe diese Stelle per 31. Mai 2018 gekündigt (Urk. 8/10/8) und erziele seither ein tieferes Einkommen, zunächst bei F.\_\_\_\_\_ (Urk. 8/39/13; Urk. 8/53) und seit dem 1. September 2018 beim Spital G.\_\_\_\_\_ (Urk. 8/39/7). Die Kündigung sei nicht durch den Arbeitgeber erfolgt und die Klägerin habe keine Gründe darzulegen vermocht, die den freiwilligen Austritt rechtfertigten. Vielmehr sei von einer ei- genmächtigen Kündigung in Schädigungsabsicht gegenüber dem Beklagten aus- zugehen, wodurch die Klägerin selbst den Sachverhalt geschaffen habe, den sie nunmehr als Grundlage für eine

Abänderung der Massnahme vorschlebe. Folglich sei ihr das bisherige Einkommen von Fr. 7'650.– anzurechnen (Urk. 2 S. 15 f.).

- 8 -

### **E. 3.2**

Die Klägerin bestreitet in ihrer Berufung ihre Schädigungsabsicht. Sie macht zusammengefasst geltend, die Kosten der bei ihr wohnhaften Mutter, welche in der Zeit von Samstagsabend bis Donnerstag nach Schulschluss jeweils die Kinderbetreuung in den frühen Morgen- und Abendstunden sowie nachts während der Schichtarbeit der Klägerin übernehme, seien aufgrund der Bedarfsberechnung des Obergerichts nicht gedeckt gewesen. Daher sei davon auszugehen gewesen, dass die Mutter nicht in der Schweiz verbleiben könne. Die Klägerin habe sich deshalb bei F.\_\_\_\_\_ zu 60% anstellen lassen, um auch dann noch arbeiten zu können, wenn ihre Mutter die Schweiz verlassen habe. Nach einer grundsätzlichen Anerkennung der Kosten der Mutter im Rahmen der Einigungsverhandlung vor Vorinstanz habe sie auf eine Pensumserhöhung auf 80% bei F.\_\_\_\_\_ gehofft. Da sie dort aber nicht einmal ein Pensum von 60% realisieren können, habe sie sich intensiv um eine andere Stelle bemüht und sei beim Spital G.\_\_\_\_\_ fünfzig geworden (Urk. 8/39/7). Ihre Anstellung bei der E.\_\_\_\_\_ -Klinik habe sie auch deshalb gekündigt, weil sie trotz ihrer hohen fachlichen Qualifikationen keine Einsätze bei Operationen erhalten habe, und diese ungenügende berufliche Erfahrung hätte Auswirkungen auf ihre Position im Arbeitsmarkt haben können. Sie habe gewusst, dass ihre Stelle aufgrund von Umstrukturierungen in der E.\_\_\_\_\_ -Klinik gefährdet gewesen sei (Urk. 1 S. 3 ff.; Urk. 15 S. 4). Auch der zeitliche Kontext spreche nicht für eine Schädigungsabsicht, habe sie doch erst mit dem spät erfolgten Entscheid des Obergerichts davon Kenntnis erhalten, dass die Kosten der Mutter nicht anerkannt würden. Zudem leiste sie auch heute mit einem Arbeitspensum zu 80% und der Kinderbetreuung zu 70% ein übermässiges Pensum. Die Vorinstanz verstosse gegen Treu und Glauben, wenn sie von der Klägerin erwarte, auch nach der Trennung weiterhin zu mehr als 100% und damit mehr als ihr zumutbar ihren Beitrag an die familiären und ehelichen Pflichten zu leisten, während der Beklagte die Kinder lediglich zu 30% betreue und zu 60% beschäftigt sei (Urk. 1 S. 5).

### **E. 3.3**

Der Beklagte beantragt die Abweisung der Berufungsanträge, hält im Wesentlichen an seinen erstinstanzlichen Vorbringen fest und verweist auf die Erwägungen in der angefochtenen Verfügung (Urk. 11 S. 2 ff.).

- 9 -

### **E. 3.4**

Hinsichtlich der Frage, inwiefern die Klägerin aufgrund der Förderung ihrer Karrierechancen und des Erhalts ihrer Position auf dem Arbeitsmarkt zu einem Stellenwechsel mit erheblich geringerem Einkommen berechtigt war, ist auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 2 S. 15 f.). Die Klägerin rechnete bei ihrem Stellenantritt bei F.\_\_\_\_\_ mit einem Nettoeinkommen von Fr. 5'250.– (inkl. 13. Monatslohn; Urk. 8/10/7) und ging damit nicht nur freiwillig eine Einkommenseinbusse von monatlich Fr. 2'400.– ein, sondern nahm – zu – mindestens solange ihre Mutter in der Schweiz lebt – eine Unterdeckung ihres eigenen Bedarfs und desjenigen

der Kinder in Kauf. Dieses Verhalten ist mit Blick auf die bestehende Unterhaltspflicht gegenüber ihren Kindern nicht nachvollziehbar. Das Erzielen eines genügend hohen Einkommens zur Deckung des Familienunterhalts musste für die Klägerin als damalige – und aktuelle – Alleinversorgerin der Familie an oberster Stelle stehen.

Arbeitsmarktaktische Überlegungen hinsichtlich in Zukunft liegender Entwicklungen hingegen sind als zweitrangig zu betrachten. Darüber hinaus führt die Klägerin selbst aus, ihr aktueller Monatslohn im Spital G.\_\_\_\_\_ (Beschäftigungsgrad 80%) von Fr. 5'350.– netto (inkl. 13. Monatslohn; Urk. 1 S. 9) liege etwas über dem Medianlohn für Operationsfachpersonen (Urk. 1 S. 6). Es ist daher nicht damit zu rechnen, dass sie in Zukunft selbst bei Aufrechterhaltung ihrer Operationserfahrung ein Einkommen erreicht, welches mit dem beim E.\_\_\_\_\_ -Spital erzielten Lohn vergleichbar wäre. Auch vor diesem Hintergrund vermag das Argument des Stellenwechsels zur Sicherung ihrer Position auf dem Arbeitsmarkt nicht zu überzeugen. Sodann mag es zwar zutreffen, dass bei den Operationen im E.\_\_\_\_\_ -Spital ein leichter Rückgang zu verzeichnen ist (vgl. Urk. 4/3 S. 2). Dass eine konkrete Gefährdung ihrer Stelle vorgelegen habe, wie die Klägerin mit ihrer Berufung geltend macht, ist indes nicht glaubhaft gemacht. Die angeführten Zeitungsartikel sind lediglich von allgemeiner Natur und berichten von einer Entlassungswelle im Jahre 2016 (Urk. 4/3 S. 1), mithin zwei Jahre vor dem Stellenwechsel der Klägerin Mitte 2018, sowie gar von einer Beruhigung der Lage Anfang 2017 (Urk. 4/3 S. 2). Weitere Hinweise, wie Gespräche mit der damaligen Arbeitgeberin oder Behauptungen zu konkreten Entlassungen im Arbeitsumfeld der Klägerin, wurden von ihr weder behauptet noch belegt. Ferner erscheint – wie schon die Vorinstanz festhielt – aufgrund des Zeitpunkts der

- 10 - Kündigung per Ende Mai 2018 und damit kurz nach Anhebung der klägerischen Scheidungsklage (Urk. 8/1) eine prozesstaktische Motivation der Klägerin glaubhaft. Weiter führt die Klägerin für den Stellenwechsel wie erwähnt betreuungstechnische Beweggründe an. Sie habe sich bei F.\_\_\_\_\_ anstellen lassen, um auch dann noch arbeiten zu können, wenn ihre Mutter mangels Deckung ihrer Kosten die Schweiz verlasse (Urk. 1 S. 3). Dass sie dies bereits vor Vorinstanz behauptet habe, wie sie in ihrer Berufungsschrift vorbringt (Urk. 1 S. 3; Urk. 15 S. 4), ist nicht aktenkundig. Zwar führte sie erstinstanzlich aus, sie könne höchstens noch 50% arbeiten, wenn die Grossmutter der Kinder die Kinderbetreuung nicht mehr übernehme (Prot. VI S. 13). Dass dieser Umstand aber zur Kündigung ihrer Anstellung (statt beispielsweise zu einer Pensumsreduktion) beim E.\_\_\_\_\_ - Spital geführt habe, geht weder aus den protokollierten Ausführungen noch aus den weiteren erstinstanzlichen Akten hervor. Zwar hat das späte Vorbringen der Klägerin prozessual keine Auswirkungen: Beim im Streit liegenden Kinderunterhalt gilt die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime, weshalb Noven nach neuerer Bundesgerichtsrechtsprechung auch dann im Berufungsverfahren zulässig sind, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (vgl. BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Die neue Behauptung ist daher entgegen der Ansicht des Beklagten (Urk. 11 S. 2) zulässig. Sie wirkt aber mit Blick auf die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach dem Argument des Stellenwechsels aus arbeitsmarktaktischen Überlegungen nicht zu folgen sei, nachgeschoben und erscheint daher wenig glaubhaft. Die Befürchtung, die Grossmutter der Kinder müsse die Schweiz mangels Deckung ihrer Kosten verlassen, hat sich denn auch bis heute nicht verwirklicht. Selbst in der Phase zwischen Dezember 2017 und Dezember 2018, in welcher der Klägerin aufgrund des Entscheids der Kammer ein geringerer Betrag für die Kosten der Mutter angerechnet worden war, verblieb die Mutter in

der Schweiz und unterstützte sie in der Kinderbetreuung (Urk. 1 S. 4). Beizupflichten ist der Klägerin, dass sie neben der eigenen Kinderbetreuung ein sehr hohes Arbeitspensum erfüllt und damit ihre Leistungsfähigkeit zweifellos ausschöpft. Wie jedoch bereits im Urteil der Kammer vom 12. Dezember 2017 festgehalten wurde (Urk. 8/4/86 S. 27), arbeitete sie – mit Ausnahme der kurzzei-

- 11 - tigen Pensumsreduktion auf 60% bei F.\_\_\_\_\_ – schon seit Jahren in diesem Umfang. Zu bedenken ist auch, dass es hier um Kinderunterhalt geht und die Finanzen knapp sind. Damit fehlt es an objektiv nachvollziehbaren Gründen für die von der Klägerin aus freien Stücken ausgesprochene Kündigung ihrer Anstellung beim E.\_\_\_\_\_ -Spital. Mit der Vorinstanz ist diesbezüglich auf eine Schädigungsabsicht der Klägerin zu schliessen, hätte doch ihr Einkommen bei F.\_\_\_\_\_ auch bei Erreichen des erhofften Arbeitspensums von 60% (Urk. 8/52 S. 1; Urk. 8/10/7 S. 2; Urk. 8/30/13) nicht einmal zur Deckung ihres Barbedarfs und desjenigen der Kinder gereicht, wessen sich die Klägerin zweifellos bewusst war. Mit Blick auf die zitierte Bundesgerichtsrechtsprechung (BGE 143 III 233 E. 3.4) kann demnach offenbleiben, ob es der Klägerin möglich ist, ein Einkommen in der Höhe von Fr. 7'650.– zu erzielen. Die Vorinstanz hat somit richtigerweise die Voraussetzungen eines Abänderungsgrundes hinsichtlich des klägerischen Einkommens verneint. Es ist ihr für die Dauer des Scheidungsverfahrens weiterhin hypothetisch im Umfang von Fr. 7'650.– (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen) anzurechnen. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen.

#### **E. 4**

Einkommen Beklagter

##### **E. 4.1**

Der Beklagte ersucht für das Berufungsverfahren um die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 4'000.– und (wohl eventualiter) um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 11 S. 1 f.). Die Klägerin beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung (Urk. 1 S. 2, 10).

##### **E. 4.2**

Die Leistung eines Prozesskostenvorschusses resp. -beitrages unter Ehegatten setzt voraus, dass der ansprechende Ehegatte nicht selbst über die nötigen Mittel verfügt, um das Verfahren zu führen. Verlangt ist - wie bei der unentgeltlichen Rechtspflege - eine tatsächliche Bedürftigkeit (vgl. BGer 5A\_103/2014 vom 4.6.2014, E. 6 m.Hinw.).

##### **E. 4.3**

Sowohl beim Beklagten als auch bei der Klägerin erscheint mit Blick auf ihre (tatsächlichen) Einkommens- und Vermögensverhältnisse die Mittellosigkeit im Sinne des Gesetzes glaubhaft. Der Beklagte wird durch die Sozialen Dienste unterstützt (Urk. 8/55/43; Urk. 13/4; Urk. 13/5). Die Klägerin benötigt ihr derzeit effektiv erzieltetes Nettoeinkommen von Fr. 5'351.90 (inkl. 13. Monatslohn, ohne Kinderzulage; Urk. 4/1) zur Deckung ihres Bedarfs und derjenigen der Kinder. Es be-

- 21 - steht bei ihr eine Einkommenspfändung (Urk. 17/1). Über Barvermögen verfügt sie nicht, jedoch über eine Eigentumswohnung in Bulgarien (Urk. 4/68/4+6; Urk. 15 S. 3), mit deren Verkauf oder hypothekarischen Belastung indes wohl kaum die bereits bestehenden Schulden (Urk. 17/1) gedeckt würden. Angesichts der Mittellosigkeit beider Parteien fällt die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages ausser Betracht. Der entsprechende Antrag

des Beklagten ist abzuweisen. Die Klägerin hat zwar keinen solchen Antrag gestellt, immerhin aber dargetan, der Beklagte werde in allen Belangen durch die sozialen Dienste unterstützt (Urk. 1 S. 10). Dieser Hinweis genügt knapp, um daraus abzuleiten, dass angesichts der Umstände ein Prozesskostenbeitrag des Beklagten nicht in Frage kommt, weshalb auf einen entsprechenden Antrag verzichtet werden konnte. Es ist daher ausnahmsweise auf das subsidiäre unentgeltliche Rechtspflegegesuch der Klägerin einzutreten. Die Prozessstandpunkte der Parteien waren nicht aussichtslos, und die mittellosen und rechtsunkundigen Parteien waren für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte im vorliegenden Berufungsverfahren auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Es ist ihnen daher für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und der Klägerin in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin, dem Beklagten in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Es wird beschlossen:

## **E. 5**

Bedarf Klägerin

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz berücksichtigte im Bedarf der Klägerin unter anderem monatliche Kosten für ihre Mutter im Umfang von Fr. 1'062.–. Wie bereits die erkennende Kammer im Eheschutzverfahren vom 12. Dezember 2017 (Urk. 8/4/86 S. 36) hielt sie es für plausibel, dass die Mutter der Klägerin eine Rente in Bulgarien in

- 16 - Höhe von Fr. 250.– pro Monat beziehen kann. In Abänderung des fraglichen Kammerentscheids aber sei der Grundbetrag der Mutter der Klägerin nicht zu halbieren, sondern im Umfang von Fr. 850.– (Grundbetrag von Fr. 1'100.– für Schuldner in Haushaltsgemeinschaft mit erwachsener Person abzüglich Rente von Fr. 250.–) anzurechnen. Überdies seien neben der Krankenkassenprämie von Fr. 170.– die Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 42.– im Bedarf zu berücksichtigen (Urk. 2 S. 20 f.).

### **E. 5.2**

Letzteres blieb unangefochten. Die Klägerin wehrt sich jedoch gegen die Anrechnung einer Rente für die Mutter von Fr. 250.–. Es sei bereits im Eheschutzverfahren in willkürlicher Weise und trotz anderslautender Bestätigung (Urk. 8/4/68/3) übersehen worden, dass die Mutter keine Rente beziehe. Sie habe im Zeitraum des Eheschutzverfahrens noch nicht einmal das Pensionsalter erreicht. Aktuell sei ein Rentenanspruch hängig. Mangels Beiträgen sei aber nicht mit der Maximalrente von Fr. 250.–, sondern mit weniger zu rechnen (Urk. 1 S. 8).

### **E. 5.3**

Gemäss der von der Klägerin im Eheschutzverfahren eingereichten Bescheinigung des Nationalen Versicherungsinstituts der Republik Bulgarien vom

## **E. 8**

Zusammengefasst erweist sich die Berufung als teilweise begründet: Mangels glaubhaft gemachter hinreichender Suchbemühungen liegt hinsichtlich des Einkommens des Beklagten kein Abänderungsgrund vor. Es ist ihm daher auch für die Zeit vom 1. April 2018 bis 30. Juni 2019 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, welches sich gestützt auf den Eheschutzentscheid der Kammer bis 30. Mai 2018 auf Fr. 2'160.– und von 1. Juni

2018 bis 30. Juni 2019 auf Fr. 2'600.– beläuft (Urk. 8/4/86 S. 31 f.). Entsprechend resultiert für Phase I ein gegenüber der angefochtenen Verfügung höherer Betreuungsunterhalt, die Klägerin ist indes gegenüber dem Beklagten persönlich nicht unterhaltspflichtig. Dessen Abänderungsantrag ist insofern abzuweisen. Kein Abänderungsgrund liegt bei der Einkommensreduktion der Klägerin vor, weshalb sie mit ihrer Berufung in diesem Punkt nicht durchdringt. Die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des angefochtenen Entscheids sind aufzuheben und im Sinne der vorstehenden Erwägungen neu abzufassen.

- 20 - III. 1. Die Vorinstanz behielt die Kosten- und Entschädigungsregelung dem Endentscheid vor (Urk. 2 S. 32; Art. 104 Abs. 1 und 3 ZPO). Dies blieb unangefochten. 2. Für das Berufungsverfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 GebV OG eine Entscheidungsgebühr von Fr. 3'000.–. 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens sind hälftig aufzuerlegen: Die Klägerin obsiegt hinsichtlich des Ehegatten-, jedoch nur in geringem Umfang hinsichtlich des Kinderunterhalts, während der Beklagte die Abweisung der Berufung beantragt hat. Die Parteientschädigungen sind entsprechend wettzuschlagen. 4. Prozesskostenbeitrag /  
Gewährung unentgeltliche Rechtspflege

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